

# TUTELA CAUTELAR EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Andrés Saldivia Wellmann<sup>1</sup>

## SUMARIO

1. Introducción; 2. Régimen jurídico; 3. Principios; 4. Presupuesto; 5. Clases; 6. Procedimiento; 7. Impugnación; 8. Modificación y alzamiento; 9. Conclusiones; 10. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

- 1.- El 19 de mayo de 2009, la Señora Presidenta de la República suscribió, junto al Señor Ministro de Justicia, el Proyecto de Código Procesal Civil<sup>2</sup>, que vendría a sustituir el actual Código de Procedimiento Civil, vigente en Chile desde 1903.
- 2.- El Proyecto contiene un Mensaje en que se indican los lineamientos generales de la reforma a las normas de procedimiento civil, y cuatro libros, que se dedican, el Primero, a las “Disposiciones Generales” (arts. 1 a 229); el Segundo, sobre “Procesos Declarativos” (arts. 230 a 318); el Tercero, sobre “Recursos Procesales” (arts. 319 a 362); y, el Cuarto, a los “Procedimientos Especiales” (arts. 363 a 507). Se consagra, finalmente, un artículo 508 a la entrada en vigencia del nuevo Código y una disposición transitoria que regula la situación de los procedimientos pendientes al tiempo de la entrada en vigencia del nuevo régimen.
- 3.- Las medidas cautelares están reguladas en el Libro Primero, Título XIII, entre los capítulos 5 y 9, arts. 165 a 184.
- 4.- El plan de trabajo que seguiré, y que se anticipa en el sumario, avanza sobre dos líneas: Primero, una descripción de la regulación; luego, un análisis crítico de ella, comparando las normas del Código de Procedimiento Civil con las del Proyecto, considerando la elaboración de la dogmática sobre la tutela cautelar.

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO

- 1.- Como anticipé, las medidas cautelares están reguladas en el Libro Primero, sobre Disposiciones Generales, específicamente en el Título XIII, entre los capítulos 5 y 9, arts. 165 a 184. Conviene reparar en su ubicación dentro del Proyecto para enjuiciar si su tratamiento es adecuado a los conceptos, principios y presupuestos dogmáticos sobre la tutela cautelar.

---

<sup>1</sup> Abogado. Profesor de Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas; correo electrónico a.saldivia@asistenciaslegales.cl

<sup>2</sup> El texto que utilizo aparece publicado en la página web del Ministerio de Justicia, [http://www.minjusticia.cl/anteproyecto/proyecto\\_codigo\\_procesal\\_civil.pdf](http://www.minjusticia.cl/anteproyecto/proyecto_codigo_procesal_civil.pdf), revisado por última vez el sábado 13 de junio de 2009.

- 2.- El referido Título XIII se intitula “Las Medidas Cautelares” y contiene 9 capítulos, dedicando el 1° a las conocidas “medidas prejudiciales”, particularmente a su objeto (art. 159), para luego dedicar los capítulos 2° y 3° a las prejudiciales preparatorias y probatorias, respectivamente (arts. 160 a 161); y el capítulo 4° a la tramitación de ambas medidas (arts 162 a 164).
- 3.- Luego, se destina el capítulo 5°, denominado “Las Medidas Cautelares”, a regular su ámbito de aplicación (art. 165), su objeto (art. 166), tres principios básicos de las medidas cautelares (proporcionalidad, responsabilidad y provisionalidad, arts. 167 a 169) y la competencia (art. 170).
- 4.- El Capítulo 6° contiene la enunciación de las medidas que se regulan, de tipo conservativo y anticipativo (arts. 171 y 172), aunque respecto de estas últimas, además se contienen normas de procedimiento.
- 5.- Más adelante, en el capítulo 7° se regulan los presupuestos generales de toda la actividad cautelar, a saber el *fumus*, el *periculum in mora* y la *contracautela* (arts. 173 a 176), destinándose el Capítulo 8° a los presupuestos específicos de las medidas conservativas (art. 177 a 181).
- 6.- Finalmente, el capítulo 9° regula el procedimiento, distinguiendo entre las cautelares prejudiciales (art. 182) y las que se soliciten una vez iniciado el procedimiento (art. 183), como el régimen de impugnación (art. 184).
- 7.- En general, se advierte un intento de mejorar la sistematización de las medidas cautelares, adecuando sus normas a los conceptos, principios y presupuestos que la dogmática procesal ha elaborado desde hace ya bastante tiempo y que sólo por vía interpretativa era posible extraer de las normas del CPC. En esto, el Proyecto es destacable, pues recoge en normas positivas los principios de proporcionalidad y provisionalidad, además de una regulación sobre la responsabilidad que debe recaer sobre el solicitante de cautelares, regla novedosa y que seguro dará pie a un arduo debate en sede legislativa. Asimismo, se destaca el Proyecto por sistematizar las consabidas formas de tutela conservativa (secuestro, intervención, retención y prohibición de ejecutar actos y contratar), incluyendo las conocidas cautelares *innominadas*, sólo tímidamente recogidas en el art. 298 CPC<sup>3</sup>; y se regula la tutela anticipativa<sup>4</sup> con un ámbito de aplicación restringido.

---

<sup>3</sup> Bajo la expresión “(...) y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley (...)” la doctrina nacional ha interpretado que en ella subyace la posibilidad de decretar medidas *innominadas* o *indeterminadas*, diversas a las “*nominadas*” en el art. 290 CPC. La mejor exposición en Chile sobre el tema se encuentra en la obra de don Juan Carlos Marín González, *Las medidas cautelares en el Proceso Civil Chileno. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, págs. 463 a 472.

<sup>4</sup> Este tipo de tutela ha sido recogida en nuestro ordenamiento sólo parcialmente a propósito de los alimentos provisorios (art. 327 del Código Civil y art. 4° de la Ley 14.908), la separación provisional

- 8.- En el ámbito de los presupuestos, cabe destacar la exigencia de caución para todas las medidas cautelares, exigencia que en el CPC sólo rige para la cautela prejudicial (art. 279) y la innominada (art. 298), y la recepción normativa de las nociones dogmáticas relativas al *fumus* y al peligro en la mora procesal.
- 9.- Asimismo, la regla general de tramitación, que supone audiencia al demandado, en mi concepto es congruente con el principio de contradicción o de bilateralidad, con la posibilidad de decretarse sin audiencia en casos específicos regulados en el Proyecto (prejudiciales y cautela urgente).
- 10.- Uno de los errores más graves que se advierten en el Proyecto es la confusión conceptual que se deja ver entre las medidas prejudiciales o diligencias preliminares (preparación de la litis y prueba anticipada) y las medidas cautelares. El Anteproyecto de CPC había diferenciado claramente unas y otras, y sin embargo, en el Proyecto, desde la lectura del Mensaje hasta la forma de estructurar las normas, se nota el error conceptual. Así, en el Mensaje del Proyecto, se expresa que “(...) *este Libro I sistematiza el tratamiento de las denominadas medidas cautelares (...), reconociendo los diversos objetivos que pueden perseguir. Se distingue claramente entre aquellas que pretende (sic) preparar la entrada a juicio y las que tienen por objeto asegurar pruebas que pudieran desaparecer (...); se regulan separadamente las de naturaleza precautoria (...)*”<sup>5</sup> Es notorio como es que no se distingue entre las medidas cautelares y las diligencias preliminares, incluyendo bajo el rótulo de cautelares a las medidas prejudiciales preparatorias y probatorias, que en caso alguno tienen por objeto asegurar la eficacia de la sentencia estimatoria ni anticipar su resultado. Esta confusión se dejar sentir en el cuerpo mismo del Proyecto, pues el Título XIII del Libro I, denominado “Las Medidas Cautelares”, regula unas y otras, como si fueran especies de un mismo género<sup>6</sup>. Se trata de una cuestión sencilla de reparar: Destinar un título a las diligencias preliminares, y ubicar la regulación de la tutela cautelar en un Libro diverso o, al menos, en un Título especial del Libro I. La regulación de la cautela

---

del trabajador sujeto a fuero (art. 174 Código del Trabajo), la suspensión provisional de una obra denunciante (art 565 CPC), el acceso provisional a la demanda en proceso sumario (art. 684 CPC), la interdicción provisional del disipador y del demente (arts. 446 y 461 del Código Civil), la declaración provisional de bien familiar (art. 141 inc. 3° del Código Civil). En todo caso, la cuestión no es pacífica pues una cosa es la cautela anticipada y otra diversa es la ejecución provisional. Pareciera ser que el elemento diferenciador es el principio de homogeneidad, y la instrumentalidad típica de las cautelares.

