



UNIVERSIDAD
Finis Terrae
VINCE IN BONO MALUM

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LAS ACTUALES MEDIDAS CAUTELARES CIVILES Y
SU EVOLUCIÓN EN EL NUEVO PROYECTO DEL CÓDIGO
PROCESAL CIVIL**

DANIEL ANDRÉS ARDILES SAAVERDRA
SILVINA NOELIA JAQUE GACITÚA

Memoria presentada a la Escuela de Derecho de la Universidad Finis Terrae para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor Guía: Eugenio Labarca Birke

Santiago, Chile

2015

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES CIVILES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	3
1. Principios que informan las medidas cautelares	3
1.1. Proporcionalidad	3
1.1.2. Responsabilidad	4
1.2. Presupuestos de aplicación	4
1.2.1. Presupuesto de apariencia del derecho	5
1.2.1.1. Medios de acreditamiento de la apariencia del derecho	6
1.2.2. Presupuesto del peligro en la demora	7
1.2.3 Presupuesto de la caución	8
1.3. Finalidad de las medidas cautelares	9
1.3.1. Finalidad Conservativa	9
1.3.1. Finalidad Innovativa	10
CAPÍTULO 2. ANÁLISIS GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CIVILES EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL	11
2.1 Regulación	11
2.2 Clasificación	11
2.3 Características	12
CAPÍTULO 3. ANÁLISIS SISTEMATIZADO Y PARTICULAR DE LAS MEDIDAS PREJUDICIALES CIVILES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	14
3.1. Regulación	14
3.2. Clasificación	14
3.3. Requisitos generales	15
3.4. Medidas prejudiciales preparatorias	15
3.4.1. Declaración jurada sobre hecho relativo a capacidad para entrar en juicio, personería o representación judicial	17
3.4.2. Exhibición de la cosa que es objeto de la demanda	17
3.4.3. Exhibición de Instrumentos Públicos y Privados que por su naturaleza puedan interesar a otras personas	19
3.4.4. Exhibición de libros de contabilidad relativos a negocios del futuro demandante	19
3.4.5. Reconocimiento jurado de firma puesta en instrumento publico	20
3.5. Medidas prejudiciales probatorias	20
3.5.1. Confesión	21
3.5.2. Testigos	21
3.5.3. Inspección personal del tribunal, informe de peritos, certificado de un ministro de fe	22

3.5.4. Prueba documental	22
3.6. Medidas prejudiciales precautorias	22
3.6.1. Requisitos	23
3.6.2. Tramitación	24
3.6.3. Cargas que nacen para el solicitante una vez otorgada la medida prejudicial precautoria	24
3.7. Medidas prejudiciales especiales	25
3.7.1. Medidas prejudicial relativa al mero tenedor	25
3.7.2. Medidas prejudicial de arraigo	25
CAPÍTULO 4. ANÁLISIS SISTEMATIZADO Y PARTICULAR DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS CIVILES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	26
4.1. Regulación	26
4.2. Características	26
4.3 Clasificación	27
4.3.1. <u>Según la oportunidad</u>	27
4.3.2. <u>Según el tipo de medida precautoria</u>	27
4.3.3. <u>En cuanto a la Prenda de derecho que se reclame</u>	28
4.3.4. <u>En cuanto a la Tramitación</u>	28
4.3.5. <u>En cuanto al otorgamiento de Caución</u>	28
4.4 Requisitos	29
4.4.1. Solicitud de parte	29
4.4.2. Oportunidad procesal	29
4.4.3. Tribunal que solicita	29
4.4.4. Acompañar comprobantes	29
4.4.5. <u>Que las garantías económicas del demandado no sean suficientes para asegurar el resultado del juicio</u>	30
4.4.6. Requisitos específicos	31
4.5 Secuestro de la cosa que es objeto del juicio	31
4.6. Nombramiento del interventor	32
4.7. Retención de bienes	34
4.7.1. Requisitos	35
4.8. Prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados	37
4.8.1. <u>Cómo se concede</u>	37
4.8.2. Efectos	38
4.9. Tramitación de las medidas precautorias	38
4.9.1. Requisitos del escrito	38
CAPÍTULO 5. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL	42
5.1. Antecedentes	42
5.1.1. <u>Foro procesal civil del 2005, Anteproyecto Universidad de Chile</u>	43
5.1.2. <u>Proyecto de ley que aprueba nuevo CPC (Boletín N°6567-07)</u>	46
5.1.3. <u>Proyecto de ley que establece el nuevo CPC (Boletín N°8197-07)</u>	47

5.2. Referencias a las medidas cautelares y su tramitación en el PCPC	48
5.2.1. Reglas generales	48
5.2.2. <u>Medidas cautelares conservativas</u>	49
5.2.3. Tramitación	51
5.2.4. <u>Medidas prejudiciales cautelares</u>	53
5.2.5. <u>Medidas prejudiciales cautelares</u>	53
5.3 Mapa conceptual de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil, en el anteproyecto del CPC y en el Proyecto del Código Procesal Civil	54
5.4 Diferencias entre el CPC y el PNCP	56
5.5 Posibles problemáticas que se pueden dar una vez estando vigentes	57
CONCLUSIONES	58
BIBLIOGRAFIA	60

INTRODUCCIÓN

La dilación o retraso en la resolución de los litigios, es un mal endémico del proceso civil que afecta el desarrollo adecuado de la tutela judicial efectiva, cuya consecuencia más próxima es la percepción negativa que tiene la sociedad sobre el aparataje judicial. Todo lo cual se puede resumir en la frase de Dickens en su obra “Bleak House” cuando todo litigante al llegar a la corte atraviesa un portal que dice “*suffer any wrong that can be done to you rather than come here*”. En palabras de Cappelletti, “el movimiento de acceso a la justicia, como aproximación teórica, cuyos orígenes ciertamente se encuentran en una crítica realista al formalismo y dogmatismo legal, tiende hacia una visión más fiel de lo complejo de la sociedad humana. El componente normativo del derecho no es negado, sino que es visto como un elemento más, normalmente, incluso, ni siquiera como el más importante. El principal elemento son las personas, con todas sus características culturales, económicas y sociológicas”

En este sentido, el gran desafío que presenta el sistema procesal, es idear instrumentos para neutralizar los efectos negativos que el largo tiempo de tramitación de los procedimientos civiles suele conllevar. Entre éstos encontramos los procedimientos de urgencia, acciones principales (posesorias) y las medidas cautelares, siendo estas últimas objeto de estudio. Lo cual retoma gran importancia, en el marco de una reforma legal e instauración de un nuevo procedimiento civil en Chile.

Cuando se habla de medidas cautelares, normalmente suele confundírseles con las medidas precautorias, pese a que procesalmente son dos cosas distintas, aunque las medidas precautorias son una especie de medidas cautelares. Las medidas cautelares tampoco son exclusivas de los procesos civiles, sino que se pueden presentar en toda clase de procedimientos, toda vez que su objeto es aplicable en cualquiera de ellos, por cuanto tienen como finalidad el asegurar la eficacia de las resoluciones judiciales.

No obstante lo anterior, según el criterio de algunos fallos de nuestra jurisprudencia, existirían procesos cautelares independientes, como por ejemplo el recurso de protección. Sin embargo, para otro sector de la jurisprudencia, no existen procesos cautelares independientes, toda vez que la esencia de las medidas cautelares, es su carácter instrumental, en cuanto están destinadas a asegurar la resolución de un conflicto por sentencia definitiva en un proceso. El recurso de protección sería un proceso de urgencia: resuelve el conflicto sin perjuicio de poder usar acciones ordinarias con posteridad.

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo analizar si el proyecto de ley del nuevo código Procesal Civil realiza un esfuerzo por desarrollar las medidas cautelares como instrumento efectivo para lograr una tutela judicial efectiva.

Para responder a esta pregunta, en el primer capítulo analizamos brevemente las medidas cautelares, sus principios, finalidad y presupuestos de aplicación, para entender su funcionalidad. En el segundo capítulo hacemos referencia a la regulación, clasificación y características de las medidas cautelares, con el fin de construir un marco general. En el tercer capítulo realizamos un análisis sistemático y particular de las medidas prejudiciales civiles en nuestra legislación actual. En el capítulo cuarto realizamos mismo análisis que el capítulo anterior, pero en cuanto las medidas precautorias civiles. En el capítulo quinto se analiza la nueva normativa del proyecto del Código Procesal Civil en esta materia, estableciendo semejanzas y diferencias con nuestra regulación actual. Y el capítulo final se expone brevemente acerca de la evolución que ha tenido la tutela cautelar, para luego hacer referencia a nuestras reflexiones en cuanto el objeto de estudio.

CAPITULO PRIMERO

Introducción a las medidas cautelares en el actual Ordenamiento

Jurídico Chileno.

1. 1 Principios que informan las medidas cautelares

1.1.1 Proporcionalidad

Las medidas cautelares deben asegurar la efectividad de la pretensión, por una parte, pero por otra, sin afectar los derechos del demandado. Por ello no podría concederse una medida mayor que la pretensión principal, pero tampoco una menor que ésta.

La proporcionalidad se relaciona tanto respecto de la cautela con la pretensión principal, como la relación entre las partes y el daño que una medida desproporcionada puede causar "... sin perjuicio que además, la precautoria recae sobre un bien cuyo valor excede con creces al beneficio jurídico que pretende el demandante y no está precisamente destinada a asegurar el resultado de la acción intentada¹..."

"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"²

"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 tiene 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

¹Gaceta N° 180 (1995), pág 37

²RDJ t XVII, parte 2°, sec 1°, pág 159

y asegurando – como lo solicita el actor en este caso -, esa 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”³

1.1.2 Responsabilidad

Las medidas cautelares son provisionales e instrumentales, no armas de presión. Si no existe interés legítimo en ellas o en su mantención, el solicitante puede asumir responsabilidades por el daño generado. La responsabilidad del solicitante deviene de la actuación negligente lo que se concreta con la responsabilidad por culpa. No existe responsabilidad objetiva por rechazo de la pretensión, pero no existe inconveniente en demandar dicha responsabilidad de acuerdo a las reglas generales.

La forma de hacer efectiva dicha eventual responsabilidad del solicitante está constituida por la **caución** (Contracautela). Existe si una norma expresa que hace responsable al solicitante de la medida que la obtiene y no deduce demanda en el plazo señalado, no pide la mantención de la misma o pidiéndolo, no es concedida por el tribunal (artículo 280 del Código de Procedimiento Civil)

1.2 Presupuestos

Desde un punto de vista doctrinario, se distinguen fundamentalmente dos presupuestos que siempre están presentes en las medidas cautelares:

- El Periculum in Mora: Peligro en la demora o retardo.
- El Fumus Boni iuris: (el humo que colorea el buen derecho) Apariencia de existencia de la pretensión que se pretende asegurar. Solo si existe se puede otorgar una providencia cautelar. Esto es existencia de presunciones fundadas de la existencia del derecho que se reclama (artículo 298 CPC)

³C Sup. Fallos N° 384 (1990), pág. 691

1.2.1 El presupuesto de la apariencia de derecho (FumusBoni Iuris)

El régimen del presupuesto de la apariencia de buen derecho, también llamado fumusboni iuris, plantea dos cuestiones que deben ser consideradas por separado.

La normativa que determina la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida y por otra parte, la expresión alude también a la cognición necesariamente sumaria que debe hacerse de la situación jurídica mencionada, por la doble razón de que la función de la tutela cautelar requiere reducir la instrucción para hacer posible una resolución rápida, y de que sería absurdo duplicar la actividad alegatoria y probatoria del proceso principal.

Determinación de las situaciones jurídicas para las que puede pedirse tutela cautelar

En un régimen como el actual en el que las más importantes medidas cautelares son medidas típicas, la determinación legal de esas situaciones puede ser decisiva, porque si la situación jurídica en que se funda la pretensión interpuesta no se corresponde a las características jurídico-materiales o de otra naturaleza previstas por la ley al regular este presupuesto de la medida, ésta no podía ser obtenida o había de ser solicitada al amparo de la disposición relativa a medidas indeterminadas. Se llegó a sostener, en efecto, que el precepto se limita a obligaciones de origen negocial, e incluso, más restrictivamente, contractual.

