

01-0242109

Tesis
T649mc
[1991]
c.1

MEMORIA DE PRUEBA

" LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA "

ALUMNO SR: PEDRO TOLEDO BARRERA.

Tesis
T649mc
[1991]
c.1



25158



CAPITULO I

INTRODUCCION

A.- CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR

Es justo señalar en primer lugar, que este capítulo tiene por objeto sentar las bases de lo que realmente se entiende por " MEDIDA CAUTELAR "; y para ello debo dejar en claro, que he resumido el trabajo del gran profesor Italiano PIERO CALAMANDREI, llamado " INTRODUCCION AL ESTUDIO SISTEMATICO DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES " (Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1945).

El carácter que realmente distingue a las Providencias Cautelares de todas las otras providencias jurisdiccionales es su PROVISORIEDAD, es decir, la LIMITACION DE LA DURACION de los efectos (declarativos o ejecutivos) propios de estas providencias. Las mismas difieren, según esta opinión, de las otras providencias jurisdiccionales NO por la cualidad de sus efectos, sino por una cierta limitación en el tiempo de los efectos mismos.

Antes de entrar en el tema, es conveniente advertir que el concepto de PROVISORIEDAD (y lo mismo el que coincide con el de INTERNIDAD) es un poco diverso, y más restringido que el de TEMPORALIDAD. Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene

por sí mismo duración limitada. Provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. En este sentido provisorio equivale a interino; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento esperado.

Teniendo presente estas distinciones de terminología, la cualidad de provisorio dada a las providencias cautelares quiere significar, en sustancia, lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal (fenómeno que bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas con la cláusula rebus sic stantibus, de las cuales pueden nacer efectos dispositivos o negociales destinados a durar mientras permanezcan sin variar ciertas circunstancias de hecho propias de la relación sustancial, o en absoluto destinadas a valer solamente por un cierto tiempo, preestablecido por el juez o la ley), sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra PROVIDENCIA JURISDICCIONAL, que en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera, con la calificación definitiva. La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una

consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de las cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera.

Pero tampoco esta provisoriedad, entendida como expresión de la relación cronológica que existe entre las dos providencias, parece suficiente para ofrecer la diferencia específica de las providencias cautelares; esa provisoriedad, en efecto, no es un carácter exclusivo de las providencias cautelares, en cuanto el mismo carácter provisorio se encuentra en otro grupo de providencias NO CAUTELARES, esto es, en el grupo que Chiovenda denomina "Declaraciones de Certeza con predominante función ejecutiva", y que él mismo define en oposición a las medidas cautelares, como "medidas también provisorias que al juez le está permitido dictar o en vista de la particular certeza del derecho o de su naturaleza especial".¹

La provisoriedad de las llamadas "Declaraciones de Certeza con predominante función ejecutiva" es un contrapeso y una atenuación de la sumariedad del procedimiento de cognición, a través del cual emanan estas providencias, esto es, un carácter estrechamente conexo con el modo de formación de la providencia.

¹.- Chiovenda, Principii, pág. 225, nota 1; Ist., I, pág. 249.

En ciertos casos en que la demanda se funda en medios probatorios, particularmente atendibles, o en que la simplicidad o la escasa trascendencia económica de la relación hacen considerar como improbable la existencia a favor del demandado de serias razones para oponerse a la demanda, la ley permite que el actor para conseguir los efectos de la providencia jurisdiccional, recorra, en vez del largo y dispendioso camino de la cognición ordinaria, el atajo de la cognición sumaria, que llega a la misma meta (título ejecutivo), con mayor celeridad y simplicidad, eliminando o limitando, o conteniendo en un sólo grado, la contradicción del demandado. Esta aparente reducción de derecho de defensa del demandado, encuentra su justificación en el carácter particularmente atendible de las pruebas o en la naturaleza especial de la relación controvertida en consideración a la cual se puede estimar que en la mayor parte de los casos la cognición ordinaria con plenitud de contradicción no habría dado resultados diversos de los que, con rapidez y economía, el actor ha podido alcanzar a través de la cognición sumaria; pero como este cálculo de probabilidades podría resultar equivocado en el caso concreto, los efectos de la providencia creada a través de este procedimiento abreviado nacen como provisorios, en cuanto, aun siendo cualitativamente semejantes a los que el actor habría podido conseguir a través del juicio ordinario, están sujetos a cesar de conformidad con el resultado de una ulterior fase procesal, en la cual, de

ordinario a iniciativa del demandado, el juez puede ser llamado a examinar en juicio contradictorio, con la plenitud de investigación que es propia de la cognición ordinaria, la misma relación que en un primer momento había sido objeto de un examen limitado y superficial.

Aquí, pues, la provisoriedad de la primera providencia (sumaria) nace de la posibilidad de una ulterior providencia (definitiva) que puede eventualmente sobrevenir para anular o para modificar los efectos de la primera. Pero, en la mayor parte de los casos, esta posibilidad no se verifica (o, en general, el legislador calcula que no se verificará); y, si permanece inactiva la parte interesada en provocar la cognición ordinaria, la providencia provisoria se consolida y se convierte en definitiva.

Sentido en que se llaman provisorias a las providencias cautelares

La provisoriedad de las providencias cautelares no tiene conexión con el modo de formación de la providencia. Aun cuando la concesión de una medida cautelar esté basada en la cognición ordinaria no por eso los efectos cautelares cesan de ser provisorios ni aspiran a transformarse en efectos definitivos. La providencia cautelar tiene efectos provisorios no necesariamente porque la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria y deba por consiguiente ir acompañada de una menor estabilidad de efectos, sino porque la relación que la providencia cautelar constituye

está, por su naturaleza, destinada a AGOTARSE, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia. Si la provisoriedad de las declaraciones sumarias de certeza guarda relación con la formación de la providencia, la de las medidas cautelares guarda relación con el objeto, o, podría decirse, con la finalidad de la providencia². La providencia sumaria es provisional en la formación, pero definitiva en la finalidad; la cautelar, aun en los casos en que se forme a través de una cognición ordinaria, es provisoria en el fin.

Para comprender esta diferencia es preciso atenerse a lo que constituye el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares: este interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (*periculum in mora*). Sobre este concepto del *periculum in mora* es oportuno detenerse con alguna insistencia porque en él está acaso la clave para alcanzar una definición de las providencias cautelares que agote el concepto.

Provisoria y función preventiva.

En primer término, no se debe identificar el *periculum in mora*, que es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, con el peligro genérico

².- CHIOVENDA, Principii, pág. 226, e Ist., I pág. 251: "La acción asegurativa es, pues, por sí misma una acción provisoria".

de daño jurídico en vista del cual, en ciertos casos, la tutela jurisdiccional ordinaria puede asumir carácter preventivo.

Es preciso no establecer confusión entre tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie. En ciertos casos también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional pueda surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el sólo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. Se habla en estos casos, en contraposición a la tutela sucesiva o represiva, de tutela jurisdiccional preventiva, en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico.