<sup>5</sup> Mensaje del Proyecto, pág. 13.

<sup>6</sup> La cuestión se vincula derechamente con la enseñanza del derecho procesal en Chile, que durante demasiados años se ha estructurado en el mero estudio de las normas de un Código, desatendiendo la realidad que resulta del derecho comparado y de la doctrina extranjera. La revisión de los manuales más utilizados en el ramo demuestra sensiblemente estas falencias y la confusión en el tratamiento de una y otra actividad. Es más, incluso el CPC de 1903 trata en títulos separados una y otra materia. ¿Qué puede tener en común solicitar que una persona, previo al inicio de un proceso, declare sobre su capacidad para comparecer en juicio o declare sobre hechos relevantes para un proceso futuro, con la prohibición de celebrar un contrato o la retención de bienes?

en un Libro aparte significa en buenas cuentas regular un “proceso cautelar”, modalidad que comparto, pero que tiene poca aceptación en la doctrina. La solución menor, al menos denota una recepción adecuada del concepto de medidas cautelares, diverso al de la actividad previa al juicio que es posible desarrollar.

### 3. PRINCIPIOS

- 1.- El Proyecto recoge, explícita o implícitamente, varios de los principios de la tutela cautelar elaborados por la dogmática procesal, a saber: La instrumentalidad, la provisionalidad, la proporcionalidad, la responsabilidad y la idoneidad<sup>7</sup>.
- 2.- La *instrumentalidad* de toda la actividad cautelar aparece recogida implícitamente en las normas del Proyecto, y consiste en la necesaria vinculación existente entre la cautela y la sentencia que se dicte en el proceso principal así como en general a la suerte de ese proceso. La instrumentalidad determina cuestiones básicas de carácter procesal:
  - a) Las medidas cautelares sólo pueden impetrarse estando pendiente el proceso, y en los casos de solicitud previa al proceso, la no iniciación del proceso dentro de plazos preclusivos hace caducar la medida. Así resulta, implícitamente, de las normas de los arts. 165, 170, 171, 172, 182 del Proyecto, que vinculan la cautela con el resultado de la pretensión deducida en el proceso y que permiten solicitar las medidas en “el proceso” o “incluso antes de su inicio”, y la regla de competencia (art. 170) que alude al “proceso principal”, denotando el carácter accesorio e instrumental de la cautela.
  - b) Las medidas cautelares deben extinguirse cuando el proceso principal termine: Por desestimación de la pretensión (pues nada hay ya que asegurar) o, precisamente, porque al haberse estimado la sentencia principal ya puede desplegar sus efectos propios.
- 3.- El principio de *provisionalidad*, conforme al cual las medidas cautelares subsisten en tanto se mantengan las circunstancias que autorizaron su concesión, tiene recepción normativa expresa en el artículo 169 del Proyecto, en una norma de similar redacción al actual artículo 301 del CPC, pero eliminando la mención que este hace a la caución para alzar la medida. En particular, la provisionalidad está esencialmente vinculada al presupuesto de *peligro*: Si desaparece el temor de daño jurídico previsto al tiempo

---

<sup>7</sup> Falta aquí la nota esencial de homogeneidad, conforme a la cual las medidas cautelares aseguran la eficacia de la decisión produciendo una injerencia en la esfera jurídica del demandado, similar, homogénea, parecida a ciertos actos del eventual y futuro proceso de ejecución, pero nunca idénticos, porque sí así fuera se incurriría en ejecución sin título. Sobre este principio, Tavolari, Protección Constitucional, ob. cit., págs. 144 y 145; sobre su consecuencia en relación a las medidas anticipativas de la pretensión, pág. 151.

de concederse, la medida cesará. Ello habrá de promoverlo el demandado afectado, incidentalmente, lo que no aparece regulado especialmente en el Proyecto<sup>8</sup>, de modo que se aplicarán las reglas generales sobre incidentes dispuestas en el Proyecto. En todo caso, no debe olvidarse que entre las razones que hacen desaparecer el presupuesto de peligro, se encuentra precisamente la sentencia absolutoria del demandado en primera o segunda instancia, cuestión no afrontada por el Proyecto, pero que es razonable concluir según veremos más adelante.

- 4.- Respecto a la *proporcionalidad* el Proyecto dispone en su art. 167 que *“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 la gravedad y extensión que para el demandado representa la medida decretada. El tribunal, podrá, a requerimiento de partes, analizar la conveniencia de mantener la medida decretada y de revisar los fundamentos que le llevaron a decretarla”*.
- 5.- La proporcionalidad exige que la cautela sea exclusivamente conducente a tornar eficaz la eventual sentencia estimatoria futura, y no a otros fines. Dicho en términos llanos, las cautelares no persiguen causar daño al demandado sino posibilitar el cumplimiento futuro de la sentencia.
- 6.- En su primera parte, la regla en nada se diferencia del actual artículo 298 del CPC, siendo criticable que todavía se regule la proporcionalidad sólo en función de los “bienes necesarios para responder a las resultas del proceso”, pues semejante disposición olvida que hay medidas cautelares que no recaen precisamente sobre “bienes”, como sería, por ejemplo, la suspensión de un acto particular o administrativo de expulsión de un socio o cesación en un cargo. De ahí que resulte razonable reemplazar esta norma por otra de mayor extensión, como la que se contiene en el art. 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que autoriza la cautela siempre que ésta sea exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria y no sea susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz para esos efectos *“pero menos gravosa o perjudicial para el demandado”*; o la del art. 276 del Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que impone al juez apreciar la necesidad de la medida, autorizándolo para disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente; establecer su alcance y duración.

---

<sup>8</sup> Salvo la regla del art. 167 del Proyecto, que a propósito de la proporcionalidad dispone que “el tribunal, podrá, a requerimiento de partes, analizar la conveniencia de mantener la medida decretada y de revisar los fundamentos que le llevaron a decretarla”. La regla tiene sentido a propósito de la proporcionalidad, desde que la excesiva duración de una medida por la prolongación del juicio puede ser gravosa para el demandado; pero tiene una redacción genérica que puede llevar a pensar que no sólo por razones de proporcionalidad el juez puede, a pedido de parte, analizar la conveniencia y presupuestos de las medidas que haya decretado.