El cambio registrado en este aspecto consiste en que la descripción más general del presupuesto de la apariencia de buen derecho es lo suficientemente amplia como para no originar las dudas antes mencionadas. El presupuesto consiste en el fundamento de la pretensión interpuesta en el proceso principal,

respecto del cual el solicitante de la medida ha de formular alegaciones y aportar justificaciones para que el tribunal se forme “sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable”. Por otra parte, la posibilidad de obtener tutela cautelar no queda limitada a los casos en que se hubiera interpuesto una pretensión de condena a prestación, sino también si las pretensiones fueran meramente declarativas o constitutivas. Si esta posibilidad no se hubiera establecido, no habría medios para contrarrestar los riesgos de ineffectividad práctica de los efectos jurídicos de las sentencias declarativas y constitutivas que, ciertamente, no son efectos ejecutivos en sentido técnico, pero que, en cuanto efecto jurídico, han de ser efectos prácticos y útiles.

1.2.1.1 Medios de acreditamiento de la apariencia de buen derecho.

El avance en el aspecto de los medios de acreditamiento consiste en el abandono de la exclusividad del acreditamiento documental. La solución concuerda con las que desde tiempo se acogen en importantes ordenamientos de nuestro entorno, y, en cierto modo, era demandada por la práctica si se atiende, por ejemplo, a cierta jurisprudencia reciente sobre el acreditamiento documental en el embargo preventivo en la que, para aspectos no esenciales de la obligación dineraria que ha de ser demostrada (liquidez, realización previa de contraprestaciones.

En la practica la “certeza” de estos antecedentes es un estado psicológico en el cual el juez, luego de realizar una serie de investigaciones, llega al convencimiento de que un hecho ha ocurrido de una manera determinada, lo cual es una noción eminentemente subjetiva, que pudiese en determinados casos no corresponder por completo a la verdad, la certeza y la verdad no siempre son conceptos coincidentes.

1.2.2 El presupuesto de peligro en la demora (Periculum in Mora).

Es el riesgo de imposible o muy difícil ejecución o riesgo en la ineffectividad de la sentencia. La *ratio iuris* de la norma que establece una medida cautelar es contrarrestar los peligros que amenazan los resultados de un proceso de declaración durante la necesaria demora para que esos resultados lleguen a producirse. Pero las situaciones de peligro son, también, presupuesto de la medida cautelar, en el doble sentido de que, a una cierta clase de peligro, corresponde una cierta clase de medida, y de que de la concurrencia de las situaciones de peligro depende, en la mayor parte de los supuestos, la concesión y el mantenimiento de la medida cautelar.

El perfeccionamiento del sistema de tutela cautelar, en este aspecto, requiere atender a estas dos consideraciones: primera, que toda situación de peligro para los resultados de un proceso de declaración cuente con una medida cautelar adecuada para contrarrestarla; segunda, que ninguna medida cautelar pueda concederse, ni ser mantenida, sin el fundamento de una situación de peligro apreciada por el juez.

Toda clase de riesgos para la efectividad de la tutela son relevantes para obtener una tutela cautelar adecuada.

Según el criterio de Ortells Ramos, comprendemos el riesgo en la demora atendiendo a lo siguiente:

- **Riesgos referidos a la posibilidad práctica de ejecución general**, por ej., riesgo de insolvencia del demandado
- **Riesgos relativos a la posibilidad práctica de ejecución específica**, por ej. que la especie debida no se encuentre en poder del obligado
- **Riesgos referidos a la utilidad de la ejecución**, por ejemplo el uso no autorizado de una marca comercial o administración por el demandado de un establecimiento de comercio

- **Riesgos referidos a la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia.** Por ejemplo la venta de la propiedad durante el curso del juicio
- **Riesgos de ineffectividad derivados del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia**

No pueden ser obtenidas medidas cautelares si no existe un riesgo concreto para la efectividad de la tutela.

De acuerdo al artículo 391". Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes". Con la disposición citada se acaba también con situaciones como las que actualmente se dan con la intervención judicial de bienes litigiosos o con la anotación preventiva de demanda, en las que la ley no impone expresamente el presupuesto del peligro en la demora.

Por otra parte, coherentemente con lo anterior, el legislador abandona la técnica utilizada en el embargo preventivo de tipificar las circunstancias determinantes de peligro (extranjería del deudor, carencia de bienes o de domicilio en el partido judicial, etc.) que impedían una concreta apreciación judicial del mismo y frente a la que la aplicación judicial de ya había reaccionado, requiriendo que, junto al supuesto legal, concurriera un concreto peligro de insolvencia.

1.2.3 El presupuesto de la caución

Por regla general, también es presupuesto de las medidas cautelares la prestación de una caución por el solicitante de las mismas. Es necesaria norma expresa para que la caución no sea exigible. A diferencia de ciertos ordenamientos extranjeros, en nuestro Derecho el presupuesto de la caución no puede suplir la falta de los dos primeros presupuestos, sino como máximo complementarlos.

El objetivo de esta caución es ofrecer una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita. La suficiencia cuantitativa de la caución debe determinarse, precisamente, en atención a lo dicho y a las costas específicas de las actividades procesales relativas a la tutela cautelar. No obstante, el párrafo segundo del mismo artículo también permite que se tenga en cuenta el fundamento de la petición de la medida, entiendo que para reducir la cuantía de la caución en función del mayor grado de probabilidad de tal fundamento.

El CPC establece la provisionalidad de las medidas precautorias. Cada vez que desaparezcan ambos o al menos uno de los dos requisitos generales (*periculum in mora* y *fumusboni iuris*) que hacen procedente la medida precautoria, deben alzarse. Conforme a los artículos 301 y 302 CPC el alzamiento se tramita como incidente en cuaderno separado, sin carácter de previo y especial pronunciamiento, conociendo el tribunal que decretó la medida precautoria, por la regla de la extensión. Esto también se aplica a la sustitución de las medidas precautorias.

1.3 Finalidad de las medidas cautelares

A efectos de no hacer ilusorio el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte acogiendo la pretensión del demandante, los ordenamientos jurídicos de tradición continental han contemplado, a lo menos desde el siglo XIX en adelante, una serie de medidas que englobadas bajo diferentes nombres, buscan asegurar la efectividad de dicho cumplimiento.

1.3.1 Finalidad conservativa

Nos encontramos frente a aquellas que sirven para “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes

que pueden ser objeto de la misma”⁴. Buscan conservar el estado existente al momento de ser decretadas, para evitar la inutilidad de una ulterior sentencia definitiva, de esta manera, hace referencia al criterio de mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado hasta la emisión de la sentencia firme, porque al menos en el derecho chileno y español, se ha cimentado la estructura de la tutela cautelar.

1.3.2 Finalidad Innovativa.

Cabe hacer presente, que parte de la doctrina señala que no aceptan fines anticipativos dentro del ámbito cautelar, ya que ello equivaldría a una ejecución sin título, sin embargo ya en 1936 en un artículo de ALLORIO⁵ indicaba que una medida cautelar es la ejecución anticipada y provisoria de la sanción principal concedida en vista del peligro en el retardo. Es así, como éstas buscan adelantar parte de los efectos constitutivos o innovativos de la sentencia definitiva, alterando la situación de hecho existente, para evitar que la sentencia pierda su efectividad producto del retardo del procedimiento en que será dictada. Son denominadas también:

- a) Satisfactivas; En la medida en que realicen el interés que se pretende tutelar.
- b) Anticipativas; En la medida en que adelanten los efectos de la sentencia definitiva.

⁴ CALAMANDREI, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, pag. 56.

⁵ ALLORIO, “Per una nazione del processo cautelare” en Revista di dirittoprocessoalecivile, I (1936), pags. 18-44.

CAPÍTULO SEGUNDO

Análisis general de las medidas cautelares civiles en el Código de Procedimiento Civil.

2.1. Regulación

Las medidas cautelares se regulan en el Libro II, Título IV “Medidas prejudiciales precautorias” y el Título V del Código de Procedimiento Civil “De las medidas precautorias”.

2.2. Clasificación

Según **Calamandrei**, las medidas cautelares desde el punto de vista de la providencia (de la resolución) más que del proceso o procedimiento en sí, encontramos;

- I. Instructoras, Probatorias o Anticipadas: Persiguen la fijación y conservación de pruebas que se utilizarán en un proceso posterior. Así por ejemplo las medidas prejudiciales probatorias en materia civil.
- II. Cautelares Propiamente Tales: Persiguen impedir la dispersión, distracción u ocultamiento de bienes por parte del demandado para obtener el efectivo cumplimiento de una sentencia. Así por ejemplo tenemos el embargo.
- III. Anticipación de Decisión: Aquellas providencias que contiene una decisión anticipada y provisoria del conflicto en cuestión, cuya duración se mantiene hasta la regulación de carácter definitivo. Un ejemplo de esto, son los alimentos provisorios.
- IV. Caucciones Procesales: Para obtener una cautela se debe rendir una caución. Se le denomina contracautela porque la cautela protege al actor, pero la contracautela protege al demandado.

2.3. Características

- I. Son Provisorias: Su vigencia se prolonga como máximo hasta la ejecución completa de la resolución cuyo resultado se ha querido asegurar.
- II. Son Instrumentales: La justificación de la dictación de una providencia cautelar radica en la existencia de peligro y daño jurídico derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva. El requisito es experimentación de daño jurídico, no material porque el demandante siempre tiene daño material mientras no se satisfaga su pretensión, derivado de la demora en el cumplimiento de una resolución, que puede derivar en que luego no se cumpla la pretensión. La providencia cautelar solicitada debe tener carácter de urgencia, en cuanto si se demorase, el daño temido se transformaría en daño efectivo: la existencia de este peligro posibilita la dictación de una providencia cautelar.
- III. Producen Cosa Juzgada Formal Provisional: Implica que la providencia es inmutable, sin perjuicio de poder ser revisada en el mismo el proceso en el cual se dictó, si cambian las circunstancias (***Rebus Sic Stantibus***) Si varían las circunstancias del otorgamiento, la providencia cautelar puede ser revocada o modificada durante el curso del juicio si varían las condiciones.
- IV. Son Facultad del Juez: Se discute si constituyen facultades generales insertas normalmente en el ejercicio de la función jurisdiccional o son excepcionales. Si es general, los jueces pueden interpretar las normas legales en forma extensiva para otorgar una providencia cautelar. Si es excepcional, la ley debe ser interpretada restrictivamente. En materia penal, las normas se interpretan restrictivamente, limitando las facultades del Juez a los casos expresamente contemplados. Sin embargo, en materia civil, algunos hablan inclusive de un verdadero Poder Cautelar de los jueces,

sobre la base de la norma del artículo 298 CPC. No obstante, esto es bastante discutido, sobre todo porque el propio Mensaje del Código de Procedimiento Civil establece la excepcionalidad de las medidas precautorias.

CAPITULO TERCERO

Análisis sistematizado y particular de las medidas prejudiciales civiles en el Ordenamiento Jurídico Chileno.

Las medidas prejudiciales se definen como; “Medios jurídicos establecidos por la ley para preparar la entrada al juicio, obtener pruebas que eventualmente puedan desaparecer y asegurar el resultado de la pretensión”⁶. Así también se definen como “Es el acto jurídico procesal anterior al inicio del juicio que tiene por objeto preparar la entrada a este (preparatoria), asegurar la realización de alguna prueba (probatoria) y/o asegurar el resultado de la pretensión que se deducirá (precautoria).”⁷

3.1 Regulación

Artículo 273 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, concordados con el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, 178 del Código Orgánico de Tribunales y 1603 del Código Civil. Cabe indicar que su ubicación en el Código de Procedimiento Civil, en virtud de su artículo 3, permite hacerlas aplicables a todo procedimiento civil.

3.2. Clasificación.

- I. Medidas prejudiciales propiamente tales o preparatorias; Tienen por objeto preparar la entrada al juicio.

- II. Medidas prejudiciales probatorias; Buscan obtener anticipadamente pruebas de las cuales exista daño o peligro de desaparición.

⁶ HOYOS, María Teresa, *Apuntes de Clases Procesal III*, Universidad FinisTerraes.

⁷ LABARCA, Eugenio, *Apuntes de Clases Procesal III*, Universidad FinisTerraes.

III. Medidas prejudiciales precautorias; Buscan asegurar antes incluso de la demanda y del emplazamiento la pretensión del demandante, existiendo motivos plausibles para ello. Sólo el futuro demandante las tiene.

3.3. Requisitos generales:

- I. Requisitos comunes a todo escrito.
- II. Al ser la primera gestión, constituir patrocinio y poder.
- III. Requisitos comunes a toda medida prejudicial, artículo 287 del Código de Procedimiento Civil.
 - El solicitante debe expresar la pretensión que se quiere deducir.
 - Exponer someramente sus fundamentos.
- IV. Fundamentar la solicitud; expresar la acción que se pretende deducir y sus fundamentos, en forma somera.
- V. Requisitos específicos de cada medida prejudicial.