En estos casos de tutela preventiva no estamos, sin embargo, todavía en el campo de la tutela cautelar; en efecto, si se prescinde del momento del interés (que nace aquí del peligro en lugar de nacer de la lesión del derecho), nos encontramos todavía frente casos de tutela ordinaria, con efectos definitivos.

Provisoriedad y urgencia.

Para aproximarse a una noción clara del *periculum in mora* es preciso dar otro paso: no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que a causa de la eminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia, en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría el daño ya ocurrido; de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida.

Es necesario, por otra parte, advertir que tampoco la noción de providencia preventiva de urgencia comprende exactamente la de providencia cautelar: bien porque, como tendremos ocasión de ver en seguida, pueden existir procedimientos y providencias de urgencia que no tengan carácter cautelar; bien porque a las exigencias de urgencia responde muchas veces, en lugar de la emanación de una providencia provisoria cautelar, una reducción del proceso ordinario de cognición o de ejecución y una consiguiente aceleración de la providencia definitiva.

Periculum in mora

La tutela ordinaria puede tener también un objeto preventivo, y asimismo la providencia definitiva (no

cautelar), puede, en ciertos casos, dictarse con carácter de urgencia, consiguiendo de este modo que la tutela ordinaria llegue sin retardo. Pero para que surja el interés específico en reclamar una medida cautelar, es necesario que a estos dos elementos (prevención y urgencia) se añada un tercero, que es en el que propiamente reside el alcance característico de la providencia cautelar: el *periculum in mora*; esto es, hay necesidad de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifiesta como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso ordinario la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisionales que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera.

El *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con

una medida cautelar, que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva. Así, también cuando en el campo de las relaciones sustanciales la lesión del derecho ha tenido ya lugar y la providencia definitiva no puede ya ofrecer otra finalidad que la reintegración, la providencia cautelar tiene en sí misma finalidad preventiva frente a la agravación del daño que, en unión del producido por la falta de razón, podría derivarse de la inevitable prolongación del proceso ordinario.

El *periculum in mora*, a evitar el cual proveen las medidas cautelares, no se tomaría en consideración si fuese posible acelerar adecuadamente, a través de una reducción del proceso ordinario, la providencia definitiva.

Así, pues, la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. Este es uno de aquellos casos (la disciplina de las cuales constituye quizás el mas antiguo y el más difícil problema práctico de toda legislación procesal) en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien ² a fin de que la

².- CARNELUTTI, Lezioni, II, n 80, págs. 85 - 86.

providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un período, frecuentemente no breve, de espera; pero esta mora indispensable para el cumplimiento del ordinario itinerario procesal, ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto.

Las providencias cautelares representan una condición entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la celeridad y la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente.

En un ordenamiento procesal puramente ideal, en

el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares.

Es evidente, bajo este aspecto, la afinidad de las providencias cautelares con las disposiciones, magistralmente estudiadas por CHIOVENDA, que tienden a producir como resultado que la sentencia actúe la ley como si ello ocurriese en el momento mismo de la demanda judicial: tienden, en efecto, a conseguir que la actuación de la ley, contenida en la providencia definitiva, pueda operar sobre el mismo estado de hecho sobre el que operaría en el momento de la demanda judicial. El principio es siempre el mismo: "la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene razón".

La instrumentalidad como carácter típico de las providencias cautelares.

Estas consideraciones permiten alcanzar la que, es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia

definitiva ⁴, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de instrumentalidad o, como han dicho otros, de subsidiariedad, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva, en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más claramente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certeza con predominante función ejecutiva: ésta nace, como se ha visto, con la esperanza de que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en definitiva; aquélla nace en previsión, e incluso en espera, de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no sólo no aspira a convertirse en definitiva sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto.

Hay pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la Justicia. Si toda las providencias jurisdiccionales son instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una

⁴.- CHIOVENDA, *Instituzione*, I, página 147.

instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho: esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.

La instrumentalidad a la que acabamos de hacer referencia, está magistralmente descrita en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 6 de Junio de 1984 que señala textualmente: " Las medidas precautorias son aquellas que sirven para asegurar el resultado de la acción deducida, y se caracterizan por ser esencialmente provisionales, pudiendo cesar en cualquier momento en que desaparezca el peligro que se ha querido evitar ".

Después de haber aislado así la sustancia de la providencia cautelar podemos definirla como "anticipación provisora de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma".

⁵.- Repertorio de Derecho y Jurisprudencia Chilena, año 1984, segunda parte, sección tercera, pág. 71.

a) Terminología Correcta

En primer lugar nos parece oportuno eliminar el equívoco a que podría prestarse el lenguaje comúnmente seguido por la doctrina cuando, para distinguir las providencias cautelares de las no cautelares, contrapone las primeras, consideradas como provisionarias, a las providencias definitivas.

En verdad, estas dos expresiones son inadecuadas para representar claramente el carácter por el cual las medidas cautelares se distinguen de todas las demás providencias jurisdiccionales.

Se dice entender que cuando la doctrina contrapone las providencias cautelares a las providencias definitivas emplea el concepto de definitiva, como noción contrapuesta la de provisionaria, que sería cualidad característica de las providencias cautelares: frente a las providencias cautelares concebidas como provisionarias, las providencias definitivas estarían dotadas de la estabilidad o inmutabilidad que faltaría siempre a las providencias cautelares. Sólo que también en este sentido la contraposición se presta a equívocos; sea porque el grado de estabilidad o de mutabilidad de una providencia pronunciada en materia cautelar, puede ser perfectamente idéntico, por lo que se refiere a la práctica y a la preclusión de los medios de impugnación, al que puede alcanzarse por cualquiera otra sentencia en materia no cautelar.

La providencia cautelar, mientras no sobrevenga la providencia sobre la relación sustancial cuyos efectos anticipa, es estable e inmutable como declaración de la certeza de las condiciones de la medida cautelar, al igual que toda otra sentencia, en este sentido, definitiva: y si los efectos de la medida cautelar están destinados a desaparecer con la emanación de la providencia sucesiva, esto no deriva, como ya se ha dicho, de mutabilidad o inestabilidad de la declaración, sino de la especial función, temporal por ser instrumental, de la relación constituida por la medida cautelar, que en sí, como declaración de la certeza de las condiciones necesarias para la constitución de tal relación, es estable al igual que cualquiera otra declaración de certeza llamada providencia "definitiva".

Por todas estas consideraciones entendemos que es oportuno emplear en la continuación de este estudio una terminología que no se preste a los equívocos a que puede dar lugar la que en la actualidad se viene utilizando. Puesto que, en nuestro concepto, el carácter constante y distintivo de las medidas cautelares está en la relación de instrumentalidad que cada una de ellas tiene con una providencia sucesiva cuyos efectos anticipa, nos parece que al binomio usual de providencias cautelares y definitivas se puede, para conseguir mayor claridad, sustituir el de providencias cautelares y principales. La expresión, que pone en evidencia la posición de

subordinación y de accesoriadad en que se encuentran las providencias cautelares por efecto de su instrumentalidad.

b) Providencias cautelares conservativas e innovativas_____.