- 7.- No obstante ese reparo, merece ser destacado que el Proyecto regule las atribuciones del juez en este ámbito, cuando dispone que al conceder una medida cautelar el tribunal debe siempre considerar la *gravedad* y la *extensión* que para el demandado representa la medida decretada. Es sabido que el legislador, al regular un procedimiento, debe respetar el contenido de racionalidad y justicia que le atribuye la Constitución Política al proceso. De ahí que también resulte razonable que el tribunal pueda a requerimiento de partes, analizar la conveniencia de mantener la medida decretada y de revisar los fundamentos que le llevaron a decretarla, como lo dispone el mencionado art. 167.
- 8.- Una regla novedosa se establece respecto del régimen de responsabilidad que involucran las medidas cautelares. El art. 168 del Proyecto dispone que *“las medidas cautelares serán siempre de responsabilidad de quien las solicite”*. La regla es similar a la de la legislación española (art. 721) y a la del Proyecto de Código Procesal Civil Modelo (art. 274), aunque parca frente a la de otros ordenamientos, como el Peruano (arts. 621 ss. del Código Procesal Civil) o el argentino (art. 208 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Como sea, debe ser bien recibida la idea de legislar en esta materia, lo que adecúa nuestras normas a la Constitución, estructurando reglas racionales a la par que justas. Sin embargo, la discusión que debiera darse en el Congreso dice relación con el régimen de responsabilidad que se establece. De la lectura de esta norma, aparece que se ha adoptado un sistema de responsabilidad objetiva, pues no exige dolo ni culpa, sino que atribuye responsabilidad por el mero hecho de solicitarlas, y obviamente, se entiende, por haber cesado la cautelar, cualquiera sea la causa. La regla es novedosa en Chile, pese a que en materia de cautelar previa al proceso, ya teníamos una regla, en el art. 280, adelantada para su época<sup>9</sup>. Hay que considerar, además, que la exigencia de caución del art. 175 del Proyecto está directamente vinculada con la de responsabilidad.
- 9.- Sin embargo, habrá que afrontar la cuestión adecuadamente, considerando que un régimen de responsabilidad objetiva o por riesgos puede ser excesivo desde que las medidas cautelares son instrumentos legítimos dentro del proceso. Desde otra perspectiva, la responsabilidad del Estado, por concesión errónea o injusta de cautelares, no pareciera fructificar por la restricción que dicha responsabilidad tiene asignada en la Constitución<sup>10</sup> y en el Código

---

<sup>9</sup> Por el solo de hecho de no demandar o no solicitar la mantención de la medida prejudicial, dentro del plazo legal, o por la sola circunstancia de no mantenerla el juez, queda responsable el solicitante de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento.

<sup>10</sup> El art. 19 N° 7 letra i) restringe esta posibilidad al ámbito de la afectación a la libertad personal y la seguridad individual: “Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”. Esto no significa, en todo caso, eximir de responsabilidad, por ejemplo, al Estado en los casos en que, como demandante, exige tutela cautelar ni la situación de aquellos que litiguen con privilegio de pobreza, respecto de quienes existe un criterio de respuesta a propósito de las costas, en el inciso

Orgánico de Tribunales<sup>11</sup>. La regla comúnmente aceptada es la de responsabilidad por culpa, que es la solución adoptada, por ejemplo, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en Argentina<sup>12</sup> y que remite la cuestión a las reglas civiles; y en otros extremos, puede pensarse también en la responsabilidad que surge por el abuso del derecho<sup>13</sup>. Es evidente que el demandante que aportó antecedentes equivocados o falsos para obtener una medida cautelar, deberá responder de los perjuicios que cause al demandado. El problema se plantea en aquellos casos en que el análisis de los antecedentes demuestra la improcedencia de la cautela.

- 10.- La dogmática procesal reconoce en el ámbito de las medidas cautelares el principio de *idoneidad*, conforme al cual, la medida que se adopte debe ser apta para los fines que se persiguen con ella, de modo que el juez no puede acceder sin más a cualquier pedido cautelar del demandante. Se trata de evitar que con las medidas cautelares “*se provoquen daños injustos o se obtengan transacciones no equitativas*”<sup>14</sup>. En este orden de ideas, el Proyecto dispone que las medidas cautelares no podrán ser decretadas de oficio por el tribunal, pero reconoce a éste la potestad de “*conceder una medida diversa de la requerida por el actor si, resguardándose de igual modo la pretensión, fuere menos gravosa y perjudicial para el demandado*” (art. 165 inc. 2°). Nótese cómo es que se atribuye al juez el control de la aptitud o idoneidad de la medida para alcanzar el fin que con ella se pretende (“resguardándose de igual modo la pretensión”), al punto que, en aras de no mortificar al demandado, puede decretar una medida diversa a la solicitada.

---

tercero del art. 600 COT. Respecto a la responsabilidad del Estado por el error del juez, no puede dejar de considerarse la regla general de responsabilidad del art. 38 de la Constitución.

- <sup>11</sup> El art. 13 del COT dispone que “las decisiones o decretos que los jueces expidan en los negocios de que conozcan no les impondrán responsabilidad sino en los casos expresamente determinados por la ley”, habiéndose derogado la norma que atribuía responsabilidad disciplinaria a los jueces por falta o abuso en la concesión de medidas cautelares.
- <sup>12</sup> El art. 208 del CPCCN dispone que, salvo en ciertas situaciones que regula, “cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado”. Agrega la norma que “la determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez cuya decisión sobre este punto será irrecurrible”.
- <sup>13</sup> Para el tema, recomiendo la obra de Maximiliano Baduel y Jorge E. Baduel, *Medidas cautelares trabadas indebidamente. Responsabilidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999. Un tratamiento adecuado para Chile, en Marín González, ob. cit., págs. 222-229. En todo caso, no comparto la apreciación de este autor en orden a que en un sistema procesal ideal las medidas cautelares son innecesarias y que la demanda de tutela cautelar obedece a la ineficiencia de los sistemas judiciales en todo el mundo. Me parece que la cuestión es más sencilla: El proceso no es instantáneo (si lo fuera, no sería justo ni racional) y consume tiempo, y ese mero dato objetivo e inevitable constituye la razón de ser de las medidas cautelares.
- <sup>14</sup> Raúl Tavolari O., *Protección constitucional y cautela judicial: ¿Orden de no innovar en el Recurso de Protección?*, en ‘Tribunales, Jurisdicción y Proceso’, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 145.

#### 4. PRESUPUESTOS

- 1.- Uno de los méritos de la nueva regulación lo constituye la recepción normativa de los presupuestos dogmáticos de las medidas cautelares, a saber, la verosimilitud de la pretensión, el peligro en la demora procesal y la caución.
- 2.- Conviene, en todo caso, no equivocarse en esto: El CPC reconoce estos presupuestos, sólo que pareciera que el legislador del siglo 19 actuó más bien intuitivamente. Así, el presupuesto de *fumus* aparece regulado de modo general en el art. 298 que exige “*comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama*” y el presupuesto de peligro se traduce en diversos motivos de temor: De pérdida de la cosa (sequestro, intervención y retención) y de esterilidad de la sentencia (intervención, retención y prohibición). Más restringida es la regulación de la caución, que el CPC sólo la exige para la cautelar prejudicial (art. 279) y la innominada o indeterminada (art. 298).
- 3.- El mérito consiste, entonces, en regular de modo general y sistemático estos tres presupuestos, bajo la exigencia impuesta al demandante de acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil *prima facie* la existencia del derecho que fundamente su pretensión y el peligro de daño jurídico que para esa pretensión entraña el que no se conceda de inmediato la medida solicitada (arts. 173 y 174 del Proyecto).
- 4.- La recepción de la exigencia de caución es, sin dudas, la mayor novedad del régimen cautelar del Proyecto a propósito de los presupuestos. El art. 175 dispone, en lo pertinente, que “*la parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen*”. Resulta evidente que:
  - a) La garantía debe otorgarse previa a la concesión de la medida.
  - b) El tribunal deberá estimar suficiente la garantía para acceder a la medida.
  - c) El presupuesto es amplio, pues alude a una “garantía”, que en todo caso exige ser suficiente.
  - d) La finalidad de la garantía es asegurar la responsabilidad del actor por los daños que cause con la medida.
  - e) Uno de los motivos de impugnación de la cautela es la insuficiencia o inidoneidad de la garantía.
  - f) La garantía no exime la concurrencia de los presupuestos de verosimilitud y peligro.
  - g) Pareciera ser que la garantía es presupuesto para la concesión de la medida más que de la ejecución de ésta.