Se debe hacer presente que como regla general, las medidas prejudiciales se decretan sin previa notificación y sin previa audiencia de la futura contraparte, pues no existe relación procesal, de hecho no existe juicio. Excepcionalmente las medidas prejudiciales probatorias, requieren de una notificación citación para apersonarse, dicha diligencia no hace procedente la oposición, pues en esta instancia no caben los incidentes, toda vez que no hay juicio.

3.4. Medidas Prejudiciales Preparatorias.

Son aquellas que tienen por objeto preparar la entrada en juicio y cuyo titular es generalmente el futuro demandante. Excepcionalmente el futuro

demandado es el titular respecto de la medida prejudicial preparatoria de reconocimiento jurado de firma puesto en instrumento privado.

Según el Art. 273 del C.P.C estas son;

- I. Declaración jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes.
- II. La exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar.
- III. La exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas.
- IV. La exhibición de los libros de contabilidad relativos a negocios en que tenga parte el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 42 y 437 del Código de Comercio.⁸
- V. El reconocimiento jurado de firma, puesta en instrumento privado. Esta es la única prejudicial probatoria que tiene disponible el demandado.

⁸ ARTÍCULO 42, CÓDIGO DE COMERCIO. Los tribunales no pueden ordenar de oficio, ni a instancia de parte, la manifestación y reconocimiento general de los libros, salvo en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de las sociedades legales o convencionales y quiebras.

ARTÍCULO 43, CÓDIGO DE COMERCIO. La exhibición parcial de los libros de alguno de los litigantes podrá ser ordenada a solicitud de parte o de oficio. Verificada la exhibición, el reconocimiento y compulsas serán ejecutados en el lugar donde los libros se llevan y a presencia del dueño o de la persona que él comisione, y se limitarán a los asientos que tengan una relación necesaria con la cuestión que se agitare, y a la inspección precisa para establecer que los libros han sido llevados con la regularidad requerida. Sólo los jueces de comercio son competentes para verificar el reconocimiento de los libros. los abogados, como los procuradores del número, pero actualmente verlos es un caso raro. Esto se hace de la siguiente manera: 1. El futuro demandante hará un escrito donde se solicitará esta medida prejudicial. Éste contendrá. a. La exposición de la acción que pretende deducir, y, someramente, sus fundamentos. b. La fundamentación de por qué es necesaria la medida prejudicial para entrar al juicio. 2. Este escrito será presentado ante el tribunal competente, designado o de turno que corresponda. 3. El tribunal competente examinará el escrito, y, si cumple con los requisitos antes mencionados, lo proveerá citando al futuro demandado a declarar. La solicitud y la resolución que la provee serán notificadas al futuro demandado personalmente. 4. El futuro demandado debe comparecer y declarar en forma clara y concluyente sobre lo que se le pregunta. 5. Si el futuro demandado no comparece o da respuestas evasivas, el futuro demandante puede pedir al tribunal que se multe al futuro demandado con hasta 2 sueldos vitales 9 , o que se lo arreste hasta por dos meses¹⁰ . Eso puede ser repetido de ser necesario.

Cabe precisar que ésta última diligencia se decretara en todo caso, las otras, solo cuando a juicio del tribunal sea necesario para la entrada en juicio.

3.4.1 Declaración jurada sobre hecho relativo a capacidad para entrar en juicio, personería o representación judicial

Busca obtener, por parte del futuro demandante, una declaración jurada del futuro demandado, sobre:

- I. Su capacidad para entrar en juicio. En relación si puede comparecer en juicio.
- II. Su personería. Quien tiene poder en juicio representando al demandado sea por mandato legal, contractual o representación.
- III. El nombre y domicilio de los representantes del demandado.

3.4.2 Exhibición de la cosa que es objeto de la demanda.

Busca que el futuro demandado muestre la cosa objeto de la pretensión que se trata de entablar. El futuro demandante debe presentar un escrito ante el tribunal correspondiente, que contenga, además de la solicitud de esta medida prejudicial:

- La exposición de la acción que pretende deducir, y, someramente, sus fundamentos.
- La fundamentación de por qué es necesaria la medida prejudicial para entrar al juicio.

Este escrito será presentado ante el tribunal competente, designado o de turno que corresponda. Dicho tribunal competente examinará el escrito, y, si cumple con los requisitos antes mencionados, lo proveerá citando al futuro demandado a una audiencia para que cumpla con la orden de exhibición. El escrito y la orden del tribunal serán notificados al futuro demandado personalmente. El futuro demandado debe comparecer y dar cumplimiento a la orden de exhibición. Lo hará de la siguiente manera:

- I. Si la cosa objeto del juicio está en su poder, como dueño, la mostrará o dará facilidades para que el futuro demandante pueda reconocerla.
- II. Si el demandado es mero tenedor de la cosa objeto del pleito, puede ser además ser obligado a que diga quién es el dueño y a qué título tiene la cosa, o que declare bajo juramento que carece de título.
- III. Si la cosa objeto de controversia está en poder de un tercero, el futuro demandado cumplirá con la orden de exhibición diciendo quién la tiene y dónde vive, o al menos, diciendo dónde está la cosa litigiosa. De esta manera, el futuro demandante podrá pedir nuevamente esta medida, esta vez, respecto del tercero.
- IV. Si el futuro demandado no comparece o da respuestas evasivas, el futuro demandante puede pedir al tribunal que se multe al futuro demandado con hasta 2 sueldos vitales, o que se lo arreste hasta por dos meses. Además, puede pedir que se allane el lugar donde está la cosa donde está el objeto litigioso. Todo esto puede ser repetido de ser necesario.

Esta medida prejudicial tiene mucha importancia para el juicio ejecutivo, por cuanto, en ese proceso se exige que la obligación sea líquida siendo una de las cosas, cuando la demanda recae sobre la especie o cuerpo cierto debido siempre que se encuentre en poder del deudor, si no lo está es necesario una

gestión previa de evaluación, esto es un perito que determine el valor de esa especie o cuerpo cierto.

3.4.3 Exhibición de Instrumentos Públicos y Privados que por su naturaleza puedan interesar a otras personas.

Se solicita la exhibición de sentencia, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros, que tengan relevancia para la entrada en juicio. Dicha solicitud corresponde solo al futuro demandante y es facultativa para el tribunal. En caso de acoger dicha solicitud cita a audiencia, pudiendo el citado:

- Concurrir a realizar la exhibición.

- No concurrir. Lo que generará, la posibilidad para el futuro demandante de pedir, a modo de apremio, multas de hasta 2 sueldos vitales o prisión de hasta 2 meses para el futuro demandado, lo que se puede repetir, o la posibilidad para el futuro demandante de pedir además el allanamiento del local donde estén los documentos o la imposibilidad para el futuro demandado de hacer valer los instrumentos solicitados en su defensa más tarde, salvo:

I. Si el futuro demandante los invoca en su defensa, lo que seguro significará que los consiguió de otra manera.

II. Si se justifica alegando fuerza mayor.

3.4.4 Exhibición de libros de contabilidad relativos a negocios del futuro demandante.

El procedimiento de esta medida es similar a la anterior. Su diferencia es la naturaleza de los documentos objeto de la solicitud. Cabe indicar que el artículo 33 del código de comercio señala una sanción adicional, esto es que ante la negativa de exhibir (una vez decretada la medida), el comerciante será juzgado

por los asientos o partidas de los libros de su contraparte, sin admitirse prueba en contrario.

3.4.5 Reconocimiento jurado de firma puesta en instrumento privado.

Aquí tanto el futuro demandante como el futuro demandado tienen derecho a pedirle a su futura contraparte que reconozcan las firmas que ellos han puesto en instrumentos privados. Se deberá presentar un escrito ante el tribunal competente, que sólo contendrá la solicitud de que sea hecha esta diligencia, y la exposición de la acción que se pretende deducir, o la mención antes citada que colocará el futuro demandado, dicho escrito se presenta ante el tribunal competente, designado o de turno según corresponda.. El tribunal competente examinará el escrito, y, si cumple con los requisitos antes mencionados, lo proveerá citando a la futura contraparte a una audiencia para que en día y hora prefijados se preste la declaración de la firma puesta en instrumento privado. La futura contraparte solicitada podrá;

- I. Comparecer
- II. No comparece, o, compareciendo, da respuestas evasivas, la futura parte solicitante de la medida prejudicial preparatoria puede solicitar al tribunal que tenga por reconocida la firma estampada en el documento.

3.5 Medidas Prejudiciales Probatorias.

Son aquellas que tienen por objeto asegurar pruebas que podrían desaparecer antes de la entrada en juicio, en este caso el requisito para su otorgamiento es que exista un peligro que la prueba pueda desaparecer como consecuencia de la dilación del proceso. Según la doctrina, las medidas prejudiciales probatorias son sólo una especie de pruebas anticipadas⁹ . Las medidas prejudiciales probatorias se caracterizan por la posibilidad de ser

⁹ Estas son; Las pruebas rendidas por razones de urgencia antes del periodo contemplado para su rendición. La prueba trasladada, que es la rendida en un proceso y que pretende hacerse valer más tarde en otro proceso diverso, acompañando para ello el expediente íntegramente o sólo una copia de las piezas del expediente o de los registros en que consta la prueba. Las motions for discovery del sistema anglosajón.

invocadas tanto por el futuro demandante, como por el futuro demandado y fundarse en el peligro de la imposibilidad futura de practicar la prueba en un procedimiento futuro, esto, por el peligro de futuro daño o desaparición de la fuente de la prueba. La primera de estas es la inspección personal del tribunal, informe de peritos nombrados por el mismo tribunal o el certificado del ministro de fe¹⁰, la confesión judicial y testimonial.

Dichas medidas se ejecutan previa notificación a la persona a quien se trata de demandar. Cabe señalar que no es una notificación propiamente tal, sino una citación al tribunal.

3.5.1 Confesión

Artículo 284 del C.P.C. Es una medida común tanto para el demandante como para el demandado, se requiere que exista motivo fundado de temer que la persona se ausente en breve tiempo del país. Dentro de la confesión esta la absolución de posiciones o confesión provocada.

En dicha solicitud se acompaña el pliego de posiciones el cual queda en custodia hasta que proceda la absolución. El tribunal determinará si las preguntas son conducentes, en tal caso citará a comparendo a las partes. La sanción para la incomparecencia es que se le tiene por confesa las preguntas efectuadas en modo asertivo en el sobre de posiciones, salvo que aparezca suficientemente justificada la ausencia¹¹.

3.5.2 Testigos

Artículo 286 del C.P.C, es una medida común y tiene una causal específica que es que existan impedimentos graves y fundado temor de que no pueda recibirse oportunamente la declaración. La declaración se realiza previa notificación a la persona a quien se pretende demandar, cuando se encuentre

¹⁰ No es un medio probatorio enumerado o designado por la ley, artículo 342 del C.P.C, en forma taxativa.

¹¹ No necesariamente debe ir personalmente la persona a absolver posiciones, sino que puede dejar apoderado con autorización e instrucciones suficientes,

en el lugar de asiento del tribunal o donde deba tomarse la declaración. En los demás casos interviene el defensor de ausentes.

La solicitud de la medida prejudicial debe ser acompañada con la lista de testigos que declararán antes del juicio, y la minuta de puntos de prueba sobre la que éstos. El Tribunal citará a los testigos por cedula cuando se encuentre en el lugar de asiento del tribunal o donde deba tomarse la declaración. En los demás casos interviene el defensor de ausentes.

3.5.3 Inspección personal del tribunal, informe de peritos, certificado de un ministro de fe

Requieren demostrar, para ser solicitados, un riesgo de daño o perjuicio producido por la demora en la realización de la prueba, o que los hechos fuente de prueba podrían fácilmente desaparecer.

En el caso del peritaje, el juez designa directamente a los peritos, sin audiencia, si estos son designados.

Dichas resoluciones no requieren notificación de la futura contraparte; sólo se le avisará si ella está en el tribunal o en el lugar donde se ejecutará la diligencia. Si ella no está, la pericia o la inspección personal se llevarán adelante con la presencia del defensor de ausentes.

3.5.4 Prueba documental.

No existe algún escenario donde pueda recibirse antes de la demanda.

3.6 Medidas Prejudiciales Precautorias

El profesor Eugenio Labarca las define como “actos jurídico-procesales anteriores al juicio que tienen por objeto asegurar la pretensión que se hará valer

en un proceso posterior”. A ellas se refieren los Art. 279, 280 y 290 del Código de Procedimiento Civil.