También es importante tener presente que no es correcto hablar de providencias conservativas como sinónimo de providencias cautelares.

La calificación de "cautelares" (o asegurativas, que es sinónimo) es la más apropiada para indicar estas providencias, porque es común a todas la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza. Pero no todas las providencias cautelares son conservativas: pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ella se constituye consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente. También bajo este aspecto la función, conservativa o modificativa, de las medidas cautelares, se orienta sobre la providencia principal y se coordina a ella. En todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal naturaleza que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar mira a conservar aquel estado de hecho, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos (por ejemplo, el secuestro conservativo, que determina la indisponibilidad en cuanto a la futura ejecución forzada de los muebles hoy existentes en poder del deudor); pero_____

otras veces, cuando se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales efectos, debe tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisora o anticipada, los efectos constitutivos e innovativos, que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicable, se puede pensar, por ejemplo, en el derribo de un árbol que ofrece peligro, ordenado por el juez en virtud de denuncia de obra ruinosa art. 932 del Código Civil, o en la providencia de urgencia con que en el proceso de separación conyugal el juez constituye provisoriamente, a cargo de uno de los cónyuges, la obligación de pasar alimentos al otro, art. 321 del Código Civil.

En base a tales consideraciones se pueden diferenciar las providencias cautelares en conservativas e innovativas. Estas últimas son la finalidad de este trabajo.

B. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La relación de instrumentalidad que liga la providencia cautelar a la providencia principal puede asumir 4 formas ^e.

I. PROVIDENCIAS INSTRUCTORIAS ANTICIPADAS

Con estas providencias, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias se adoptan en el curso del proceso ordinario, y forman parte del mismo; pero cuando, antes de que el proceso se inicie, existe motivo para temer que, si la providencia instructoria tardase, sus resultados podrían ser menos eficaces, ésta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de prevenir el *periculum in mora* inherente al procedimiento ordinario eventual.

Se suele hablar entonces de conservación o aseguración de la prueba, teniendo presentes aquellos

^e.- Para una clasificación sistemática cautelares, véase CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n 80; CAMMEO, *La esecuzione d'ufficio* (en *Giur. It.*, 1929) n.7. En cuanto al derecho austriaco, POLLAK, *System* citado, N° 8, distingue tres tipos: el aseguramiento de los hechos (*Tatsachensicherung*, o bien *Sicherung con Beweisen*) y el aseguramiento del derecho (*Anspruchssicherung*), que se diferencia en medidas provisionarias (*einstweilige Verfügungen*) y en ejecución asegurativa (*exekution zur Sicherstellung*).

casos en los que la providencia cautelar las dirige a adquirir preventivamente datos probatorios positivos, que, con el correr del tiempo, se haría imposible, o más difícil, recoger. Ejemplos típicos de estos casos es en nuestro derecho son:

a) artículo 281 del Código de Procedimiento Civil: "Puede pedirse prejudicialmente la inspección personal del tribunal, informe de peritos nombrados por el mismo tribunal, o certificado de ministro de fe, cuando exista peligro inminente de un daño o perjuicio, o se trate de hechos que puedan fácilmente desaparecer".

b) artículos 284 del Código de Procedimiento Civil: Si hay motivo fundado para temer que una persona se ausente en breve tiempo del país, podrá exigírsele como medida prejudicial que absuelva posiciones sobre hechos calificados previamente de conducentes por el tribunal, el que, sin ulterior recurso, señalará día y hora para la práctica de la diligencia.

c) artículo 286 del Código de Procedimiento Civil: "Se podrá, asimismo, antes de la demanda, pedir el examen de aquellos testigos cuyas declaraciones, por razón de impedimentos graves, haya fundado temor de que no puedan recibirse oportunamente. Las declaraciones versarán sobre los puntos que indique el actor, calificados de conducentes por el tribunal".

Al parecer por su finalidad cautelar podemos incluir dentro de este primer grupo, aunque esto no se acepte generalmente por los autores, también los casos

que establecen los números 3, 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil:

3.- 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.

4.- 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 43 del Código de Comercio (dichos artículos dicen relación con la prohibición que existe en Chile de exhibir en forma general y completa los Libros de Contabilidad de un comerciante).

5.- El reconocimiento jurado de firma, puesta en instrumento privado.

El carácter puramente instrumental de las providencias instructorias anticipadas, sobre el que hasta ahora se ha discurredo, no tiene necesidad de comentario amplio; estas providencias, al determinar preventivamente la adquisición de un dato probatorio, positivo o negativo, que podrá ser utilizado como premisa lógica de una futura providencia de cognición, contribuyen al mejor éxito práctico de ésta, ya que el exacto y completo conocimiento de los hechos de la causa es uno de los coeficientes que sirven para lograr un buen juicio. Por eso tales providencias no son nunca fines en sí mismas: dado que su única finalidad es la de fijar un anticipo y la de tener en reserva para el porvenir, como

materiales en bruto destinados a una construcción todavía en proyecto, elementos destinados a la formación de una providencia de cognición, futura y eventual, la utilidad práctica de ellas se manifestará solamente cuanto surja la controversia que haga necesaria tal cognición; a falta de la cual, estas providencias cautelares quedarán inutilizadas, como todas las precauciones adoptadas en vista de un peligro al cual no sigue el evento temido.

Se debe observar, por otra parte, que en cuanto al procedimiento probatorio anticipado que constituyen las medidas preparatorias de los números 3, 4 y 5 del artículo 273, la función cautelar tiene caracteres propios, menos acusados y específicos que los que aparecen en las otras medidas cautelares: el extremo del *periculum in mora* está aquí atenuando hasta confundirse con el interés, que es condición de todas las acciones; y la instrumentalidad, en lugar de estar singularmente preordenada al mejor éxito de una providencia principal determinada, aprovecha al procedimiento de cognición en que, en adelante, el resultado del juicio sobre la verificación de los instrumentos o libros (del artículo 273) pueda ser utilizado con finalidad probatoria.

II. PROVIDENCIAS DIRIGIDAS A ASEGURAR LA EJECUCION FORZADA

Así como en el primer grupo hemos comprendido las providencias cautelares encaminadas a fijar las pruebas

que facilitarán la formación de una futura providencia de cognición, se pueden clasificar en un segundo grupo las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma. El carácter instrumental de estas providencias, expresamente puesto de relieve por otras legislaciones, aparece también en nuestro derecho en forma tanto más evidente en cuanto los varios tipos de medidas cautelares comprendidos en este grupo corresponden con preciso paralelismo a otros tantos tipos de procedimientos ejecutivos, de los que la providencia cautelar constituye, por así decir, el anuncio y la vanguardia.

Esta segunda clase de Medidas Cautelares son las que la doctrina y el legislador denominan **MEDIDAS PRECAUTORIAS**, las que se definen como actos jurídicos procesales, realizados exclusivamente por el sujeto activo del procedimiento, que tienen por finalidad asegurar el resultado de la pretensión hecha valer.