- 5.- La caución sólo puede consistir en *dinero efectivo* o una *garantía real*, fijándose su importe por el tribunal, el que puede decretar informe de perito; regla que introduce una potente modificación de la forma como hasta ahora venía cumpliéndose, en los casos excepcionales en que operaba esta exigencia. Significa un enorme avance en el respeto adecuado a la posición de las partes en el proceso: El que esté en condiciones de asumir la obligación eventual de indemnizar los perjuicios que su actividad cautelar provoque al demandado, podrá valerse de la tutela cautelar. Un justo equilibrio de las posiciones procesales.
- 6.- Todavía a propósito de la garantía, habrá que asumir otra cuestión omitida en estas reglas: La exigencia de garantía y el derecho a la justicia gratuita. Notoriamente esa cuestión no aparece abordada en los arts. 591 y 600 del COI, que aseguran exención de multas y costas, consignaciones para deducir recursos, así como el derecho a gratuidad en los servicios profesionales en juicio, pero omiten toda referencia a las cauciones que exige la ley en ciertos casos<sup>15</sup>. Pareciera ser que todas las miradas se dirigen al Estado, desde que asegura justicia gratuita, pero ello no significa que el demandante deba asumir el costo de ese privilegio.

## 5. CLASES

- 1.- El Proyecto introduce en este ámbito una ampliación de la tutela cautelar regulada por la ley: Junto con mantener las tradicionales formas de tutela conservativa o de mantenimiento de un statu quo (secuestro, intervención, retención y prohibición de contratar o ejecutar actos), amplía éstas a "*cualquier otra medida conservativa que estime idónea*", que permitiría obtener efectos de conservación incluso más allá del mero aseguramiento, como sería, por ejemplo, impedir la publicación o ejecución de una obra (un libro, una película, una composición musical, la construcción o destrucción de una obra, etc.), la exoneración de un funcionario o la suspensión de un acuerdo societario. Pero la mayor revolución se produce por la introducción de las medidas *anticipativas* de la pretensión, que no habían sido reguladas en la ley sino de modo disperso y asistemático<sup>16</sup>.
- 2.- Respecto de las formas consabidas de tutela conservativa, cabe señalar que su finalidad pura es asegurativa, mantener un estado de cosas a la espera de que cuando se puedan desplegar los efectos de la sentencia, ello sea realmente posible. Se caracterizan por una mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado sin satisfacer en alguna medida la pretensión principal del actor<sup>17</sup>. Así surge del art. 171 que distingue entre medidas

---

<sup>15</sup> Así, se exige caución en la cautela innominada (art. 298 CPC); en la medida cautelar urgente del art. 299 CPC; para alzar una medida cautelar (art. 301), para seguir adelante con la ejecución cuando el ejecutado reserva excepciones (art. 474 CPC) o cuando apela de la sentencia de pago (art. 475 CPC); para evitar el traslado de bienes muebles embargados (art. 479 CPC); para la demolición de una obra nueva (art. 569 CPC); puede exigirla el recurrente de casación (art. 773 CPC), entre otros casos.

<sup>16</sup> Véase supra nota 3.

<sup>17</sup> Manuel Ortells Ramos, Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, vol. 2º (con Juan Montero Aroca,

conservativas cuyo objeto es *resguardar* los resultados de la sentencia estimatoria de la pretensión, de aquellas cuyo objeto es *mantener* la situación de hecho existente.

- 3.- El Proyecto mejora notablemente la regulación del *secuestro* (art. 177), ampliando la posibilidad a los bienes inmuebles, evitando así las discusiones que el actual art. 291 plantea<sup>18</sup>, al disponer de modo general que dicha medida tiene lugar cuando se entable una acción real respecto de la cosa cuyo secuestro se requiere. Asimismo, la nueva regulación aclara la finalidad y efectos del secuestro: Tiene por fin la mera conservación material de la cosa pero no afecta la disponibilidad (jurídica, se entiende) que su titular puede ejercer a su respecto. Regla necesaria y que exige del solicitante de medidas cautelares adecuada comprensión. Si lo que se pretende es evitar la enajenación del bien, la medida idónea es la prohibición; si a la par se desea evitar su destrucción o merma, el secuestro; siendo posible *acumularlas* dado que el artículo 171 del Proyecto autoriza decretar “*una o más*” de estas medidas. Las reglas sobre nombramiento del secuestro y la administración del bien secuestrado se remiten, como acontece en el CPC, a las normas aplicables al depositario de bienes embargados en el procedimiento de ejecutivo, que naturalmente resulten aplicables.
- 4.- Tratándose de la *intervención judicial de bienes litigiosos*, el Proyecto terminó con la enumeración casuística del art. 293 CPC, mejoró su denominación, pues se trata siempre de conservar bienes en litigio, disponiendo su aplicación en todo caso en que se ejerza una pretensión real y también personal, y exista temor de pérdida o destrucción del bien litigioso, o que los derechos del demandado (sic) puedan quedar burlados. Se trata aquí de casos en que lo que interesa, al igual que en el secuestro, es la conservación material de un bien o evitar burla a los derechos del demandante, por la vía de mantener a buen recaudo el patrimonio del demandado, nombrando un interventor, que no tiene facultades de administración, pero sí de veedor o fiscalizador de los actos de administración del demandado. Inadvertidamente y por error se hace una referencia, en el art. 178 a los “derechos del demandado” que puedan quedar burlados, referencia que deberá ser corregida en la discusión parlamentaria desde que se trata de evitar burla a los derechos del actor. Respecto a las facultades del interventor, se mantiene una redacción similar a la actual, con alguna ampliación a los papeles, cosas y negocios de que puede imponerse el interventor, así como se amplía el deber de información al interesado y al tribunal, pues dicho deber opera ante todo “descuido, deterioro, malversación, abuso o negligencia” que note en la administración de los bienes intervenidos, a diferencia del actual 294 que impone ese deber sólo frente a casos de “malversación o abuso”.

---

Juan-Luis Gómez Colomer y Alberto Monton Redondo), J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991, pág. 268.

<sup>18</sup> Cfr. Marín González, ob. cit., págs. 333 a 337.