3.6.1 Requisitos:

- I. Debe cumplirse con los requisitos comunes a todo escrito y con la presuma que establece el auto acordado dictado por la mayoría de las CA del país.
- II. Debe constituirse patrocinio y poder Art 1 y 2 de la ley 18.120.
- III. Debe cumplir con los requisitos comunes a toda medida prejudicial, esto es anunciar la acción o pretensión que se va a deducir y someramente sus fundamentos.
- IV. Deberá cumplirse con el requisito común a toda medida prejudicial precautoria. Que aparece en el Art. 298 del CPC, esto es, acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.
- V. Que se cumpla con los requisitos específicos de la medida precautoria que se trata Art. 290 y siguientes del CPC.
- VI. Que se cumplan con los requisitos específicos de las medidas judiciales precautorias Art. 279 del CPC y estos son:
 - Existan motivos graves y calificados.
 - Se determine el monto de los bienes sobre los cuales ha de recaer la medida precautoria.

- Se rinda fianza u otra garantía suficiente para responder de los perjuicios que se puedan causar o de las multas que se apliquen Art. 280 del CPC.

3.6.2 Tramitación.

Presentadas estas, el tribunal ordenará la constitución de una fianza, esto para asegurar lo dispuesto en el Art. 280 del CPC. La fianza se constituye ante el secretario del tribunal y puede consistir normalmente en una fianza nominal, esto es, una persona que le acredita al secretario tener bienes suficientes y firma un libro que lleva ese funcionario, constituyéndose fiador. Otra posibilidad es constituir alguna prenda, hipoteca, depósito a plazo o boleta bancaria de garantía, para asegurar el resultado del juicio. Una vez constituida la fianza el tribunal decretará como se pide con citación, lo que significa que se procederá a trabar la medida prejudicial precautoria, por ejemplo, en el caso de un vehículo inscribiéndola en el registro de vehículos motorizados y en el conservador respectivo.

3.6.3 Cargas que nacen para el solicitante una vez otorgada la medida prejudicial precautoria

- Interponer la demanda a que alude en su solicitud prejudicial en un plazo de 10 días, ampliables por motivos justificados hasta 30 días.
- Pedir en esa demanda que se mantenga la medida prejudicial como precautoria.
- Que el tribunal al proveer esa demanda mantenga esa medida como precautoria.

- Un sector de la doctrina exige además que la concesión de esa medida precautoria sea notificada a la contraparte.

El Art. 280 establece que si no se cumplen estos requisitos, incluso si el tribunal no mantiene la medida prejudicial precautoria como precautoria, la medida cesará y se considerará doloso el procedimiento.

3.7 Medidas Prejudiciales especiales.

3.7.1 Medidas prejudicial relativa al mero tenedor

Artículo 282 del C.P.C, relacionado con el artículo 896 del C.C. Dicha medida procede por parte del mero tenedor frente a la acción reivindicatoria, en donde el mero tenedor puede ser obligado a declarar bajo juramento el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre tiene la cosa o a exhibir el título de la tenencia. Si no concurre o da respuestas evasivas, pueden proceder los apremios de artículo 274 del C.P.C.

3.7.2 Medidas prejudicial de arraigo

Artículo 285 del C.P.C., procede cuando hay motivo fundado que una persona se ausente en breve tiempo del país sin dejar mandatario con poder suficiente. Si no realiza el nombramiento, se le nombra un curador de bienes.

CAPITULO CUARTO

Análisis sistematizado y particular de las medidas precautorias civiles en el Ordenamiento Jurídico Chileno.

Se definen como “Son providencias de naturaleza cautelar, que sirviendo para facilitar el cumplimiento practico de la sentencia, puede solicitar el demandante para asegurar el resultado de su pretensión”¹² . Para **Fernando Alessandri**: "Son aquellas que puede pedir el demandante en cualquier estado del juicio aun cuando no esté contestada la demanda con el fin de asegurar el resultado de la acción."

4.1 Regulación.

Reguladas en el libro II, título V, artículo 290 al 302 del C.P.C.

4.2 Características.

Se trata de un concepto absolutamente positivista, que arranca directamente del **artículo 290 CPC**. De acuerdo a esta definición las principales características de las medidas precautorias son:

- I. El único sujeto legitimado para pedir las es el demandante. Excepcionalmente el demandado puede pedir las al deducir una reconvencción, pero como en ese caso actúa como demandante, no es realmente una excepción.

- II. Se pueden solicitar en cualquier estado del juicio, aunque no esté contestada la demanda. Esto tiene una razón histórica, cual es que al momento de la dictación del CPC, la teoría del proceso vigente era la del cuasicontrato, conforme a la cual, la relación

¹² HOYOS, María Teresa, *Apuntes de Clases Procesal III*, Universidad FinisTerraee.

jurídica procesal se perfeccionaba al momento de contestarse la demanda. Por ello fue necesario indicar expresamente en la ley que aun cuando no se hubiere contestado la demanda, la medida sería simplemente precautoria y no prejudicial. Hoy en día, en que predomina la teoría de que la relación procesal surge con la sola notificación de la demanda, esto es un tanto redundante. Se pueden pedir hasta el término del juicio por sentencia ejecutoriada, en cualquier instancia, ante el tribunal de primera instancia, independientemente de donde se encuentra el expediente.

- III. Se otorgan para asegurar el resultado de la acción, entendiendo acción como pretensión (asegurar el resultado de la pretensión).

4.3 Clasificación

4.3.1 Según la oportunidad.

- Medidas precautorias propiamente tales: Se solicitan durante la secuencia del juicio.
- Medidas prejudiciales precautorias: Se solicitan antes de iniciarse el juicio.

4.3.2 Según el tipo de medida precautoria.

- Las contempladas en el Código de Procedimiento Civil. No se requiere cauciones.
- Las autorizadas por las leyes. Pueden exigirse cauciones.
- Las no autorizadas por las leyes. Deben exigirse cauciones.

4.3.3 En cuanto a la Prenda de derecho que se reclame.

-Con comprobante: (que constituyera a lo menos presunción grave del derecho que se reclama). Contemplado como regla general en el otorgamiento de toda medida precautoria (artículo 298 CPC)

-Sin comprobante: Por excepción, pueden decretarse sin comprobantes, pero no se entregan con carácter definitivo, sino con la carga de que se acompañen con posterioridad los comprobantes, dentro de un plazo de 10 días, luego del cual se ven expuestas a caducar.

4.3.4 En cuanto a la Tramitación.

-Previa notificación del afectado: Es la regla general, de conformidad al inciso primero del artículo 302 CPC.

-Sin notificación previa del demandado: Por excepción, pero siguiendo las reglas del inciso 2° del referido artículo.

4.3.5 En cuanto al otorgamiento de Caución.

-Sin necesidad de rendir caución por el solicitante: Es la regla general en lo relativo a las medidas precautorias ordinarias (específicamente reguladas en el CPC)

-Con caución facultativa: existen algunas medidas precautorias en las cuales el tribunal se encuentra facultado para pedir caución al solicitante antes que se haga efectiva la medida. Se trata de las medidas precautorias extraordinarias.

-Con caución obligatoria: el tribunal por mandato del legislador debe exigir previa rendición de caución, en los siguientes casos:

- I. Cuando se otorgue una medida precautoria sin acompañar los comprobantes graves del derecho que se reclame (artículo 299 CPC)

II. Cuando se otorgue una medida precautoria con carácter de prejudicial (artículo 279 N°2 CPC)

4.4 Requisitos;

4.4.1 Solicitud de Parte

Generalmente a solicitud del actor, así también el demandante reconvenional puede solicitar una medida precautoria para asegurar el resultado de su propia acción.

4.4.2 Oportunidad Procesal

El artículo 290 del CPC. Señala que la oportunidad es en cualquier estado del juicio, aun antes de contestar la demanda y hasta cuando exista juicio, es decir, hasta la dictación de la sentencia firme o ejecutoriada. Cabe indicar que se puede pedir en primera o segunda instancia¹³ no obstante el desasimiento del tribunal, se puede pedir medida precautoria, pues no se está modificando la sentencia con ello, solo se asegura el cumplimiento. Se pueden solicitar una vez citadas las partes a oír sentencia.

4.4.3 Tribunal en que se solicita

Cualquiera sea la instancia o donde este el expediente, se solicitan en tribunal de primera o única instancia..

4.4.4 Acompañar comprobantes

Que constituyan presunción grave del derecho que se reclama, la idea es anticipar pruebas.

- I. **Comprobante:** Su finalidad es para responder de eventuales perjuicios producidos por la dictación de la medida, procederá en los casos antes mencionados.

¹³ Artículo 182 CPC.

- a. Cuando el juez crea una medida cautelar innominada, puede o no imponer una caución al solicitante, de acuerdo con su criterio.
- b. Cuando la parte activa solicita una medida cautelar en forma urgente, ofreciendo cumplir su requisito probatorio en forma diferida, debe rendir caución.
- c. Igual cosa sucede cuando la futura parte activa solicita una medida prejudicial precautoria.

- II. Presunción Grave: Según el **artículo 1712 CC**, existen presunciones legales y judiciales. En la especie, se trata de una presunción judicial, con fuertes probabilidades de ser verdadera (grave). Para efectos de las medidas precautorias, la presunción grave sería sinónimo de la existencia de la apariencia del derecho, según Calamandrei. En esta misma línea, Mortara identifica esta apariencia con el *Fumus Boni Iuris*, o la posibilidad de la existencia del derecho para cuya seguridad se solicita la medida precautoria.
- III. Derecho que se reclama: Tanto los comprobantes como la presunción judicial grave, deben referirse directamente a la pretensión deducida.

4.4.5 Que las garantías económicas del demandado no sean suficientes para asegurar el resultado del juicio

En el Derecho Civil, la regla general es el derecho de prenda general del **artículo 2465 CC**. Por lo tanto, para que proceda una medida distinta y en consecuencia excepcional, debe existir un fundamento poderoso que así lo permita. Sin embargo, existen dos casos en los cuales no interesan las facultades económicas ni el *periculum in mora*, sino que bastará acompañar los comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama. Se trata de la retención de bienes y de la

prohibición de celebrar actos y contratos, en ambos casos cuando recaen sobre bienes que son objeto del juicio.

En determinados casos se requiere rendir caución:

- I. Medidas Precautorias Extraordinarias.
- II. Cuando no se acompañan los comprobantes.
- III. Medidas Prejudiciales Precautorias.

4.4.6 Requisitos específicos

Se deben cumplir requisitos específicos de las medidas precautorias paso a paso.

4.5 El Secuestro de la cosa que es objeto del juicio

Se trata de la primera de las medidas precautorias ordinarias, establecidas en el artículo 290 N°1 CPC. El artículo 2211 CC define el depósito como el contrato en el que se confía una cosa personal a una persona que se encarga de guardarla y restituirla en especie. La cosa depositada se llama también depósito. Por su parte, el artículo 2214 CC, dice que este contrato puede revestir dos formas: el depósito propiamente dicho y el secuestro. Finalmente, el artículo 2249 CC define el secuestro como "el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos en manos de otro, que debe restituirla a quien tenga una decisión favorable." El depositario se llama secuestre. A su vez, el secuestro puede tener carácter convencional, cuando se constituye por el sólo acuerdo de las partes que se disputan el objeto litigioso, o judicial, cuando se constituye por decreto del Juez, a este se refiere el CPC, cuando lo regula como aquella medida precautoria que consiste en la sustracción por resolución judicial de un bien determinado del patrimonio del demandado, que es disputado entre las partes del proceso, para

entregárselo a un tercero a fin de evitar su pérdida o deterioro, quien deberá custodiarlo y restituirlo en especie. Procede en los siguientes casos:

- I. Acción Reivindicatoria de cosa corporal mueble, habiendo motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor. El poseedor está obligado a consentir en el secuestro o a dar seguridad suficiente de restitución para el caso en que sea condenado a restituir.

- II. Otras acciones con relación a una cosa mueble determinada y haya motivo de temer que la cosa se pierda o deteriore en manos del mero tenedor.

Eventualmente podría pedirse secuestro de una cosa corporal inmueble como medida extraordinaria y el tribunal podrá exigir caución. En cuanto al procedimiento, el artículo 292 CPC se remite íntegramente a las normas del juicio ejecutivo para la designación del depositario. El secuestro solo persigue el efecto civil de conservación material de la cosa: velar por su integridad impidiendo que sea destruida por el mal uso del demandado o pérdida. Si se pretende la conservación jurídica, habría que pedir la prohibición de no celebrar actos y contratos.