Cuando se hable de "sujeto activo" debe entenderse comprendidos tanto el demandante (stricto sensu) y el reconviniente, esto es, el demandado cuando ha demandado reconvencionalmente.

FUNDAMENTO E IMPORTANCIA

Como sabemos, la idea de progresión es inherente y esencial a todo proceso y, consiguientemente, a todo

procedimiento. Es por ello que, normalmente, la decisión jurisdiccional no resulta ser un acto instantáneo a la presentación que exige su pronunciamiento, sino que, muy por el contrario, resulta ser la consecuencia de meses y años de procedimiento.

En el intertanto, el demandado podría impetrar diferentes medidas que impedirán obtener un resultado práctico en caso de que el demandante obtuviera una sentencia favorable. En esto radica, fundamentalmente, la razón de existencia de las medidas cautelares: evitar obtener sentencias "de papel", sentencias que será inútil o imposible hacer cumplir.

Observando la finalidad que persiguen las medidas precautorias aparece claramente que "El periculum in mora que constituye , la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, el cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, que

anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva".⁷

En virtud de lo dispuesto en el Artículo 3º C.P.C., las medidas precautorias del Juicio Ordinario de mayor cuantía tienen aplicación general en todo tipo de procedimientos.

De acuerdo a nuestra legislación, principalmente el artículo 3 del C.P.C., las medidas cautelares son aplicables en todos los procedimientos del C.P.C. y en todos aquellos que de este cuerpo legal se abastecen.

CARACTERISTICAS. Tales son:

1.- Las medidas precautorias son INFINITAS:

Las medidas precautorias de que puede valerse el sujeto activo de la relación procesal no se limitan a las enumeradas en el Artículo 290 del C.P.C., sino que se extienden a todo acto que sea asegurador o protector de la pretensión deducida y de la sentencia favorable que se pudiera pronunciar.

Esta amplitud cautelar tiene un fundamento legal implícito. En efecto, señala el artículo 298 C.P.C. que "podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de las medidas expresamente autorizadas por la ley....." con lo que abre esta institución a toda

⁷.- Piero Calamandrei. "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares". Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. Página 42.

medida que la inventiva e imaginación humana puedan crear. En definitiva lo infinito de las medidas precautorias permite decir que en Chile existe un poder cautelar general muy eficaz, que se va a ver incrementado aun mas si aceptamos la medida cautelar innovativa que describiremos mas adelante.

En base a lo anterior, se pueden clasificar a las medidas precautorias en:

- a) las del Código de Procedimiento Civil;
- b) las de leyes especiales, y
- c) todas aquellas creadas por la imaginación humana y que no se encuentran expresamente consagradas.

2.- Son esencialmente provisionales.

"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", (Artículo 301).

Para que no exista duda alguna, la jurisprudencia ha sido categórica en este sentido. Así la Corte Suprema al conocer el 25 de Enero de 1978 de un Recurso de Queja interpuesto por Alfredo García Bur, señaló para ese caso particular: " Si no existe actualmente Partidor designado que pueda conocer de la solicitud de que se alce la medida prejudicial precautoria decretada sobre bienes del recurrente; si tal medida aparece otorgada y mantenida sin antecedentes que la justifiquen; si tales medidas -

QUE SON ESENCIALMENTE PROVISIONALES - llevan ya diez años, sin que se adelante en el juicio particional en que inciden, puede la Corte Suprema, de oficio, dejarlas sin efecto, disponiendo que el Conservador de Bienes Raices proceda a cancelarlas del Registro de Prohibiciones.²

La jurisprudencia ha dicho que la resolución que sobre ellas recae, aun cuando parte de la doctrina no esté de acuerdo, es un " AUTO " o " DECRETO ". Así lo han establecido dos fallos recientes; a saber:

1.- El 3 de Enero de 1983 la Corte Suprema conociendo de un Recurso de Queja interpuesto por Nicolás Yarur B. señaló: " La resolución que concede una medida precautoria NO PUEDE REVESTIR EL CARACTER DE SENTENCIA INTERLOCUTORIA, la que ATENDIDA SU NATURALEZA PROVISIONAL no puede establecer derechos permanentes a favor de las partes, ni resuelve algún trámite que deba servir de base al pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.

La señalada resolución constituye UN AUTO Y LA APELACION QUE SE DEDUZCA EN SU CONTRA SOLO PUEDE INTERPONERSE CON EL CARACTER DE SUBSIDIARIA DE LA SOLICITUD DE REPOSICION. En consecuencia procede enmendar, por la vía del Recurso de Queja, la resolución que acoge un Recurso de Hecho ordenando tramitar un Recurso de Apelación, que no se haya interpuesto en la

².- Repertorio de Derecho y Jurisprudencia, Año 1978, segunda parte, sección primera, págs 91 y 92.

forma indicada precedentemente. ° Dicho fallo fue pronunciado por los Ministros Jose M. Eyzaguirre E., Luis Maldonado B., Osvaldo Erbeta V., y los Abogados Integrantes señores Hugo Rosende S., y Avelino León H.

2.- Con posterioridad, la Corte de Apelaciones de Santiago, el 6 de Junio de 1984, conociendo de un Recurso de Apelación interpuesto por Claudio Alvarado Canales y otros. señaló: " La resolución que niega lugar a la petición dirigida a dejar sin efecto una medida precautoria es un AUTO o DECRETO, PUESTO QUE RECAE SOBRE UN TRAMITE QUE NO ESTA EXPRESAMENTE ORDENADO POR LA LEY, por el cual se reconoce un derecho al demandante, quien es libre de ejercitarlo o no."

Mas adelante el mismo fallo señala " La resolución que no dio lugar a dejar sin efecto una medida precautoria no puede estimarse Sentencia Interlocutoria, pues dada su NATURALEZA PROVISIONAL NO ESTABLECE DERECHOS PERMANENTES A FAVOR DE LAS PARTES NI RESUELVE ALGUN TRAMITE QUE DEBA SERVIR DE BASE EN EL PRONUNCIAMIENTO DE UNA SENTENCIA DEFINITIVA O INTERLOCUTORIA ".

" La citada resolución, atendida su naturaleza es impugnabile por Apelación que solo puede interponerse en el carácter de subsidiaria de la solicitud de Reposición, según lo indica el artículo 188 del C.P.C."¹⁰ Este segundo fallo fue pronunciado por los Ministros Jose

°.- Repertorio de Derecho y Jurisprudencia, Año 1983, Segunda Parte, Sección Primera, págs 1 y 2.

¹⁰.- Repertorio de Derecho y Jurisprudencia, Año 1984, Segunda Parte, Sección Tercera, págs 71 y 72.

Cánovas R., Marta Ossa R., y Violeta Guzmán F.

3.- Son acumulables

Esta característica se desprende de dos preceptos legales: el artículo 290 y el artículo 300 C.P.C.

El primero de los preceptos citados señala que "...puede el demandante en cualquier estado del Juicio..., pedir una o más de las siguientes medidas".

Por su parte, el artículo 300 C.P.C expresa que "éstas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes".