- 5.- Si bien se mejora en alguna medida la regulación actual en cuanto a que el nombramiento, cambio o remoción de interventor se tramita por incidente no suspensivo (art. 178. inc. 2º), se echa de menos en esta regulación alguna regla sobre la exigencia de cuenta, la remuneración del interventor, el régimen de responsabilidad, las causales o motivos de remoción, la posibilidad de renuncia, en fin, varias cuestiones que por ahora parecieran confiadas a la prudencia judicial<sup>19</sup>.
- 6.- El Proyecto mejora la naturaleza que cabe asignar a la *retención de bienes*, que en el actual art. 295 alcanza a todo tipo de bienes muebles, sean litigiosos o no. El art. 180 del Proyecto delimita la retención a dinero o cosas muebles determinados del demandado, cuando en su contra se ejerza una pretensión personal. Ello mejora la sistematización de estas medidas y las devuelve a su cauce original alterado por la reforma introducida en 1953 por la Ley 11.183<sup>20</sup>: Si se trata de una acción real contra el demandado respecto de un bien mueble (o inmueble) litigioso, procede el secuestro; si se trata de una acción real o personal contra el demandado, respecto de bienes litigiosos que deban mantenerse administrados por el demandado, procede la intervención; si se trata de una pretensión personal del demandado que no tenga por objeto una cosa sobre la que se litiga, procede la retención, que por su naturaleza recae sobre dinero o bienes muebles determinados del demandado. El presupuesto específico de peligro se mantiene intacto: Insuficiencia patrimonial o temor de ocultación de bienes, desapareciendo la discusión en torno a si era necesario acreditar este presupuesto de peligro tratándose de bienes litigiosos<sup>21</sup>.
- 7.- Se mantiene intacta la regulación relativa a la persona en cuyo poder puede verificarse la retención (el demandante, el demandado o un tercero), aplicándose las reglas pertinentes del depósito. Sin embargo, se echa de menos alguna regla relativa a los efectos de la retención, pues siendo evidente que puede afectar la disponibilidad material del bien (en los casos que el bien pasa o queda en manos del actor o de un tercero), no resulta pacífico que afecte la disponibilidad jurídica, de modo que si se mantiene esta regulación, habrá que interpretar el art. 1464 N° 3 del Código Civil en el sentido que la expresión “cosas embargadas” comprende también los bienes sujetos a retención cautelar, dada la identidad histórica entre las nociones de embargo preventivo y retención cautelar.

---

<sup>19</sup> Varias de estas cuestiones están ausentes de la actual regulación, como advierte Juan Carlos Marín, ob. cit; pág. 374.

<sup>20</sup> Sobre la cuestión, cfr. Marín González, ob. cit., pág. 380.

<sup>21</sup> Sobre el tema, a propósito de la prohibición de celebrar actos o contratos, véase de don Raúl Tavolari Oliveros, Facultades económicas de los litigantes y cautela judicial, en ‘El Proceso en Acción’, Editorial Libromar Limitada, Santiago, 2000, págs. 357 a 380, en particular el análisis de la evolución histórica de la norma actual en págs. 364 a 366.

- 8.- Luego, y tratándose de la *prohibición de celebrar actos o contratos*, el Proyecto amplía la medida cautelar por cuanto comprende tanto la prohibición de contratar como la prohibición de enajenar, en ambos casos, tanto respecto de los bienes materia del proceso como respecto de otros bienes determinados del demandado; con el conocido presupuesto específico de peligro: Cuando las facultades (económicas) del demandado no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio (art. 181)<sup>22</sup>.
- 9.- Se reitera la regla conforme a la cual, para que los bienes objeto del proceso se comprendan dentro de la regla del artículo 1464 N° 4 del Código Civil, es necesario que se decrete prohibición a su respecto.
- 10.- Respecto de los efectos de la prohibición, para que alcance a terceros, se exige inscripción, regla que rige para los inmuebles y que ahora incluye a los muebles sujetos a inscripción en un registro público. Tratándose de muebles no sujetos a inscripción, la medida sólo alcanza a terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo de celebrar el contrato o ejecutar el acto cuya prohibición se pide.
- 11.- Finalmente, se eliminó la regla conforme a la cual, tratándose de bienes muebles, el demandado sería responsable de fraude si hubiere procedido a sabiendas. Con la regla actual basta acreditar que el demandado actuó a sabiendas para que se declare su responsabilidad, situación que se ve alterada al eliminarse dicha frase.
- 12.- El art. 171 del Proyecto incluyó, adicionalmente, entre las medidas conservativas, cualquiera otra que se estime idónea. Con esta norma se incluye toda medida indeterminada que sólo tenga por objeto el mero aseguramiento de cosas o de un estado o situación de hecho, pero además permitiría obtener efectos de conservación algo más allá del mero aseguramiento, con un grado de satisfacción de la pretensión principal, como sería, por ejemplo, impedir la publicación de un libro, paralizar la construcción o destrucción de una obra, suspender un decreto de expulsión de un funcionario o la suspensión de un acuerdo societario.
- 13.- La mayor novedad del nuevo sistema consiste en recoger en norma positiva las medidas anticipativas de la pretensión, reguladas en el art. 172 del Proyecto. En general, se trata de medidas que tienen por objeto ya no el mero aseguramiento de bienes o de una situación, ni la mantención de un statu quo, sino romper un estado de cosas, innovar respecto de una relación o situación, mediante la satisfacción anticipada de la pretensión deducida en el proceso principal. Se trata de satisfacer, antes de la sentencia, lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido<sup>23</sup>. Se trata de obtener

---

<sup>22</sup> Un detalle: El proyecto alude al riesgo de que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente "resultado", habiendo querido decir "garantía".

<sup>23</sup> Ortells, ob. cit., pág. 270.

decisiones que si se adoptaran en el momento normal (la sentencia) perderían en todo o parte su eficacia. Calamandrei hizo ver la diferencia que demuestra este tipo de tutela cautelar con las restantes: El grado de regulación del mérito de la relación sustancial controvertida. En la tutela conservativa el juez se limita a *“aprontar medios para facilitar la formación o la ejecución forzada de la futura decisión de mérito”*, en cambio, en la tutela anticipada, *“la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario”*<sup>24</sup>.

- 14.- Fue la ley 19.968, sobre Tribunales de Familia, la que en su artículo 2325 introdujo, formalmente, la potestad de decretar cautela innovativa, aunque ejemplos de anticipación de la pretensión ya existían en nuestro ordenamiento: los alimentos provisorios (art. 327 del Código Civil y art. 4° de la Ley 14.908), la separación provisional del trabajador sujeto a fuero (art. 174 Código del Trabajo), la suspensión provisional de una obra denunciante (art 565 CPC), el acceso provisional a la demanda en proceso sumario (art. 684 CPC), la interdicción provisional del disipador y del demente (art. 446 y 461 del Código Civil), la declaración provisional de bien familiar (art. 141 inc. 3° del Código Civil).
- 15.- En la regulación del Proyecto, estas medidas pueden decretarse “fundadamente”, *“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”*. Así, por ejemplo, si se demanda la remoción de un administrador por manejos irregulares o descuidados de sus bienes, puede pedirse como medida cautelar su remoción anticipada, nombrando un administrador interino, decisión (anticipada y provisoria) que recae sobre el mérito (y no sobre otra cosa), y que está destinada a durar hasta el momento en que esta remoción provisoria se convierta en permanente tras la sentencia que resuelve el proceso.
- 16.- De acuerdo al inc. 2° del art. 172 del Proyecto, estas medidas sólo proceden en caso que las de tipo conservativo demostraren ser insuficientes para resguardar la eficacia

---

<sup>24</sup> Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, traducción de Santiago Sentís M. (con prólogo de Eduardo Couture), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pág. 59.