4.6 Nombramiento de Interventor

Interventor viene de "que interviene": al empleado que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones a fin de que se hagan con legalidad (Diccionario Real Academia). El interventor es la persona designada por el tribunal con la función de velar por la legalidad en la administración de los bienes materia del pleito, para lo cual lleva cuenta de las entradas, ingresos y gastos de los objetos intervenidos, y da noticia de toda malversación o abuso que note en los actos administrativos del demandado. Para efectos pedagógicos, se ha dicho que el interventor es un mirón y acusete, lo cual fluye de la definición y de sus facultades. Es mirón

porque no administra el bien intervenido, sino que es sólo un observador de las gestiones que permanecen a cargo del propietario del bien, y es acusete porque puede suceder que al observar, detecte que el intervenido realiza actos de malversación y abuso del bien intervenido, de los cuales debe informar al tribunal. La designación de interventor: 1) no limita de modo alguno las facultades del propietario; 2) no puede vetar las actividades del dueño; y, 3) debe dar cuenta al interesado o al tribunal. Si después de dar cuenta se estima necesario, se puede agravar la medida precautoria a retención de bienes, o incluso más drástico. Se pueden nombrar uno o más interventores, dependiendo normalmente del tamaño del negocio a intervenir. El nombramiento corresponde exclusivamente al tribunal y no a las partes, quienes sólo pueden solicitarlo. Esta medida procede en los siguientes casos (artículo 293 CPC):

- I. Acción reivindicatoria del dominio u otro derecho real sobre inmuebles, cuando hubiere justo motivo de tener el deterioro de la cosa o las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía.
- II. Acción de Petición de Herencia, cuando hubiere justo motivo de tener el deterioro de la cosa o las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía.
- III. Comunero o socio demanda la cosa común o pide cuentas al comunero o socio que administra.
- IV. Siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados (genérico).
- V. Demás casos expresamente señalados por las leyes: Ejemplos:

- Artículo 444 CPC: dentro del juicio ejecutivo, que se refiere a los casos en que se embarga un establecimiento mercantil o industrial. El depositario tiene las facultades de interventor judicial.
- Artículo 387 CPP: en el procedimiento penal cuando el embargo recae sobre una industria.
- Artículo 199 de la Ley de Quiebras.

Esta medida solo persigue otorgar al interventor una función inspectiva. La designación del interventor es menos amplia que el secuestro pues aquí no se le quitan al demandado ninguna de sus facultades como propietario, en cambio en el secuestro la administración del bien sobre el cual recae el secuestro pasa al secuestrado. Además, no hay objeto ilícito en la venta de los bienes en caso de designación de interventor.

4.7 Retención de Bienes Determinados.

Es aquella medida precautoria que tiene por objeto sustraer del comercio una cantidad determinada de dinero, o una o más cosas muebles, en poder del actor, del demandado o un tercero, en las situaciones previstas por la ley. La retención se efectúa en manos del tenedor de los bienes. Se encuentra prevista en los artículos 290 N° 3 y 295 del Código de Procedimiento Civil.

Cabe hacer presente que la retención constituye en el orden procesal chileno una medida cautelar genérica, que permite retener en principio cualquier bien mueble que pertenece al deudor y que no haya sido declarado inembargable por disposición legal.

4.7.1 Requisitos.

- I. Si se trata de bienes que son objeto del juicio: no se requiere que concurra el periculum in mora, y basta que el actor acompañe comprobantes que constituyan al menos presunción grave del derecho que se reclama.
- II. Si los bienes no son el objeto del juicio: Sólo podrá decretarse esta medida cuando las facultades del demandado que no ofrezcan suficiente garantía; o, haya justo motivo del temer que este procurará ocultar sus bienes.

Esta medida produce los mismos efectos que el embargo, en cuanto tienen plena aplicación los artículos 681, 1464 N°3 y 1578 CC. Es conveniente hacer una distinción entre la retención de bienes y el secuestro.

Diferencias entre Retención de Bienes Determinados y el Derecho Legal de Retención¹⁴

- I. La retención de bienes determinados es procedente cuando el tribunal la determine en beneficio de cualquier demandante, siempre que concurren los requisitos generales y específicos que hacen procedente su otorgamiento. En cambio el derecho legal de retención lo otorga la ley en casos determinados y taxativos, debiendo el juez limitarse solo a emitir una resolución que la declare existente.
- II. La retención bienes determinados es siempre una medida precautoria, es decir que no posee vida propia que pueda hacerse valer por vía principal. Por otra parte en virtud del Art. 545 del CPC puede hacerse valer el derecho legal de retención como un procedimiento autónomo y además como medida precautoria.

¹⁴ LABARCA, Eugenio, *Apuntes de Clases Procesal III*, Universidad Finis Terrae.

- III. La retención de bienes determinados no modifica la forma de realización de los bienes transformándolos en prenda e hipoteca. En cambio el derecho legal de retención reconocido por sentencia ejecutoriada genera que los bienes sean considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para efectos de su realización.
- IV. La retención de bienes determinados solo puede recaer sobre bienes muebles. Por otra parte el derecho legal de retención puede recaer tanto sobre bienes inmuebles como bienes muebles.
- V. La retención de bienes determinados puede ser decretada sobre cualquiera de los bienes muebles del deudor, sin encontrarse preestablecidos por el legislador, sino que determinados por la resolución que concede la medida. En cambio, el derecho legal de retención puede recaer sobre los bienes muebles e inmuebles del deudor determinado por el legislador que se encuentra en poder del acreedor.
- VI. La retención de bienes determinados puede dejar los bienes en manos del demandante, del demandado o de terceros. En cambio, el derecho legal de retención faculta al acreedor para retener él mismo en su poder los bienes que van a garantizar su crédito.
- VII. La retención de bienes determinados puede ser solicitada por cualquier demandante, siempre que se dé cumplimiento a sus requisitos. Por otro lado el derecho legal de retención solo puede ser solicitado por las personas establecidas por el legislador.
- VIII. Para la retención de bienes determinados, si recae sobre bienes que no son objeto del juicio, se debe ponderar si las facultades del demandado ofrecen suficiente garantía. Por otra parte, en el derecho legal de retención no es

menester apreciar si las facultades del demandado ofrecen suficiente garantía.

- IX. Los bienes afectados por la retención de bienes determinados pueden ser sustituidos por otras cauciones, pero en tal caso no se genera con motivo de la sustitución preferencia alguna sobre la caución. En cambio, si son sustituidos bienes en el derecho legal de retención las nuevas cauciones que se presten gozarán de las mismas preferencias que poseía el bien sustituido.
- X. La retención de bienes determinados produce efectos desde que es declarada solamente hacia el futuro. Por otro lado el derecho legal de retención produce efectos hacia el pasado y hacia el futuro en virtud del Art. 545 del CPC.

4.8 Prohibición de Celebrar Actos y Contratos Sobre Bienes Determinados.

Constituye la medida cautelar más importante de la legislación procesal civil en nuestro país, por cuanto tiene por objeto prohibir que el demandado pueda celebrar todo tipo de actos o contratos respecto de bienes determinados. Cuando esta medida cautelar recae sobre bienes raíces, es necesario que sea inscrita en el conservador de bienes raíces del lugar en que se encuentre situado el inmueble, ello para hacerla oponible a terceros.

4.8.1 Cómo se concede.

- I. Si la cosa sobre la que se pide la medida es el objeto del juicio.

En este caso, la medida se concede siempre ya que el bien es, precisamente, la cosa disputada. El artículo 296, inciso 1º, primera parte del C.P.C. señala que “la

prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio...”

II. Si la cosa sobre la que se pide la medida no es el objeto del juicio.

En esta circunstancia, la medida se concederá si se demuestra la causal del artículo 296, inciso 1º, segunda parte: La prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse “también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio”.

4.8.2 Efectos.

- I. Efectos a terceros: Si bien la medida con su sola dictación produce efectos y es válida, sólo será oponible a terceros cuando sea inscrita en el respectivo registro del Conservador de Bienes Raíces.
- II. Entre las partes: una vez notificada, la medida produce una limitación temporal en la capacidad del deudor en relación con un concreto acto o contrato que ha sido prohibido, por lo que para determinar qué efecto produce hay que analizar qué acto o contrato fue prohibido por el tribunal.

4.9 Tramitación de las Medidas Precautorias

4.9.1 Requisitos del escrito.

Partiendo del supuesto de que ya existe juicio iniciado, los requisitos del escrito de solicitud de precautoria, serán:

- I. Los comunes a todo escrito;
- II. La individualización de la medida que se desea solicitar

- III. La individualización de los bienes sobre los cuales la medida precautoria va a recaer, para que no exista duda alguna sobre ellos;
- IV. Los requisitos específicos que la ley exige para cada medida precautoria en particular y
- V. Dependiendo si la medida solicitada se encuentra o no expresamente contemplada en la ley, los requisitos varían:
 - Si las medidas están expresamente contempladas en la ley: Debe cumplirse con el requisito común a todas ellas, esto es, acompañarse comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

En caso de que el solicitante tenga urgencia en que se decreten las medidas y los comprobantes no se encuentren en su poder o a su alcance, recibe aplicación el artículo 299 C.P.C., el que permite al tribunal ordenarlas aún sin que esos comprobantes se presenten: “En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este Título, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes exigiendo caución para responder por los perjuicios que resulten. Las medidas así decretadas quedarán de hecho canceladas si no se renuevan en conformidad al artículo 280”.

Si las medidas no están expresamente contempladas en la ley; dos son las situaciones que se pueden dar a este respecto;

- I. Si se trata de medidas no contempladas expresamente en la ley, pero se acompañan comprobantes de acuerdo al artículo 298 C.P.C., el tribunal puede otorgarlas siempre y cuando se constituya caución de resultas. Artículo 298 C.P.C., segunda parte, que “podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen”.

- II. Si se trata de medidas no contempladas expresamente en la ley y no se acompañan los comprobantes exigidos por ella.

Una vez que el escrito está presentado, el tribunal puede acoger o rechazar la solicitud. De acuerdo al artículo 302, inciso 1º C.P.C., “el incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitarán en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada...” Sin embargo, se debe tener presente que una vez presentada la medida precautoria surgen 3 teorías acerca de la forma en que se debe tramitar:

- I. La primera de estas teorías señala que se tramita como un incidente ordinario por cuerda separada o por cuaderno aparte, como consecuencia de ello solo en casos graves y calificados podrá decretarse de plano.
- II. La segunda teoría habla de que se pide con citación en casos graves y ausentes.
- III. La última teoría señala que estamos en presencia de una excepción a la bilateralidad de la audiencia, ello por cuanto el Art. 302 del CPC permite acceder a la medida cautelar pudiendo el tribunal a petición de parte postergar la notificación de la resolución que la concede por un plazo de 5 días susceptible de ser ampliado por motivo fundado. Esta postergación de la notificación solo se puede hacer a petición de parte y existiendo razones o motivos graves para ello. Si se concede ese plazo o aplicación y la resolución no es notificada, la medida cautelar cesa o caduca de pleno derecho Art. 302 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto de la notificación de la resolución que concede la medida precautoria existen 2 tesis:

- I. Si nada se le solicita al tribunal, debe notificarse personalmente, ello por cuanto el Art. 302 del CPC establece que debe notificarse a la persona contra quien se dicta, para que el juez desmejore la calidad de una notificación debe estar expresamente autorizado por la ley como es lo que ocurre en el Art. 302 y por cuanto la notificación por estado diario no sería aplicable ya que estamos hablando de una resolución que se notificaría en días posteriores a su dictación.

- II. Esta tesis sostiene que las notificaciones deben hacerse por el estado diario porque ello es la regla general dentro de nuestra legislación y además porque el Art. 302 ratifica la posibilidad que tiene el tribunal de mejorar la calidad de la notificación.

El alzamiento de la medida precautoria puede ser solicitada por el deudor en cualquier momento del juicio si es que acredita que ya no se cumplen los requisitos que permitieron su concesión lo cual debe solicitarse al mismo tribunal que la concedió y respecto de la caducidad, esto es el cese inmediato de la precautoria en principio sin necesidad que el tribunal se pronuncie, opera de pleno derecho, se produce cuando no se acompañan los comprobantes a que se refieren los Art. 299 del CPC o cuando no se notifica la medida precautoria dentro del plazo del Art. 302 del CPC o decretada como prejudicial precautoria no se interpone la demanda o no se pide la mantención de la medida Art. 280 del CPC.

CAPITULO QUINTO

Medidas Cautelares en el proyecto del nuevo Código Procesal

Civil.