En definitiva, el demandante, para asegurar su pretensión, puede solicitar dos o más de las medidas contempladas en el artículo 290, junto con otras que establezca o permita la Ley.

4.- Son sustituibles por una garantía suficiente

Esta característica se desprende del artículo 301, parte final"... deberán hacerse cesar siempre que se otorguen cauciones suficientes".

La caución puede ser de cualquier naturaleza (fianza, hipoteca, etc.), pero debe ser suficiente para poder alzar la medida decretada.

En relación a esta característica la Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda en un fallo pronunciado el 13 de Mayo de 1987, conociendo de un Recurso de Apelación interpuesto por Luis Rudloff R., señaló: " Para otorgar una medida prejudicial precautoria no es necesario exigir una hipoteca o una fianza con garantía hipotecaria, ya que el art. 279 del C.P.C. sólo exige una

fianza nominal u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, la que debe guardar relación con la obligación garantizada, consistente únicamente en los perjuicios que origine la precautoria solicitada y el valor de las multas que pudieren imponerse al peticionario ¹¹.

5.- Son medidas protectoras

Su finalidad cautelar es notoria: pretenden que el demandado no eluda el futuro cumplimiento efectivo de la sentencia. Se cautela el interés del demandante.

CATEGORIAS DE MEDIDAS PRECAUTORIAS

Son tres las clasificaciones o categorías en las que se dividen las medidas precautorias, atendidas las normas que los regulan y los procedimientos que se requieren para su concesión:

Primera categoría: Son las enumeradas en el artículo

290 C.P.C., y que corresponden a:

- 1) Medida precautoria de secuestro;
- 2) Medida precautoria de nombramiento de interventor;
- 3) Medida precautoria de retención de bienes determinados; y
- 4) Medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos.

En realidad, las dos últimas medidas son la de mayor aplicación práctica, ya que a través de ellas se va a configurar el objeto ilícito del artículo 1464 del

¹¹.- Repertorio de Derecho y Jurisprudencia, Año 1987, Segunda Parte, Sección Segunda, págs. 67 y 68.

Código Civil, según tendremos oportunidad de analizar más adelante.

Segunda categoría: Se refiere a todas aquellas medidas precautorias establecidas en la legislación chilena, general o especial.

Estas son las que, en forma implícita, regula el artículo 298 C.P.C.

Están autorizadas expresamente por la ley, rigiéndose por la norma legal que las creó y desarrolló o, si existiere remisión o en silencio de la regla especial, por los artículos 290 y ss. del C.P.C. Así, por ejemplo, tienen su propio procedimiento los denominados "embargos" del Procedimiento Penal, institución a través de la cual el legislador franquea la posibilidad de asegurar la eventual responsabilidad civil proveniente de un hecho punible.

Tercera categoría : Está constituida por todo aquel cúmulo de medidas precautorias que no están expresamente autorizadas por la ley.

Estas son las que crea la imaginación humana para asegurar el cumplimiento del fallo. Se rigen, en cuanto a sus requisitos de procedencia y concesión, por las normas que oportunamente señalaremos.

MEDIDAS PRECAUTORIAS PROPIAMENTE TALES

Las medidas de mayor importancia y aplicación práctica son las que se encuentran indicadas en los números 3º y 4º del artículo 290 C.P.C.

Vamos a estudiar las medidas precautorias del artículo 290 C.P.C. en el mismo orden que la disposición establece. Cada una de ellas tiene una causa general que la hace procedente y, después, una casuística a la que se aplica o una excepción a esas normas generales.

1a. SECUESTRO DE LA COSA QUE ES OBJETO DE LA DEMANDA

De acuerdo al artículo 2249 inciso primero del Código Civil, "el secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor".

El secuestro es regulado por la legislación sustancial civil como un contrato y no podría ser de otro modo, toda vez que, en su artículo 2250 hace aplicables a esta institución las disposiciones del contrato de depósito.

El artículo 2252, inciso 3º, del Código Civil, señala que "el (secuestro) judicial se constituye por decreto del juez, y no ha menester otra prueba". Aquí ya no hay contrato sino que un acto unilateral del juez, que adopta el carácter de medida precautoria.

En definitiva, "el secuestro-medida precautoria" consiste en la sustracción material, por resolución judicial, de un bien determinado del patrimonio del demandado, bien que éste y el demandante se disputan,

para los efectos de evitar su pérdida o deterioro.

2do. NOMBRAMIENTO DE UNO O MAS INTERVENTORES

La jurisprudencia, ha entendido por interventor a la persona designada por el tribunal, con la función de velar por la legalidad de la administración de los bienes materiales del pleito, para lo cual lleva cuenta de las entradas y gastos de los objetos intervenidos y da noticia de toda malversación o abuso que note en los actos del demandado ¹².

3ra. RETENCION DE BIENES DETERMINADOS

El numerando 3º del artículo 290 del C.P.C. desplaza, con mucho, al secuestro judicial, ya que asegura de una manera mucho más eficaz los eventuales derechos del demandante al configurar el objeto ilícito del artículo 1464 del Código Civil.

Frente a un caso determinado, donde existan bienes muebles en juego, sean o no objeto del juicio, lo lógico, lo razonable es que el demandante pida la retención de bienes determinados y no el secuestro judicial, ya que aquél configura el objeto ilícito, cosa que éste no hace.

La retención puede ser definida como "la medida cautelar que tiene por objeto asegurar el cumplimiento

¹².-Repertorio de Derecho y Jurisprudencia. "Código de Procedimiento Civil", Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1983.

efectivo de la sentencia mediante el incautamiento de bienes muebles determinados del demandado, impidiéndose su enajenación".

La incautación es un apoderamiento jurídico o material; será de esta última categoría cuando los muebles pasan a poder del demandante o de un tercero.

Del patrimonio del demandado se van a sustraer, jurídica y/o materialmente, bienes muebles determinados, los que servirán de garantía para los resultados del juicio.

Esta retención es sin perjuicio del Derecho de garantía general que el demandante tiene como cualquier acreedor.

Es necesario tener presente que esta medida sólo procede respecto de bienes muebles y no sobre bienes raíces o inmuebles. Estos muebles deben determinarse con precisión.

4a. PROHIBICION DE CELEBRAR ACTOS O CONTRATOS SOBRE BIENES DETERMINADOS.

De las cuatro medidas precautorias que contempla el artículo 290 C.P.C. es ésta, sin duda alguna, la que mayor amplitud presenta. En efecto, la medida se refiere a todo acto (actos jurídicos unilaterales) o contratos, sean a título gratuito u oneroso. Así, afecta a las

donaciones, compraventas, sociedad, hipoteca, arrendamiento, etc.

También se comprenden actos jurídicos como las convenciones: pago y tradición, etc.

Pese a lo ilimitado que parece ser este medio cautelar, no es tan amplio en cuanto al objeto sobre que recae. Este puede ser mueble o inmueble, pero siempre determinado, específico, individualizado.

La medida no puede abarcar el derecho de garantía general, sólo se refiere a bienes específicos y determinados.