<sup>25</sup> Dicho artículo 22 dispone: “Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”. Nótese el grado de poderes que se asigna a los jueces en este tipo de asuntos. La justificación a semejantes atribuciones puede encontrarse en que se trata de procesos civiles no dispositivos, por regla general.

de la pretensión hecha valer, lo que el juez debe hacer constar en la resolución de la medida. Notoriamente se ha querido obrar con prudencia en la regulación de estas medidas: No son de aplicación directa, debiendo el demandante convencer al juez sobre la ineficacia de las conservativas, y con el correlativo deber del juez de fundamentar esa circunstancia en la resolución que conceda estas medidas. Ello tiene justificativo por el grado de intrusión que significan en la esfera jurídica del demandado, y el riesgo que se corre de caer en casos de *“ejecución sin título”*. El elemento diferenciador sigue siendo la *instrumentalidad* esencial de todas las medidas cautelares.

- 17.- La mejor demostración de cuanto sostenía Calamandrei en orden a que las providencias anticipativas importaban un juzgamiento sobre el mérito de la pretensión principal, la constituye el hecho que el legislador ha debido disponer expresamente que los fundamentos de la resolución que se pronuncie sobre una medida anticipativa no importan *“un prejuicio sobre la pretensión del actor ni constituirán una causal de inhabilidad del juez que la concedió”* (art. 172. inc. final). Si no excusara a los jueces de una eventual implicancia o recusación, ésta sería procedente porque para anticipar la decisión de fondo, aunque resulte obvio decirlo, el juez ha debido emitir opinión y decisión sobre él.
- 18.- Atendido precisamente el grado de intrusión que significan estas medidas, es que el recurso de apelación que se interponga contra la resolución que otorgue una medida anticipativa, gozará de preferencia para su vista, se agrega extraordinariamente a la tabla y la audiencia no admite suspensión por las partes. Es decir, debe decidirse rápidamente, dado que el recurso no es suspensivo y mientras tanto la medida estará ejecutándose o en vías de ser ejecutada (arts. 172 inc. final en relación al art. 184).

## 6. PROCEDIMIENTO

- 1.- Corresponde analizar bajo este epígrafe cuestiones relativas a la legitimación para solicitar y la competencia para decretar medidas cautelares, la oportunidad para impetrarlas, los requisitos de la solicitud, y la tramitación que debe darse a ella.
- 2.- El *agente* de la solicitud es siempre el sujeto activo de la relación procesal, sea actor o demandante reconvenional (art. 165 inc. 1°), proscribiéndose la actividad cautelar de oficio por el Tribunal. En este ámbito, y como vimos, sólo se autoriza al tribunal para decretar una medida diversa de la solicitada por el demandante si, resguardándose de igual modo la pretensión, la medida fuere menos gravosa y perjudicial para el demandado (art. 165 inc. 2°).
- 3.- Respecto a la *competencia*, el art. 170 del Proyecto establece la regla general: Es competente para conocer y resolver sobre la solicitud, “el tribunal que esté conociendo o hubiere conocido del proceso principal en primera instancia”. Esta norma merece algunos comentarios: De acuerdo a la regla general de competencia de la extensión

(art. 111 COT)<sup>26</sup>, la medida cautelar la debe decretar el tribunal que esté conociendo del proceso principal; norma que refuerza la característica de instrumentalidad de estas medidas respecto del proceso principal. Luego, se aclara la situación de las medidas cautelares que se solicitan una vez impugnada la sentencia: Las resuelve el tribunal que hubiere conocido del proceso principal en primera instancia. Me parece que esta es la forma adecuada de comprender una regla mal redactada, pues al consagrar el art. 170 que la cautela la decide el tribunal que conoce o conoció del proceso en primera instancia, alguien podría concluir que en los procesos de instancia única (con sentencia inapelable)<sup>27</sup> no procede la tutela cautelar. La norma debió decir “*el tribunal que esté conociendo o hubiere conocido del proceso principal en primera o en única instancia*”. Como sea, el sentido de la norma es otro: Ha querido aclarar la situación que se da tras la impugnación de la sentencia: ¿Pueden decretarse medidas cautelares y qué tribunal es competente para decretarlas? La regla aclara la duda: Es posible y debe decretarla el tribunal que conoció del proceso principal en primera (o en única) instancia.

- 4.- ¿Puede solicitarse una medida cautelar estando apelada con efecto suspensivo la sentencia? La respuesta en el Proyecto es afirmativa, por existir una norma expresa en tal sentido (art. 342), que incluso comprende la atribución del “tribunal inferior”<sup>28</sup> para alzar, mantener y modificar la cautelar<sup>29</sup>. El tribunal competente es el que conoció del proceso principal en primera instancia.
- 5.- El art. 170 agrega que si el proceso no se hubiere iniciado al pedirse la medida cautelar, lo será el que fuere competente “para conocer de la demanda posterior correspondiente”, norma que reitera la regla del art. 178 COT.

---

<sup>26</sup> Esta norma no sería aplicable si a la expresión “incidencias” del art. 111 del COT se le asignara el sentido restringido y técnico de incidente.

<sup>27</sup> Por ejemplo, en materia civil y comercial, aquellos cuya cuantía no exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales, esto es, de hasta unos 650 dólares (art. 45 N° 1 letras a) y b) del COT.

<sup>28</sup> Aunque parezca una distracción, me parece inadecuado en el ámbito de los recursos hablar de tribunales inferiores y superiores, desde que esa nomenclatura se reserva para cuestiones de carácter disciplinario. En sede recursiva es preferible referirse al tribunal a quo y al ad quem, o bien al tribunal que pronunció la resolución y aquel que debe conocer y fallar el recurso en su contra.

<sup>29</sup> De acuerdo a las reglas del CPC me parece que puede arribarse a la misma conclusión, precisamente porque su art. 191, tras proclamar (con evidente falta de rigurosidad) que la apelación en ambos efectos “suspende la jurisdicción del tribunal inferior para seguir conociendo de la causa” agrega en su inc. 2° que ese tribunal podrá entender “en todos los asuntos en que por disposición expresa de la ley conserve jurisdicción”. Tampoco comparto la opinión mayoritaria en orden a que la apelación suspensiva prive de competencia al juez. La competencia la asigna y la quita la ley, no los recursos. Estos, al igual que la demanda o la contestación, delimitan el objeto del proceso, conforme al principio dispositivo. Es decir, la apelación suspensiva impide que el tribunal a quo siga conociendo del proceso principal; pero nada impide que ese tribunal decrete una medida cautelar: Tiene jurisdicción y competencia para ello, desde que pueden solicitarse en cualquier estado del juicio (art. 290) y la interposición de una apelación revela que aún existe juicio.