5.1 Antecedentes:

En los últimos veinte años nuestro sistema jurídico ha debido adecuarse a la nueva realidad de la modernidad, orientado principalmente a buscar una mayor celeridad del proceso, aumentar su eficacia, transparencia, la protección de los intereses de la persona y por sobretodo, acercarla justicia a todas las personas

Dentro de este proceso de natural modernización de nuestro sistema de justicia, nuestro país implemento entre los años 2000 y 2005 la reforma procesal penal, siendo el primer hito de una serie de reformas en post de una la mejora al acceso de la justicia, seguida por las formas del procedimiento de familia y laboral. Era natural que el sistema procesal civil fuera el nuevo centro de atención para las reformas futuras, siendo la única reforma pendiente de procedimientos, y lamas cercana a todos los ciudadanos del país, nos referimos a la reforma a la justicia civil, regida por un sistema antiguo, en donde la escrituración, excesiva formalidad y multiplicidad de procedimientos especiales han prolongado demasiado los juicios. Existe consenso entre académicas y operadores que el sistema de justicia civil se encuentra en crisis, básicamente por la percepción de ser una justicia lenta e ineficaz para la mayoría de sus usuarios¹⁵, a eso debemos sumarle que este procedimiento representa el 60% de las causas que se tramitan en la totalidad del

¹⁵En relación a la duración de los procedimientos de acuerdo a la página del ministerio de justicia, algunos estudios realizados por organizaciones académicas y de la sociedad civil, nos indican que los Juicios Ordinarios presentan un promedio de duración de 2009 días, los juicios ejecutivos de 758 días y los Juicios Sumarios 707,4 días. Además, durante el 2005, los Juicios Ejecutivos se dieron en un 73,65 a nivel nacional, cifra que aumenta al 87,4 en la región Metropolitana

Los datos a nivel nacional nos muestran que durante el año 2005 ingresaron 966 mil 148 causas, lo cual subió a más de un millones 896 mil en el 2009, esto de acuerdo a los datos de la Corporación Administrativa del poder judicial, indicando un aumento progresivo de la concurrencia a tribunales

sistema los tribunales de justicia de nuestro país¹⁶. Es por ello que lo que se busca es una nueva concepción del sistema de enjuiciamiento civil, donde los principios de un procedimiento oral, público, concentrado, e inmediación, esto con el fin de reemplazar al actual Código de Procedimiento Civil, el cual data del año 1903 por lo que esta es la gran reforma pendiente para el desarrollo económico y social de nuestro país. Todo lo anterior llevo a que por iniciativa del Ministerio de Justicia el 2004, con una política de participación ciudadana, se convocaran diversos actores de la justicia civil, lo que se materializo con una comisión amplia de académicos, jueces y abogados litigantes, lo cual se denominó el “Foro para la Reforma Procesal Civil”. Este sesionaba semanalmente, cada jueves a las 16:00 en las mismas dependencias del Ministerio de Justicia. El trabajo del Foro se desarrolló en dos etapas. La primera consistió en elaborar los consensos sobre las bases y principios del nuevo sistema procesal civil y la segunda acerca del Código Procesal Civil específicamente.

En noviembre del 2004 el Ministro de Justicia, Luis Sergio Bates Hidalgo, le encarga a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la preparación de un proyecto de ley que enfrente este desafío. Esta se realiza por medio de una comisión ad-hoc que se integraría mayoritariamente por académicos del Departamento de Derecho Procesal¹⁷

5.1.1 Foro procesal civil del 2005, Anteproyecto Universidad de Chile

Primera Etapa

La primera Etapa o fase comenzó en mayo del 2005, se trataron los principios formativos y lineamientos generales de la reforma, basándose en los aportes de sus miembros y por sobre todo en el documento “Propuesta de Bases Para Redactar Un nuevo Código Procesal Civil” elaborado previa solicitud del

¹⁶De acuerdo a lo señalado en la página del ministerio de Justicia [visitada enero 2016]. Disponible en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/porque_es_necesaria_una_reforma_a_la_justicia_civil.html>.

¹⁷Esta comisión estuvo integrada por los académicos don Cristian Maturana, Juan Agustín Figueroa, Raúl Tovalari, Raúl Núñez, Juan Carlos Marín y Davor Harasavic, en conjunto con los abogados asesores del ministerio de justicia don Rodrigo Romo y Rodrigo Zúñiga, además de los secretarios señores Matías Inzunza y Cristóbal Jiumeno

Ministerio a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile . Asimismo la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica ofreció el documento de “Bases Generales Para Una reforma Procesal Civil” por lo que se deliberó sobre de la base de estos dos documentos más aportes de sus miembros. De esta etapa surge el “Informe Foro Procesal Civil” con lo que se concluye en diciembre del 2005. El informe señala la necesidad de una reforma que debía ser global y no solamente modificaciones al actual Código de Procedimiento Civil. Con esta premisa se le encarga a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile la redacción de un anteproyecto tomando como base el informe del Foro

En lo relativo a las medidas cautelares en cuestión se diagnostica que están *“deben dar una protección efectiva frente a los diversos Peligros del daño jurídico que, en su caso, puedan incluso llegar a afectar el efectivo cumplimiento de la sentencia”*¹⁸. Las medidas cautelares reales solo podrán requeridas por el sujeto activo de una pretensión, estas deberán ser concedidas por regla general en audiencia citando al demandado, salvo los casos que en que la ley lo exceptúe, aplicando transitoriamente la unilateralidad de la audiencia. Señala además que respecto a la duración de las medidas cautelares deben ser limitadas, viendo su mantención una vez transcurridos los plazos establecidos para su concesión. Por regla general el sujeto pasivo mantendrá su derecho a pedir su revocación y/o reemplazo por una caución o el pago de una fianza suficiente. También se contempla que la responsabilidad de su falsa concesión recaerá en un principio por quien la solicita. Para la resolución de las medidas cautelares eventualmente existirían audiencias especiales para su resolución, Se define la impugnación revisora se tiene sobre la medida concedida, y que los recursos que se interpongan sobre esta tendrán preferencia para su vista.

Se critica en el informe que respecto a las medidas cautelares reales, el aspecto más censurable de la actual regulación es el limitado número de

¹⁸Informe Foro Procesal Civil , Pág. 11

medidas a las que puede recurrir el actor de la pretensión en resguardo de sus derechos, *“En la actualidad se presentan un vasto número de peligros que en las modernas sociedad del siglo XXI afectan la pretensión del demandante. De allí que la nueva regulación contendrá un numero abierto y flexible de medidas cautelares reales que permitan la protección de los diversos periculum que, en su caso, puedan afectar el posterior cumplimiento de la sentencia”*.¹⁹.

En el nuevo proyecto las medidas cautelares ya no van a cumplir solo su fin tradicional de proteger al actor del denominado peligro de la infructuosidad en vista de una futura ejecución de bienes, sino que además avanzara en el denominado peligro de tardanza o retardo. Agrega finalmente el informe que se establecerán medidas cautelares innovativas o de tutela anticipada²⁰. Esta consagración seria expresa como parte integrante de la potestad cautelares del juez civil. Por medio de esta el juez podrá alterar o modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de su petición. En caso de que la medida innovativa satisfaga íntegramente la pretensión, deberá darse curso a la tramitación del proceso, esto para evitar la condena anticipada, resguardando el principio de bilateralidad.

Segunda Etapa

La comisión encargada para la realización de un nuevo proyecto ley para un sistema procesal civil nuevo entrego el anteproyecto. Comenzando así la revisión de este artículo por artículo. Se sesiono primero en pleno para revisar principios, partes, actos, notificaciones, para luego separarse en comisiones para revisar materias específicas, como las medidas cautelares, resoluciones, juicio ordinario, etc. El foro volvería a sesionar en pleno al revisar el tema de los recursos procesales debido a dos grandes discrepancias, el recurso de apelación y la Corte Suprema. Este Trabajo concluiría el 2009 con la elaboración de un nuevo proyecto de ley tomando como base el anteproyecto entregado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile , el cual fue

¹⁹Informe Foro Procesal Civil, Pág. 72

²⁰Informe Foro Procesal Civil, Pág. 71

firmado por la Presidente de la República, Michelle Bachelet Jeria donde fueron invitados todos los miembros participantes del Foro Procesal Civil.

Es menester señalar quienes fueron los integrantes de este foro, cuya composición tuvo un carácter predominantemente académico, en su mayoría profesores de derecho procesal de distintas Universidad, específicamente de la Universidad de Chile²¹ (4), Pontificia Universidad Católica²² (3), Diego Portales²³ (3), Universidad de los Andes²⁴ (2), Adolfo Ibáñez²⁵ (1), Universidad Católica de Valparaíso²⁶ (1) y el presidente del Instituto Chileno de Derecho Procesal. En representación del Poder Judicial participaron jueces del Instituto de Estudios Judiciales (4). Además abogados del consejo de Defensa del Estado (3), secretarios (3) y el asesor del Ministerio de justicia, Rodrigo Zuñiga Carrasco.

5.1.2. Proyecto de ley que aprueba nuevo CPC (Boletín N°6567-07)

El mensaje del Boletín establece que en su Libro I fija la ubicación y tratamiento de las denominadas medidas cautelares, dando validez positivamente a la teoría de estas que la doctrina ha elaborado, se distinguen como en el actual código la distinción de medidas prejudiciales como las de las medidas que se hacen valer dentro del juicio mismo. Se establece además sus requisitos generales y específicos, su trata distintivamente a las de naturaleza precautoria del resto de las demás medidas cautelares. Especial mención tiene que se incluye expresamente las medidas anticipativas para salvaguardar una efectiva tutela dentro del procedimiento. Respecto de estas últimas, señala el proyecto que los tribunales podrán concederlas de forma parcial o total dependiente del cuidado que requiera la pretensión exigida por el solicitante, estimando que solo procederán en que las medidas restantes resultasen insuficientes.

²¹Cristian Maturana Miguel, Juan Agustín Figueroa Yávar, Raúl Tavorari Oliveros, Raúl Nuñez Ojeda.

²²Jorge Vial Álamos, José Pedro Silva Prado, Juan Pablo Domínguez.

²³Nancy de la Fuente Hernández, Claudio Díaz Uribe, Eduardo Jara Castro

²⁴Orlando Poblete Iturrate, Alejandro Romero Seguel

²⁵Juan Carlos Marín

²⁶Álvaro Pérez Ragone

Sin embargo con la victoria electoral de Sebastián Piñera Echenique, se comenzó una completa revisión del articulado, por lo que el 2011, siendo Ministro de Justicia Felipe Bulnes Serrano movido a la Cartera de Educación y por ende reemplazado por don Teodoro Ribera Neumann, se anunció que se presentaría un nuevo proyecto de ley sin indicaciones del anterior. El 13 de Marzo del 2012 se presentó al congreso el proyecto que establece un nuevo Código Procesal Civil,

5.1.3 Proyecto de ley que establece el nuevo CPC (Boletín N°8197-07)

Curiosamente, dentro de su mensaje, a diferencia de los proyectos anteriores no se hace ninguna mención al tratamiento que tendrán las medidas cautelares en el proyecto de ley, entrando de lleno dentro del articulado de esta sus clasificaciones, requisitos generales y especiales y la forma de su concesión, siendo nombradas por primera vez en el apartado de los recursos procesales.

Las medidas prejudiciales y cautelares quedan ubicadas en el Título XII. Estableciendo en su artículo 159 los objetivos de las medidas prejudiciales y los sujetos legitimados para solicitarlas, prosiguiendo en el párrafo 1º a entrar en las medidas prejudiciales probatorias, su enumeración y desarrollo. Las medidas prejudiciales probatorias, su tramitación en conjunto con las preparatorias, requisitos de su solicitud.

Con posterioridad en su capítulo II se deslindan las reglas generales de las medidas cautelares y sus presupuestos generales, la distinción entre medidas cautelares, conservativas e innovativas y procedimiento para finalizar con la medida prejudicial cautelar y el derecho legal de retención.

5.2 Referencias a las medidas cautelares y su tramitación en el PCPC.

5.2.1 Reglas generales

En el Capítulo 2º, Párrafo 1º el proyecto contempla el desarrollo de las reglas generales que regularan las medidas cautelares, los cuales van en concordancia con lo desarrollado por la doctrina procesal chilena y que en la presenta ya se han desarrollado, tales como la proporcionalidad²⁷ y la responsabilidad²⁸, pero aprovecha de desglosarlas en nuevas reglas generales y señalando sus efectos, especificando su objeto; ámbito de aplicación; legitimización de su solicitante, provisionalidad, posibilidad de sustitución y la suficiencia y naturaleza de la caución

En su párrafo 2º se profundiza en los presupuestos generales de las medidas cautelares, tales como la verosimilitud del derecho²⁹ y peligro en la demora y su otorgamiento excepcional

Finalmente en su párrafo 3 se desarrollan específicamente las medidas cautelares, separándolas en medidas cautelares conservativas e innovativas, es menester señalar que las cautelares conservativas son en su esencia las mismas medidas contempladas en el actual código de procedimiento civil en su artículo 290, la innovación que nos presenta es la posibilidad que otorga de recurrir a medidas no contempladas en la ley cuando las anteriores no resultasen idóneas o suficientes para el resguardo de la pretensión deducida.