Cuando haya de recaer en todo o parte de una universalidad, los bienes que la componen han de individualizarse uno a uno.

Mientras la medida precautoria de retención sólo puede recaer sobre bienes muebles y dinero, la medida de prohibición de celebrar actos o contratos recae tanto sobre éstos como sobre inmuebles.

Es usual que se solicite en la práctica una medida de "prohibición de gravar y enajenar", medida que, sin embargo, no puede considerarse sinónima de "prohibición de celebrar actos o contratos". Existe una relación de género a especie, toda vez que se pueden

solicitar prohibiciones de enajenar que no involucren para nada la posibilidad de gravar un determinado bien, v.gr., un contrato de arrendamiento.

Enajenar es hacer ajeno algo. En nuestra legislación, los modos de adquirir son modos de hacer ajeno algo. O sea, con la prohibición de enajenar se estaría prohibiendo realizar, por ejemplo, una tradición, más no celebrar un contrato de compraventa, que es su causa.

Debo dejar en claro, en consideración al último párrafo, que esta opinión doctrinaria que yo comparto, es minoritaria. Fue sustentada por don Eugenio Velasco Letelier, ex-decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y actualmente sostenida por el profesor de Derecho Civil de la misma Facultad, don Pablo Rodríguez Grez.

Pero, una persona podría pedir que se prohibiera el endoso en cobranza de un título de crédito, ya que no quiere que se haga efectivo hasta que no se resuelva el conflicto. Esto no es gravar, como sería el caso de un endoso en garantía, ni enajenar, como es el endoso traslativo de dominio; por tanto, la prohibición de gravar y enajenar no comprendería tal endoso.

En consecuencia, si bien la prohibición de gravar y enajenar es lo habitual en materia de prohibiciones, no

es lo suficientemente amplia como lo es la de celebrar actos o contratos, nominados o innominados.

III. ANTICIPACION DE PROVIDENCIAS DECISORIAS

Constituye este tercer grupo las providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables.

Casos típicos de esta categoría son las Querellas Posesorias. Regulan esta materia los artículos 916 y siguientes del Código Civil y 549 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

No obstante ser la posesión una situación de hecho y no de derecho, tiene o puede tener gran importancia toda vez que es el primer requisito o elemento constitutivo del dominio, ya que éste se configura por aquella y el transcurso del lapso de tiempo necesario que conduce a la prescripción adquisitiva.

A través de las querellas posesorias la ley no protege el dominio, cosa que se consigue a través de la acción reivindicatoria, sino que protege el hecho jurídico de la posesión e, incluso en algunos casos, además el hecho de la mera tenencia, como ocurre en la

querrela de restablecimiento.

Las querellas posesorias o los interdictos posesorios presentan dos características que les son fundamentales :

1. Protegen, por regla general, el hecho de la posesión y nunca el dominio. Más aún, en los interdictos posesorios jamás se discute el dominio de la cosa que se posee.

"Si bien en los juicios posesorios no debe tomarse en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue, pueden con todo exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión" ¹³.

2. Las querellas posesorias o los interdictos posesorios sólo protegen la posesión de los bienes raíces. En consecuencia, a falta de cualquiera otra regla especial, la protección de la posesión de los bienes muebles se rige por el procedimiento sumario.

Las querellas no sólo se aplican a los inmuebles por naturaleza sino que también a los inmuebles por destinación. Así se ha fallado, al prescribirse que: "Refiriéndose los actos de despojo a la sustracción de animales, procede la querrela respecto de aquellos que se consideran inmuebles por su destinación permanente al cultivo y beneficio del inmueble" ¹⁴.

¹³.- Repertorio. Tomo III. Op. cit. Pág. 200

¹⁴.- Ibidem.

Dentro del juicio, si el inmueble está inscrito, la posesión se prueba por copia de la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Si el inmueble no está inscrito, la posesión se prueba por los actos positivos materiales que señala el Código. Esa es la interpretación que le da a los artículos 924 y 925 del Código Civil el profesor Pablo Rodríguez Grez, interpretación que creemos correcta.

La demanda debe contener explicitados, los fundamentos de lo que se está pidiendo, esto es, debe acreditarse que se es poseedor.

CLASES DE INTERDICTOS POSESORIOS .-

El Art. 549 del C.P.C. prescribe que "los interdictos o juicios posesorios sumarios pueden intentarse:

1° Para conservar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos;

2° Para recuperar esta misma posesión;

3° Para obtener el restablecimiento en la posesión o mera tenencia de los mismo bienes, cuando dicha posesión o mera tenencia hayan sido violentamente arrebatadas;

4° Para impedir una obra nueva;

5° Para impedir que una obra ruinosa o peligrosa cause daño, y

6° Para hacer efectiva las demás acciones posesorias especiales que enumera el Título XIV, Libro II del Código Civil.

En el primer caso, el interdicto se llama querrela de amparo; en el segundo, querrela de restitución; en el tercero, querrela de restablecimiento; en el cuarto, denuncia de obra nueva; en el quinto, denuncia de obra ruinosas; y en el último, interdicto especial".

La relación de instrumentalidad que, en los casos ahora reseñados, vincula la providencia provisoria a la principal es profundamente diversa de la examinada en los dos grupos precedentes; mientras en éstos la providencia cautelar no regula el mérito de la relación sustancial controvertida, limitándose a aprontar medios para facilitar la formación o la ejecución forzada de la futura decisión de mérito, aquí, en este tercer grupo, la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinado a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario.

En este tercer grupo la providencia cautelar no puede aspirar a convertirse ella misma en definitiva,

sino que está siempre preordenada a la emancipación de una providencia principal, a la llegada de la cual los efectos provisorios de la medida cautelar están destinados a caer totalmente, porque aún cuando la decisión principal reproduzca sustancialmente y haga suyas las disposiciones de la providencia cautelar, funciona siempre como decisión ex novo de la relación controvertida, y no como convalidación de la providencia cautelar. La función instrumental de este grupo de medidas le da a la controversia, en espera de la providencia definitiva, una solución provisoria que presumiblemente se aproxime más a la que será la solución definitiva, de modo que ésta, operando re adhuc integra y sin solución de continuidad, pueda tener sobre la relación sustancial la misma eficacia práctica que habría tenido si hubiese sido dictada sin retardo.

Sin perjuicio, por supuesto, que la persona que no obtuvo en un juicio posesorio se contente con dicha sentencia, y no inicie un juicio ordinario posteriormente. Es obvio que esa no es la regla general. Dado lo rápido del procedimiento y las escasas posibilidades de rendir una prueba completa y acabada en dicho juicio posesorio inician con posterioridad un juicio ordinario. Es por ello, que sostenemos que la sentencia que en dichos juicios se pronuncia es una desición anticipada y provisoria del fondo.

Pero debo ser honesto en señalar, que para la

mayoría de la doctrina es difícil aceptar que una SENTENCIA DEFINITIVA, como es la que se dicta en un juicio posesorio, sea a la vez anticipación de otra sentencia, también definitiva.