- 6.- Respecto a la *oportunidad* procesal, hay varias cuestiones que conviene analizar. Del tenor de los arts. 159, 171, 176 y 182 surge claramente que estas medidas pueden adoptarse en *cualquier etapa del proceso, incluso antes de su inicio*. Una aclaración es necesaria: La oportunidad en que se solicite una medida cautelar no altera su naturaleza, su forma de ser, su carácter. Sea que se pidan antes o durante el proceso, son siempre medidas cautelares; es posible que se altere su tramitación, pero ello no determina que se altere su condición esencial. De ahí que me parezca inadecuado tratar las medidas cautelares que se solicitan previo al proceso, dentro de otra categoría de diligencias previas al proceso cuya finalidad y naturaleza es esencialmente diversa: las medidas prejudiciales probatorias y preparatorias<sup>30</sup>. El momento inicial no es difícil de configurar: Comprende el momento anterior a la interposición de la demanda, e incluso aquel posterior a la presentación de ella pero previo a su notificación (art. 159); y obviamente todo momento posterior.
- 7.- ¿Hasta cuándo pueden decretarse? No hay una norma expresa al respecto, que no sea la de competencia una vez impugnada la sentencia. Me parece que después de ejecutoriada la sentencia definitiva no es posible impetrar medidas cautelares, por la sencilla razón que después de ejecutoriado el fallo, no hay juicio, o mejor dicho, proceso. Desde otra perspectiva, soy de opinión en orden a que las medidas cautelares decretadas durante el proceso, deben ser alzadas si dentro de cierto plazo no se da comienzo a la ejecución de la sentencia, regla que no ha sido recogida en el Proyecto.
- 8.- ¿Pueden decretarse una vez impugnada la sentencia? La respuesta es positiva, conclusión a la que arribamos al analizar la regla de competencia, que permite concederla al tribunal que hubiere “conocido” del proceso principal en primera instancia. En todo caso, esta conclusión merece alguna precisión: ¿Qué suerte corre la medida si se rechaza la demanda? Me parece que dada la instrumentalidad de estas medidas, y principalmente su carácter provisional, si el juez que la concedió al dictar sentencia ha quedado absolutamente convencido de que la pretensión del actor está desprovista de todo fundamento, con mayor razón desaparecerá la cautelar para cuya resolución el juez requirió de un menor grado de convicción (verosimilitud).
- 9.- Respecto a la *tramitación de la cautela previa al proceso*, el art. 176 regula el contenido de la solicitud, que entiendo será escrita, y resuelta fuera de audiencia, debiendo el peticionario expresar los motivos graves y urgentes que motivan la cautela en esa forma, la pretensión que deducirá fundándola someramente. Deberá otorgar la garantía e individualizar, si procede, los bienes afectos a la medida. El tribunal la decretará sin audiencia del futuro demandado y la medida se ejecutará sin notificación previa a éste. En esta resolución, el tribunal determina el plazo que tiene el requirente para presentar

---

<sup>30</sup> De ahí las críticas a la manera de estructura estas medidas en el Proyecto. Véase supra 2 número 10.



y notificar la demanda, y solicitar la mantención de la cautelar decretada, que no puede ser superior a 30 días. La inobservancia de estas cargas provoca la caducidad de pleno derecho de la medida, a menos que se haya otorgado prórroga del mismo. El art. 182, que regula esta cuestión, agrega que el afectado puede demandar los perjuicios ocasionados, en un proceso declarativo ordinario.

10.- La tramitación de las medidas cautelares solicitadas *durante el proceso* es quizás la más relevante reforma introducida en esta materia en nuestro ordenamiento, pues tras largos años de debate, se había tornado pacífica la cuestión del procedimiento de las cautelares, concediéndose, por regla general, sin audiencia al demandado, postergándose el contradictorio (por incidente de oposición promovido por el afectado). El art. 183 del Proyecto dispone para estas medidas la tramitación incidental, esto es, con audiencia, sin suspender el curso del proceso principal, y con ejecución diferida, obviamente, al momento que se resuelva favorablemente la solicitud del actor. Una adecuada comprensión de la regla exige considerar que en el Proyecto, los incidentes pueden promoverse en audiencia (art. 129) o fuera de ella (art. 130), circunstancia que se previó al regular las cautelares pues el art. 184, al referirse a la apelación de la resolución que se pronuncia sobre una cautelar, distingue el caso de aquellas decretadas fuera de audiencia, lo que demuestra que la cautela puede decretarse en audiencia o fuera de ella. Para sistematizar la explicación, conforme a las reglas del Proyecto, las situaciones que pueden presentarse son éstas:

- a) Si la medida se solicita en *audiencia*<sup>31</sup>, el tribunal debe decidirla de inmediato, y si exigiere prueba, la recibirá en la audiencia o en la oportunidad que fije el tribunal; todo ello, sin perjuicio de la atribución del juez para reservar la decisión dentro de 5° día, si la complejidad del asunto lo amerita. En este caso, la medida debe ser solicitada verbalmente. Semejante tramitación comporta una sorpresa para el demandado, y exige del actor preparar adecuadamente su solicitud.
- b) Si la medida se solicita fuera de audiencia, se promoverá por escrito, del que se confiere traslado por 3 días al demandado para que la conteste, debiendo ambas presentaciones contener toda la oferta de prueba de que piensen valerse las partes. De ser necesaria la prueba, el tribunal concentrará toda ella en una sola audiencia, al término de la cual recibirá los alegatos sobre la prueba rendida y fallará la cuestión. Si dentro de los 20 días siguientes de evacuado el traslado, se hubiere de

---

<sup>31</sup> Es necesario comprender el alcance de estas reglas: Cuando el Proyecto se refiere a incidentes que tienen lugar dentro o fuera de una audiencia, está considerando las audiencias del asunto principal, y en el proceso declarativo, el ordinario consulta dos audiencias (la preliminar y la de juicio), y el sumario una. De ahí que me parece inadecuada la remisión del art. 183 conforme al cual estas medidas se tramitarán “como incidente, de acuerdo a las reglas generales”. La experiencia de la reforma procesal penal, de una parte, y de la familiar, por otra, debe utilizarse provechosamente para no introducir reglas de difícil aplicación práctica.

verificar la audiencia preliminar o de juicio –hipótesis exclusiva del procedimiento ordinario–, la prueba y el fallo tendrán lugar en la correspondiente audiencia. En los casos en que las partes no ofrezcan prueba, o el tribunal no estime necesario decretar<sup>32</sup> prueba alguna, la solicitud se falla de inmediato, una vez contestado el traslado.

- c) Sólo una vez concedida la medida, podrá ésta ejecutarse. En este punto, el inciso segundo del art. 183 del Proyecto contiene una norma, similar al actual 302, que permite “llevarla a efecto aun antes de notificar a la persona contra quien se dicte”, regla que exige una mejor redacción, pues en realidad está pretendiendo normar la posibilidad de *decretar* (y no sólo ejecutar o llevar a efecto) medidas cautelares, durante el proceso, sin audiencia al demandado, lo que se desprende del inciso final del art. 183 que reglamenta el régimen de impugnación. Entendida en este sentido, se trata de medidas decretadas sin conferir traslado al demandado, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal las decreta por resolución en que fundamente ese proceder. En este caso, la medida se decreta y ejecuta sin oír al demandado, debiendo el actor notificar a éste por cédula, dentro de los 10 días siguientes contados desde la ejecución de la misma, bajo sanción de ser canceladas de plano.

- 11.- Este régimen procedimental tiene la virtud de respetar el principio de contradicción, exigible aun en sede cautelar, desde que este tipo de medidas suelen ser gravosas para el demandado y es razonable y justo oírle antes de proceder a decretarlas. Sin embargo, me parece preferible que se regule un procedimiento específico para las cautelares antes que efectuar una remisión tan genérica a los incidentes que deja lugar a dudas de procedimiento, especialmente si se considera el diseño de los procedimientos que consultan audiencias en el Proyecto.

## 7. IMPUGNACIÓN

- 1.- Tratándose de la cautelar previa al proceso, antes de iniciarse éste, el afectado no tiene derecho a oponerse a la ejecución de la medida, sin perjuicio de pedir su alzamiento en el momento procesal oportuno (art. 182). El Proyecto no especifica ese momento, pero está íntimamente vinculado con la presentación y notificación oportuna de la demanda, y de la resolución que mantiene la medida. Me parece al menos que desde que se notifica la providencia que mantiene la medida, el demandado tiene derecho a impugnar la decisión y provocar su alzamiento, cuestiones ambas que no necesariamente avanzan por la misma cuerda: Puede impugnarse, por ejemplo, por faltar alguno de los presupuestos generales o específicos de las cautelares; puede solicitarse alzamiento,

---

<sup>32</sup> El tribunal decreta pruebas a pedido de partes, de otro modo altera el dispositivo y deja de ser imparcial.

ofreciendo contracautela. Estimo que esta oposición deberá tramitarse incidentalmente, y que la resolución del incidente es apelable (art. 335 del Proyecto).