Se nos introduce a la medida cautelar innovativa, la cual es aquella que ante la amenaza de un perjuicio irreparable, permite al juez, a petición de parte, para disponer de medidas destinadas a reparar un estado de hecho o derecho preexistente total o parcial, posibilitando su otorgación excepcional cuando existiese peligro de perjuicio irreparable que no pueda ser resguardado por otra medida cautelar conservativa (188). Permite además que sin desmedro de las

²⁷ Proyecto de Código Procesal Civil, Art. 172

²⁸ Proyecto de Código Procesal Civil, Art 177

²⁹ Consagrando legalmente de esta forma el principio de periculum in mora

medidas conservativas o innovativas concedidas dan la posibilidad de poder acceder a otras medidas que autorice ley especial.

5.2.2 Medidas cautelares conservativas

Ubicadas en el párrafo 3º, Artículos 180 y siguientes, establece que son aquellas que buscan asegurar el resultado de la pretensión, bajo petición de parte, permitiendo al tribunal decretar una o más de las siguientes medidas

- i. El secuestro en manos de un tercero de la cosa objeto a pretensión;
- ii. La intervención judicial de bienes litigiosos.
- iii. La retención de bienes determinados.
- iv. La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados

- i. Secuestro³⁰

Procedente en el caso de dos requisitos copulativos: que se entable acción respecto de bienes muebles determinados y existiendo justo motivo para temer que la cosa sufriese daño en manos de la persona que la posea. Tiene solo por objeto la conservación material del bien.

Tiene su símil en el actual procedimiento con la medida precautoria ordinaria del secuestro (artículo 290 nº1 CPC), siéndole comunes las reglas relativas a esta desarrolladas anteriormente en la presente tesis

- ii. La intervención judicial de bienes litigiosos³¹:

³⁰ Proyecto de Código Procesal Civil , Artículo 180

³¹ Proyecto de Código Procesal Civil , Artículo 182

Consiste en el nombramiento de un o más interventores respecto de bienes litigiosos existiendo justo motivo de que los derechos de la pretensión puedan ser vulnerados.

Las facultades y normas de retenciones de dineros y muebles son en su esencia los mismos de la medida precautoria del “Nombramiento del interventor” del artículo 293 del actual procedimiento civil.

iii. La retención de bienes determinados³²

Esta medida cautelar procederá respecto de bienes determinados del demandado, cuando sus facultades patrimoniales no sean suficientes para garantizar la pretensión del demandante respecto de dinero o cosas muebles. Los bienes pueden quedar retenidos en manos del mismo demandante, del demandado o de un tercero

En el caso de la actual retención de dineros o cosas muebles del artículo 295 del código de procedimiento civil, se establece la posibilidad de que los dineros se trasladen a un establecimiento de crédito, situación que no contempla el actual proyecto, pero comprendemos que quedaría englobado en la categoría de quedar en poder de un tercero.

iv. La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados³³

Esta medida que da lugar a la prohibición de la celebración de actos y contratos con relación a los bienes que son materia del proceso. En caso de que estos bienes no sean suficientes para garantizar la pretensión se podrá también extender a estos.

Al igual que lo normado en el actual código de procedimiento civil en su artículo 296 y siguientes, se establece la necesidad de la inscripción en el conservador de bienes raíces en el caso de que recaiga sobre un bien inmueble o de un mueble

³² Proyecto de Código Procesal Civil. Artículo 184

³³ Proyecto de Código Procesal Civil, Artículo 185

que requiera inscripción. Respecto de los bienes muebles que no requieran inscripción se registrará por las normas de la retención, es decir, solo producirán sus efectos respecto de terceros que tengan conocimiento de la medida al momento de la celebración de un acto o contrato.

v. Medidas cautelares conservativas no contempladas en la ley

Como podemos observar, las medidas anteriores no difieren salvo en su redacción del actual código de procedimiento civil, pero en su artículo 180, el proyecto da la apertura a nuevas medidas cautelares cuando las anteriores no sean suficientes para garantizar la pretensión, esto es un avance en pro de la flexibilidad de los medios a los que puede recurrir las partes para salvaguardar sus derechos

vi. Medida cautelar innovativa

En el caso de existir peligro de daño irreparable inminente, podrá el juez, siempre a petición de parte disponer de medidas destinadas a restaurar un estado de hecho o de derecho preexistente de forma total o parcial. Esta tiene un carácter de excepcional, ya que procederá en los casos que las medidas cautelares conservativas no pueda ser resguardado por una medida cautelar conservativa.

De estas medidas, tanto cautelares conservativas como cautelares innovativas, no excluirán el otorgamiento de otras medidas que permitan leyes especiales.

5.2.3 Tramitación

- Competencia

Sera competente para conocer y resolver sobre el otorgamiento de la medida cautelar previa solicitud el tribunal que este conociendo o hubiera conocido del proceso principal en único primer grado jurisdiccional. En caso de no

haberse iniciado al solicitar la medida cautelar, lo será el que fuese competente para conocer la demanda correspondiente.

- Tribunal competente antes de la constitución del tribunal arbitral

En el caso de los procesos sometidos a arbitraje, la solicitud de medida cautelar deberá solicitarse ante el tribunal ordinario fijado en para su desarrollo en el compromiso si este no se hubiese constituido, salvo que exista norma especial al contrario.

Si la medida cautelar es concedida, deberá solicitarse su mantención dentro del plazo de treinta días desde su otorgamiento. Este plazo podrá ser prorrogado en caso que el arbitraje no se haya podido constituir dentro de ese trascurso de tiempo sin culpa en esto del solicitante. En el caso de no solicitarse su mantención la medida caducara de pleno derecho.

- Inexistencia de inhabilidad

No existirá en ningún caso la existencia de un “prejuicio” de parte del juez respecto de los fundamentos en la concesión de una medida cautelar, esto va de la mano de que el carácter de la otorgación de estas es esencialmente revocable y puede ser sustituida ante caución suficiente.

- Tramitación de las medidas cautelares solicitadas en audiencia preliminar o de juicio.

Siguiendo las reglas generales, se tramitaran como incidentes en audiencia sin suspender la tramitación de la causa. En caso que el tribunal sugiriera caución la medida solicitada podrá tener efecto inmediato desde que haya sido concedida bajo apercibimiento de pleno derecho en caso de no constituirse la caución dentro de quinto día. En casos graves y urgentes el tribunal podrá autorizar la ejecución de la medida aun antes de constituida la caución, siguiendo el apercibimiento previsto anteriormente.

5.2.4 Medidas prejudiciales cautelares

La medida prejudiciales cautelares deberán cumplir con los siguientes requisitos para su otorgación, estos son

- I. Expresar los motivos graves y urgentes para su concesión
- II. Dar cumplimiento en dicha solicitud a los requisitos previstos en el artículo 162 del proyecto de código procesal civil y del título que regula las medidas cautelares
- III. Ofrecer caución suficiente

Sera rechazado de plano la medida que no cumpla con estos requisitos copulativamente.

5.2.5 Medidas prejudiciales cautelares

Deberán presentarse por escrito antes de iniciarse la demanda, fallando el tribunal de plano sobre estas y en el caso de ser concedidas, se ejecutaran sin necesidad de notificación, esto sin desmedro que deberá constituirse la caución de forma previa a su otorgamiento.

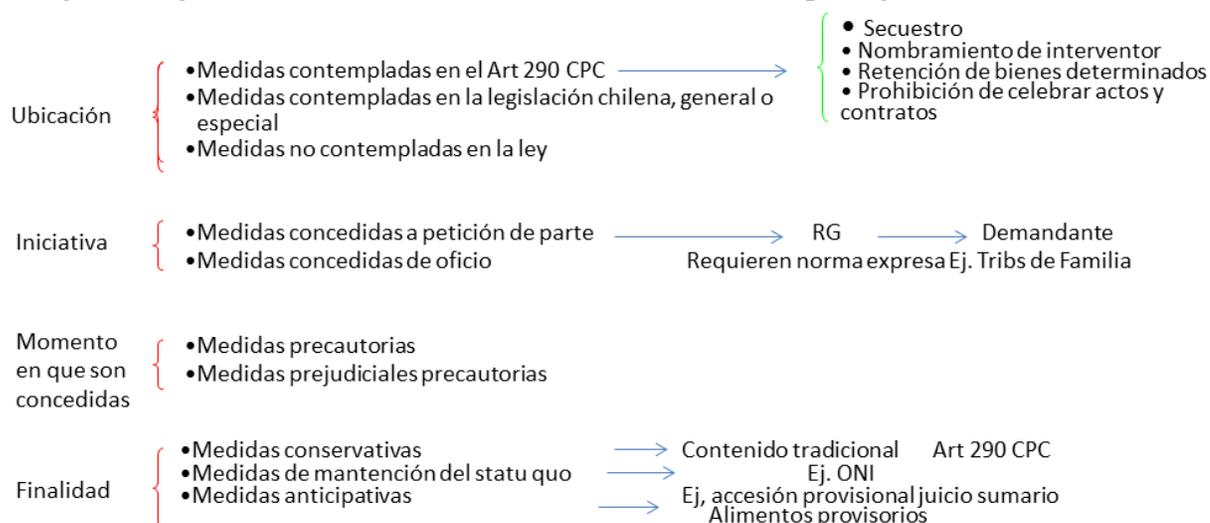
Al igual que el actual procedimiento civil, estas una vez concedidas deberán notificarse personalmente dentro del plazo de diez días, contados desde su cumplimiento o concesión en el caso de no estar sujetas a ejecución, bajo apercibimiento de quedar sin efecto por el solo ministerio de la ley. El afectado podrá solicitar su alzamiento, sustitución o modificación de la medida, debiendo el tribunal citar a audiencia para resolver.

Respecto a su caducidad y responsabilidad, siguiendo lo desarrollado anteriormente, el tribunal en la resolución que concede la medida, establecerá los plazos para la mantención de la medida, este plazo no podrá ser mayor a treinta días

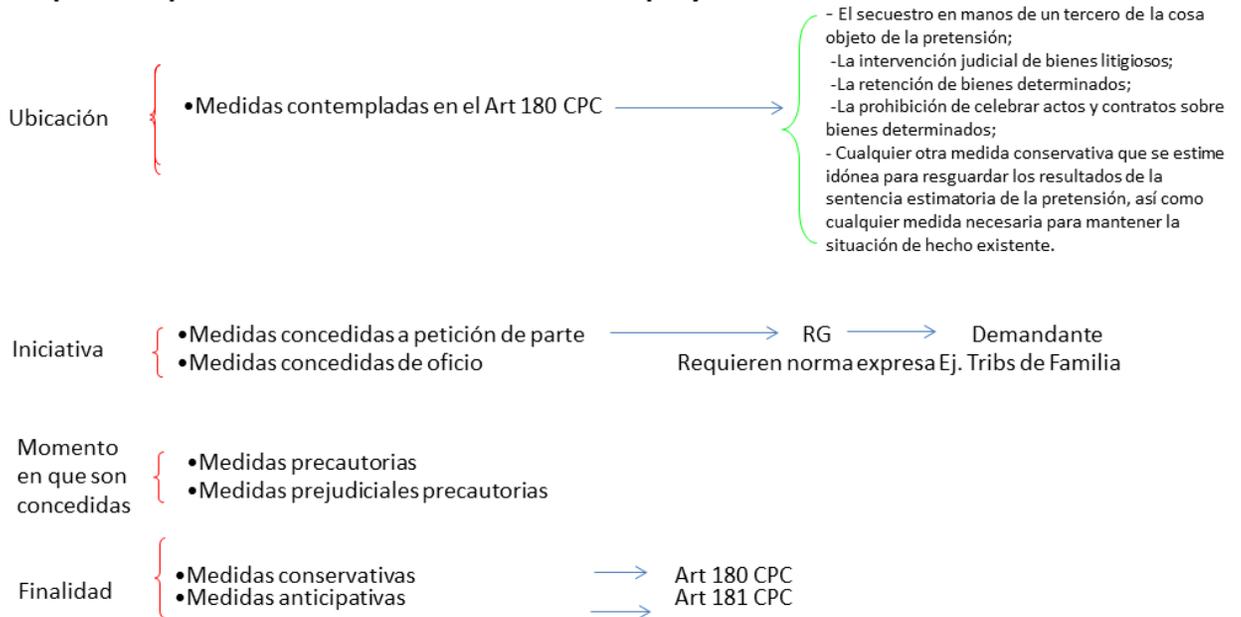
Si la demanda no es presentada dentro del plazo fijado por el tribunal, o en ella no se solicitase su mantención o aun solicitándose el tribunal decide dejarla sin efecto, la medida caducara de pleno derecho, asumiendo que el solicitante actuó dolosamente, facultando al demandado a demandar la responsabilidad en la forma prescrita por el artículo 177 del proyecto de reforma procesal civil.