IV. LAS CAUCIONES PROCESALES

Merecen ser tratadas como cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela típicamente la finalidad cautelar, cuando consiste en la imposición por parte del juez de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial.

En numerosos casos, el poder que tiene el juez de emanar una providencia va acompañado del poder de condicionar su otorgamiento a la prestación de una garantía, de una cierta suma de dinero cargo de aquel a quien la providencia provisoria favorece. Tales cauciones, que para distinguirlas de las contractuales y legales se denominan judiciales, funcionan como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podrá surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, a favor de aquel contra quien ha sido ejecutada.

Pero si bien bajo este punto de vista las cauciones podrían quedar incluidas en el segundo grupo, es conveniente clasificarlas aparte en virtud de su

especialísima característica de estar destinadas a funcionar como cautelas contra el peligro derivado de la ejecución de una providencia, la cual a su vez puede ser una providencia cautelar dirigida a prevenir el peligro derivado del retardo de la providencia principal. Aquí la caución funciona, pues, en calidad de cautela de la cautela, o, como se ha dicho autorizadamente ¹⁵, de **contracautela**: mientras la providencia cautelar sirve para prevenir los daños que podrían nacer del retardo de la providencia principal, y sacrifica a tal objeto, en vista de la urgencia, las exigencias de la justicia a las de la celeridad, la caución que se acompaña a la providencia cautelar sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de este modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes.

Dentro de este cuarto grupo de providencias se encuentran los casos que señalan los artículos 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil :

a)298 : Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio, y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Podrán también el tribunal, cuando lo estime necesario y

¹⁵.- Ibidem. Pág. 201

no tratándose de medidas expresamente autorizada por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.

b)299 : En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este título, aún 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.

También aquí existe una relación de instrumentalidad entre la providencia que ordena la caución y la providencia provisoria que la acompaña: e incluso la relación de instrumentalidad existe también, mediatamente y, por decirlo así, en segundo grado, con la ulterior providencia principal. Con respecto a la providencia provisoria a que acompaña, la caución tiene carácter instrumental negativo, en cuanto le impide perjudicar; para decirlo con mayor precisión, ofrece anticipadamente los medios, casi diríamos el contraveneno, para remediar eficazmente el daño que pueda derivar de su injusticia con respecto a la providencia principal, a la que está reservado el decidir si la providencia provisoria es injusta, la caución tiene carácter instrumental positivo, en cuanto asegura preventivamente la realización práctica del derecho al

resarcimiento de los daños, que encontrará su título en la providencia principal, cuando ésta haya revocado, por injusta, la provisoria.

CAPITULO II

LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA.

Dentro del panorama de la tutela cautelar se distinguen nítidamente dos tipos de proceso, según fueren las metas perseguidas: el proceso cautelar "CONSERVATIVO" y el proceso cautelar "INNOVATIVO"; "...mediante el primero, se trata de conservar (inmovilizar) una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal. En el proceso cautelar innovativo la técnica consiste en que se comprometería el resultado del proceso principal si, desde el principio no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho, y se presenta como modificación anticipada de una situación jurídica" ¹

Carnelutti, como se sabe, fue de los primeros maestros que se percató de la susodicha clasificación. Empero, su genio y la consiguiente originalidad de su pensamiento, no se contentaron con descubrir el rico manantial constituido por la prevención cautelar innovativa². Fueron más lejos, vislumbrando inclusive lo

1.- Ricardo Reimundín, Prohibición de Innovar como medida cautelar, Buenos Aires, Astrea, 1979, p.19.

2.- Francisco Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, y Santiago Sentís Melendo, t.I, Buenos Aires, Uthea, 1944, p.249:"Las exigencias que pueden determinar el arreglo provisional del litigio mediante la alteración y no mediante el mantenimiento del estado de hecho, son lógicamente opuestas a las que he indicado en el número precedente. Existen, en efecto, casos en los que se comprometería el resultado del proceso, jurisdiccional o ejecutivo, si desde el principio no se dispusiese un determinado cambio en el estado de hecho. Es preciso arrancar del principio de que el buen éxito del proceso, tanto desde el punto de vista del conocimiento como de la ejecución, depende, por lo que atañe a su propia posibilidad o al menos a su plenitud, de una serie de circunstancias materiales, sin cuyo concurso el acertamiento o

que hoy nosotros denominamos "anticipo cautelar de la sentencia definitiva" (novedad que aun hoy merece los calificativos de audaz y atrevida), al sostener que: "Otras veces, de lo que se trata no es de eliminar una peligrosa desigualdad entre los litigantes, sino de anticipar proveimientos que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia. Esa anticipación puede ser conveniente lo mismo respecto al proveimiento del proceso de conocimiento que del proceso ejecutivo ³ y ⁴. Igualmente felices son los párrafos que dedica a demostrar cómo la prevención innovativa contribuye, en algunos casos, a preservar la igualdad de las partes en el proceso: "Y precisamente, ya sea por disposición natural o por obra del hombre, la distribución de las circunstancias en el proceso puede presentarse de tal modo que constituya a favor de una de las partes una posición de superioridad, por tanto, una fuente de desequilibrio durante la marcha del proceso. Los expertos han aprendido fácilmente lo que vale esta posición de superioridad y la manera cómo hay que actuar para obtenerla y conservarla. Aquí estudiaremos cuándo y cómo puede el juez intervenir durante el litigio para

la ejecución fallarían total o parcialmente a su finalidad".

³- Francisco Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, y Santiago Sentís Melendo, t. I, Buenos Aires, Utter, 1944, pág. 250.

⁴- Ejemplo de este anticipo cautelar de la sentencia definitiva, en Chile, es el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil al señalar que en rebeldía del demandado, se recibirá a prueba la causa, o, si el actor lo solicita con fundamento plausible, se accederá provisionalmente a lo pedido en la demanda.

arreglar la posición de éste de modo que se elimine este peligro... Cuando dos contienden acerca del disfrute de una cosa, se halla en posición indiscutiblemente superior el que la posee. Las razones de esa superioridad son prácticas e intuitivas: basta, para mencionar una de ellas, imaginar la hipótesis de dos aspirantes a una herencia importante, poseída por uno y reclamada por el otro. El poseedor tiene, por lo menos, sobre su adversario, y con mayor motivo si éste no cuenta con otros bienes de fortuna, la ventaja de sacar de la propia cosa controvertida los medios para sostener el proceso⁵.

Se inscribe, a todas luces, tal línea de pensamiento, en la corriente que, a la postre, desembocó en el concepto de "socialización del proceso"⁶; corriente según la cual debe tenderse a la concreción de una igualdad procesal entendida en términos reales y no solamente formales, y

⁵- Francisco Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, y Santiago Sentís Melendo, t.I, Buenos Aires, Uthea, 1944, pág. 249.