- 2.- Si se trata de medidas adoptadas dentro del proceso, en una audiencia, la impugnación deberá promoverse en ella y ser resuelta a su término, quedando a salvo el recurso de apelación no suspensivo para la parte agraviada con la resolución (arts. 184 y 335). El plazo de esa apelación es de 10 días.
- 3.- Si la medida se adopta fuera de audiencia, la impugnación debe promoverse dentro de los tres días del traslado de la medida; la decisión es susceptible de reposición, con apelación subsidiaria (art. 184), dentro de tercero día (art. 331).
- 4.- Tratándose de la cautelar que se adopta dentro del proceso, sin audiencia del demandado, éste podrá oponerse dentro de 10 días o en la audiencia preliminar, dependiendo del evento que ocurra primero, oposición que se tramita incidentalmente. En este caso, esos 10 días deben computarse desde que se le notifica la medida, a menos que antes tenga lugar la audiencia preliminar, hipótesis reservada sólo para el procedimiento ordinario. La decisión es impugnabile por vía de apelación (art. 184).

## 8. MODIFICACIÓN Y ALZAMIENTO

- 1.- El Proyecto no reguló en forma sistemática y pormenorizada el régimen de modificación y alzamiento de las medidas cautelares, siendo ello recomendable, pues no debe dejarse margen a la discusión en esta materia. Así, debió regularse expresamente el cambio de circunstancias, como motivo para obtener su cesación o modificación; la situación tras la sentencia absolutoria no firme, o con sentencia estimatoria parcial, además de la obvia situación que se produce con la sentencia absolutoria firme.
- 2.- De las normas del Proyecto en este sentido, vimos que a propósito de la *proporcionalidad*, puede el tribunal, a requerimiento de “partes” analizar la conveniencia de mantener una medida y revisar los fundamentos que llevaron a decretarla; regla imprecisa, pues ese requerimiento provendrá normalmente del demandado, y no debiera restringirse al principio de proporcionalidad, sino que en general, frente al cambio de circunstancias en función de su carácter provisional. Hemos de interpretar esta regla en orden a que esa solicitud se tramitará incidentalmente, siendo apelable, con solo efecto devolutivo, la resolución de esta cuestión (art. 335).
- 3.- El Proyecto reguló la contracautela como mecanismo de alzamiento, la que deberá ser suficiente, siendo improcedente en aquellos casos en que el bien sujeto a la medida sea materia del juicio. La contracautela sólo puede ser en dinero o en una garantía real. Su importe lo determina el tribunal, pudiendo oír el parecer de un perito (art. 175).

## 9. CONCLUSIONES

- 1.- Como anticipé, se advierte un intento de mejorar la sistematización de las medidas cautelares, adecuando sus normas a los conceptos, principios y presupuestos que la dogmática procesal ha venido elaborando y que sólo por vía interpretativa era posible extraer de las normas del viejo Código de Procedimiento Civil. Se destacan, entre otras, las normas que sintetizan concretamente los principios de proporcionalidad y provisionalidad, además de una regulación sobre la responsabilidad que debe recaer sobre el solicitante de cautelares.
- 2.- Se destaca, junto a las conocidas formas de tutela conservativa (secuestro, intervención, retención y prohibición de ejecutar actos y contratar), una regulación, aunque restrictiva, de la tutela anticipativa.
- 3.- Como señalé, a propósito de los presupuestos de la tutela cautelar, el Proyecto introduce de modo general, ya no sólo para la tutela prejudicial y la innominada, la exigencia de caución para todas las medidas cautelares; exigencia que en el CPC sólo rige para la cautela prejudicial (art. 279) y la innominada (art. 298). Esta nueva regulación, de mantenerse, dará mejor cuenta de los principios de dualidad de posiciones y de igualdad, como elementos constitutivos de todo proceso.
- 4.- El Proyecto innova al recoger, en normas positivas, las viejas nociones dogmáticas relativas al *fumus* y al peligro en la mora procesal, de modo que vienen estas a constituirse en elementos que guían al intérprete en la aplicación adecuada de estas normas y en particular, en una mejor dispensación de tutela cautelar.
- 5.- Sin embargo, el verdadero cambio de paradigma viene de la mano de las reglas de tramitación de la solicitud de medidas cautelares, que supone *audiencia* al demandado, que, como expresé, es congruente con el principio de contradicción o de bilateralidad, pero además con el principio de dualidad de posiciones. El proceso exige, para ser tal, dos posiciones antagónicas que se resuelven por la decisión del tercero imparcial. Las medidas cautelares no tienen que escapar a esos principios desde que con su otorgamiento se generan no pocas consecuencias nocivas en el patrimonio del afectado con ellas; sin perjuicio de la regulación particular de concesión sin audiencia en casos específicos regulados en el Proyecto (prejudiciales y cautela urgente).
- 6.- De entrada expresé que era un error grave del Proyecto el confundir las medidas prejudiciales o diligencias preliminares (preparación de la litis y prueba anticipada) con las medidas cautelares, al regular el Título XIII del Libro I unas y otras, como si fueran especies de un mismo género. Se trata, empero, de una cuestión sencilla de reparar, si se destina un título a las diligencias preliminares y otro a las cautelares; o bien, como es mi opinión, si se regula toda la tutela cautelar en un Libro diverso.

- 7.- Si bien se mejora en alguna medida la regulación actual en cuanto a que el nombramiento, cambio o remoción de interventor se tramita por incidente no suspensivo (art. 178. inc. 2º), se echa de menos en esta regulación alguna regla sobre la exigencia de cuenta, la remuneración del interventor, el régimen de responsabilidad, las causales o motivos de remoción, la posibilidad de renuncia, en fin, varias cuestiones que por ahora parecieran confiadas a la prudencia judicial.
- 8.- En general, se aprecia un mejor tratamiento de la tutela cautelar, dispuesto en un conjunto más coherente de normas que las que actualmente se contienen en el CPC, y en particular es casi seguro que el procedimiento y el régimen de responsabilidad, previstos en el Proyecto, abrirán margen a una discusión necesaria, pues ambas regulaciones rozan cuestiones esenciales, que hasta ahora la legislación procesal civil chilena no ha afrontado seriamente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Baduel, Maximiliano y Baduel, Jorge E. Medidas cautelares trabadas indebidamente. Responsabilidad, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- Calamandrei, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, traducción de Santiago Sentís M. (con prólogo de Eduardo Couture), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- Marín Gonzalez, Juan Carlos. Las medidas cautelares en el Proceso Civil Chileno. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- Ortells Ramos, Manuel. Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, vol. 2º (con Juan Montero Aroca, Juan-Luis Gómez Colomer y Alberto Monton Redondo), J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991.
- Tavolari Oliveros, Raúl. Protección constitucional y cautela judicial: ¿Orden de no innovar en el Recurso de Protección?, en 'Tribunales, Jurisdicción y Proceso', Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 137-168.
- Tavolari Oliveros, Raúl. Facultades económicas de los litigantes y cautela judicial, en 'El Proceso en Acción', Editorial Libromar Limitada, Santiago, 2000, págs. 357 a 380.