5.3 Mapa conceptual de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil, en el anteproyecto del CPC y en el Proyecto del Código Procesal Civil.

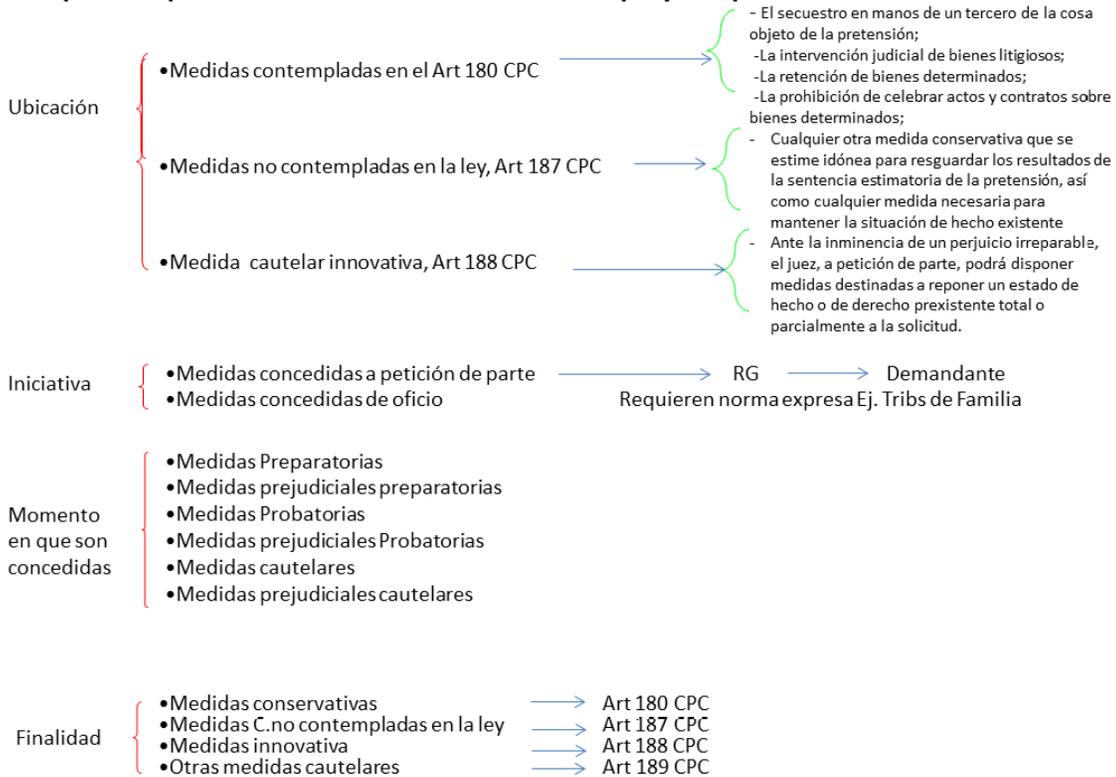
Mapa conceptual de las acciones cautelares en el actual código de procedimiento civil



Mapa conceptual de las acciones cautelares Anteproyecto



. Mapa conceptual de las acciones cautelares nuevo proyecto procesal civil



5.4 Diferencias entre el Código de Procedimiento Civil y el proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil.

Uno de los cambios importantes que realiza el nuevo Código Procesal Civil, es el rol que cumple el juez, toda vez que se le otorgan facultades importantes y amplias para ejercer la función jurisdiccional, cumpliendo un rol activo, por lo que en general podrá tomar todas las medidas , inclusive sin solicitud de parte, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión que paralice o afecte el orden del procedimiento, su prontitud, eficacia de la jurisdicción, economía de sus costos y el respeto a los demás principios (oralidad, inmediación, publicidad, etc.). Lo que pareciese ser un cambio también en cuanto a las medidas cautelares, pues el sentenciador al cumplir u rol activo en el procedimiento podrá establecer aquellas que estime convenientes de oficio, o bien sancionar aquellas solicitadas para entorpecer el procedimiento, inclusive podría solicitar medidas innovativas, optando por el criterio moderno en esta materia.

Cabe hacer presente que el proyecto de ley del nuevo Código Procesal Civil, establece medidas cautelares anticipativas, con el fin de procurar una efectiva tutela durante todo el proceso, señalando que el tribunal podrá decretar fundadamente las medidas 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, precisándose que sólo procederán en los casos en que las restantes medidas fueren insuficientes para resguardar la eficacia de la pretensión hecha valer.

Con todo, el proyecto contempla medidas cautelares innovativas, es decir, que no sólo prohíben una acción sino que también pueden ordenar una acción positivas las cuales no buscan, a diferencia del proyecto del 2009, anticipar la pretensión del demandante. Estas medidas sirven en realidad sólo para restaurar un *statu quo* quebrantado.

Es así como en la reforma del procedimiento civil no se incluyeron tendencias del derecho comparado destinado a fortalecer la tutela cautelar, como alguna

forma de discovery³⁴, los preaction protocols³⁵ o establecer algún tipo de medida cautelar personal como los freezing order³⁶

5.5 Posibles problemáticas que se puedan dar una vez estando vigentes:

Un primer problema que se vislumbra con la reforma y que se ha materializado en el derecho comparado, es la falta de capacitación, para incorporar la oralidad en el procedimiento, y como los requisitos de las cautelares se traducen a esta nueva modalidad.

Por otra parte el proyecto del Código Procesal Civil permite que, ante la inminencia de un perjuicio irreparable, el juez a petición de parte, pueda disponer medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho preexistente total o parcialmente a la solicitud. Estas medidas se consideran de manera excepcional, y se justifican porque el perjuicio irreparable no pueda ser cautelado por una medida cautelar conservativa. Las medidas innovativas o anticipativas persiguen innovar respecto de una relación o situación, mediante la satisfacción anticipada de la pretensión deducida en el proceso principal³⁷. Por lo que cabe preguntarse si existe necesidad de un procedimiento diferenciado, para no afectar la imparcialidad del sentenciador. Precizando que el proyecto del Código procesal Civil establece que la concesión de una medida cautelar no inhabilita al juez que la dictó ni constituye un perjuicio sobre la pretensión del actor.

³⁴ El discovery, figura del derecho anglosajón, es un conjunto de actos procesales que tiene por objeto la obtención de información, principal pero no únicamente de carácter fáctico, para la mejor determinación de las posiciones de las partes en un determinado procedimiento judicial. Desde una perspectiva teórica, cumple diversas funciones. En parte cumple una función equivalente a la prueba anticipada o el aseguramiento de prueba, en la medida en que permite preservar un determinado testimonio que, por las razones que sean, la parte instante cree que no podrá practicarse en la vista del juicio. Sirve también para confrontar a un testigo que sí pueda acudir al juicio con sus propias declaraciones, en caso de que resulten contradictorias. Pero primordialmente sirve para perfilar tanto la propia posición como la posición del contrario.

³⁵ Con las "pre-action-protocols", en el derecho inglés se ha establecido deberes de información con sanciones procesales en costos económicos concretos, lo que motiva a brindar la información sobre material fáctico y probatorio incluso antes del inicio del proceso para poder evitar y ahorrarse un litigio

³⁶ Del derecho anglosajón, que se traduce a un embargo precautorio, el mandato del tribunal se dirige directamente en contra del deudor para que se abstenga de transferir u ocultar sus bienes.

³⁷ Saldivia, Andrés. Tutela cautelar en el proyecto de Código Procesal Civil. En: Revista Entheos N° 7, Santiago, 2009, p. 92.

Conclusiones

Es evidente que la concepción clásica de la tutela cautelar ya no responde a los requerimientos de la sociedad actual. No tanto porque las medidas cautelares tradicionales ya no tengan sentido o hayan perdido eficacia, sino porque se han creado nuevas herramientas en el derecho comparado que vienen a reforzar las medidas ya existentes para la consecución de la eficacia del procedimiento e inspiradas en el peligro de daño. Concordante con lo anterior Peyrano indica “vivimos en una época propicia para intentar una reformulación de la teoría cautelar clásica. Es que la praxis, esa gran maestra, ha demostrado que resulta insuficiente para proporcionar respuestas jurisdiccionales adecuadas a ciertos requerimientos urgentes, es más amplia que una de sus especies, cual es el proceso cautelar...”

Lo anterior ha puesto en cuestión el contenido de la tutela cautelar, se ha alterado la finalidad de éstas medidas que tradicionalmente han cumplido un rol cautelar a un plano de conservación del statu quo, y en la actualidad a un plano anticipativo de la resolución del litigio.

De hecho en la praxis judicial, se utiliza el recurso de apelación como medio idóneo para obtener efectos similares a cautelares análogas de otras figuras del de legislaciones más avanzadas. Por otra parte existe la nula aplicación por parte de la judicatura del artículo 73 de la Constitución y el artículo 298 del CPC, los cuales constituyen el marco normativo que consagra la existencia del poder cautelar general, que permiten otorgar la necesaria tutela jurisdiccional al ciudadano que la reclama del Estado, en unos plazos mucho más breves que la tutela ordinaria.

Nuestro sistema procesal se encuentra en la palestra de una nueva reforma, la cual se ha hecho publicidad de grandes cambios, sin embargo cabe hacer presente que en materia de medidas cautelares, como este trabajo lo ha dejado claro, no se ha avanzado mucho, perdiendo una gran oportunidad para la consecución de la eficacia de los procedimientos civiles.

Cabe hacer presente que el proyecto de ley del nuevo Código Procesal Civil, establece medidas cautelares anticipativas, con el fin de procurar una efectiva tutela durante todo el proceso, señalando que el tribunal podrá decretar fundadamente las medidas 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, precisándose que sólo procederán en los casos en que las restantes medidas fueren insuficientes para resguardar la eficacia de la pretensión hecha valer. Con todo, el proyecto contempla medidas cautelares innovativas, es decir, que no sólo prohíben una acción sino que también pueden ordenar una acción positivas las cuales no buscan, a diferencia del proyecto del 2009, anticipar la pretensión del demandante. Estas medidas sirven en realidad sólo para restaurar un *statu quo* quebrantado.

Recurrir a la tutela jurisdiccional urgente para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos parece ser una vía acertada por la cual debería transitar la Justicia civil, para así hacer frente a los tiempos ya normales, ya excesivos que comporta la tutela ordinaria, situación que no sólo es propia del caso chileno, sino común a la mayoría de los países de nuestro entorno. Integrar figuras del derecho anglosajón o inglés como el *discovery*, los *preaction protocols* o establecer algún tipo de medida cautelar personal como los *freezing order* en materia civil permitiría seguir confiando en la Jurisdicción y en el propio Estado, como entidad política que permite el logro del bien común y de la Justicia, además de relegar a última ratio la autotutela.

Bibliografía

ANABALÓN SANDERSON, Carlos. El juicio ordinario de mayor cuantía. Chile: Jurídica de Chile, 2005. 352 p.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. Diversos Significados de la Tutela Cautelar en el Proceso Civil. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. XII:61, 2001.

CASARINO VITERBO, Mario. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo IV. 5ª.ed. Chile: Jurídica de Chile, 2002. 382 p.

HOYOS HENRECHSON, Francisco. Temas fundamentales del Derecho Procesal. Chile: Jurídica de Chile, 1987. 247 p.

HOYOS, María Teresa. Derecho Procesal III. Santiago: Universidad Finis Terrae, 2012.

INFORME Foro Procesal Civil. [Fecha de consulta: 01 Octubre 2015].
Disponible en: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Informe-Procesal-Civil-Foro.pdf>

LABARCA, Eugenio. Derecho Procesal III. Santiago: Universidad Finis Terrae, 2012.

MARÍN, Juan Carlos. Las medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno. Chile: Jurídica de Chile, 2006. 490 p.

ORELLANA, Fernando. Manuel de Derecho Procesal: Tomo II; Procedimientos civiles ordinarios y especiales. Santiago, Chile: Librotecnia, 2006. 347 p.

PROYECTO de Ley de Nuevo Código Procesal Civil. [Fecha de consulta: 11
Noviembre 2015]. Disponible en:

<<http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf>>