⁶- Jorge Walter Peyrano, "El Proceso Civil; Principios y Fundamentos", Buenos Aires, Astrea, 1978, p.148: "Ese fue sólo el comienzo de una tarea que apunta a la total revisión del concepto de igualdad procesal contenido en el principio del contradictorio. Es que también es fácilmente verificable que no hay verdadera igualdad procesal entre quien es culto y quien no lo es, entre quien puede requerir los servicios de un prestigioso abogado y quien debe conformarse con la asistencia letrada gratuita, entre quien puede esperar sin apremios económicos el desenlace del debate y quien cifra todas las esperanzas en un pronto resultado favorable. Más aún : hoy en día se dice sin tapujos que existe desigualdad procesal cuando se enfrentan letrados de disímiles condiciones técnicas. Se ha intentado obviar todo ese rimerio de situaciones que, según muchos, resulta conculcatorio de la igualdad que debe presidir el contradictorio, elaborando un nuevo concepto: el de la socialización del proceso".

que tuvo recepción legislativa en la famosa ley procesal civil austriaca de 1895 (obra de Klein) y en el Código Federal Suizo del ramo. Varias normas e institutos del Código Austriaco y hoy, por ejemplo, también del Código Federal Suizo, se inspiran en aquel fin (la socialización del proceso), que en cambio, ha permanecido extraño en principio, hasta ahora, a la legislación procesal española y también en parte, a la italiana y a la francesa; esto es, el fin de hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso civil y evitar en lo posible el riesgo de sucumbir a causa de irregularidades formales de su conducta procesal o a causa de dificultades técnicas del proceso; es decir lo que se persigue por medio de este principio es que cualquier persona, sea o no abogado, pueda leer cualquier proceso y ver que la sentencia en él dictada corresponde a lo que es justo para ese caso particular. Se puede pensar, por ejemplo, en el art. 3, ap. 2, del Cód. federal suizo, en el cual se establece que: "el juez no puede ir más allá de las conclusiones de las partes, ni puede fundar su juicio sobre hechos diversos de los que han sido alegados.... Sin embargo, debe llamar la atención de las partes sobre las lagunas de sus conclusiones o invitarles a especificar de manera completa los hechos y las pruebas necesarias para hacer que resulte la verdad".

Cierto es que, lamentablemente, tan espléndidas enseñanzas del profesor de Milán pasaron casi desapercibidas por la doctrina de su hora y también de la posterior. Quizá para que ello ocurriera mucho haya

influido la circunstancia de que la densidad de la obra de Carnelutti -tan llena de nuevas concepciones- bien pudo esconder bajo su enorme densidad el revolucionario descubrimiento: la prevención cautelar innovativa.

De todos modos, algunos -más avisados- rescataron de las profundidades del pensamiento Carneluttiano la novedad señalada y la incorporaron a su acervo doctrinal propio. Así De la Plaza -para el derecho procesal hispano- incluye la prevención innovativa dentro de su sistematización de procesos cautelares, subrayando, además, que aquélla puede resultar indispensable en ciertos casos, a fin de mantener la necesaria igualdad entre las partes; igualdad que correría el riesgo de quebrarse de no acudir presta la medida innovativa en procura de preservar la relación pareja de fuerzas sobre la que se apoya la dinámica del proceso⁷. Ruiz Sánchez -también para el procesalismo español- se ha sumado a quienes propugnan la coexistencia de una prevención cautelar conservativa y de una prevención cautelar innovativa.⁸

También ha comenzado a abrirse paso en la doctrina Argentina la doble alternativa que ofrece el proceso cautelar: CONSERVATIVO E INNOVATIVO. Más aún el

⁷- Manuel De La Plaza, "Derecho Procesal Civil Español", vol.II, pags.75 a 77.

⁸- Jose Luis Ruiz Sánchez, "Proceso Cautelar art. 1419 de la ley de enjuiciamiento civil", en "Revista de Derecho Procesal", 1964, vol.IV.



X Congreso Argentino de Derecho Procesal, (celebrado en la ciudad de Salta durante el mes de Mayo de 1979), prestó unánime consenso a la medida cautelar innovativa.

Cierto es que, a veces, según la doctrina argentina, el uso sabio e ingenioso de la medida cautelar "prohibición de innovar", ha suplido ese déficit legislativo. Pero, la naturaleza irretroactiva de ella, sólo impide a las partes alterar el status jurídico o de hecho de la cosa litigiosa, a partir del momento en que son notificados de la misma, o a contar del instante en que se interpuso la demanda respectiva pero no se puede utilizar en ciertas situaciones contrarias a derecho ya consumadas con anterioridad al ejercicio del derecho de acción. La diligencia cautelar innovativa apunta a suplir la mencionada inidoneidad.

DESCRIPCION DE LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

ES UNA MEDIDA CAUTELAR EXCEPCIONAL QUE TIENDE A ALTERAR EL ESTADO DE HECHO O DE DERECHO EXISTENTE ANTES DE QUE EL TRIBUNAL SE PRONUNCIE POR MEDIO DE UNA SENTENCIA DEFINITIVA SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO; MEDIDA QUE SE TRADUCE EN LA INGERENCIA DEL JUEZ EN LA ESFERA DE LIBERTAD DE LAS PARTES A TRAVES DE LA ORDEN DE QUE CESE UNA ACTIVIDAD CONTRARIA A DERECHO O DE QUE SE RETROTRAIGAN LOS RESULTADOS YA CONSUMADOS DE UNA ACTIVIDAD DE IGUAL TENOR. Adviértase la calidad excepcional de esta medida cautelar. Es que ella, a diferencia de la mayoría de las otras, no afecta la libre

disponibilidad de bienes por parte de las partes (v. gr., embargo, prohibición de celebrar actos y contratos, etc.), ni tampoco permite que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis. Va más lejos ordenando, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente.*

Los porqué de la definición descriptiva precedentemente propuesta se explicitarán al lo largo de todo el desarrollo del presente ensayo.

Conviene ahora, eso sí, insistir en que la institución descrita debe ser calificada como "revolucionaria" si se tienen en cuenta los hábitos mentales y la idiosincrasia que predominan en nuestro medio. Estamos persuadidos de que toda idea nueva, toda propuesta heterodoxa, engendra automáticamente un peligroso enemigo: la inercia. Es decir, la tendencia a mantener el actual estado de las cosas. Esa constante se da todavía con más fuerza, tratándose de la ciencia jurídica: tendencia que llega a su punto máximo cuando de ciencia procesal se trata. O la comodidad de los profesionales forenses (sólo de algunos, afortunadamente) que se limitan a invocar el derecho que sus mayores invocaron, o la abulia de algunos magistrados (no todos,

*- Jorge Walter Peyrano, "Recepción de la Medida Innovativa en sede jurisdiccional", en J.A., t.III, 1977, p.65.

por cierto) que prefieren aplicar el *ius receptum*, han hecho naufragar muchas buenas intenciones de insuflar nuevo aliento a las estructuras procesales.¹⁰

Mucho habrá que bregar para lo que hoy se reputa "revolucionario" sea mañana aceptado como algo perfectamente posible para nuestro sistema jurídico, cuya recepción representará una puesta al día del proceso cautelar nacional; asimilándose al menos un poco, a la eficacia demostrada por el sistema jurídico del *Common Law*.

RECONOCIMIENTO EN LA LEGISLACION EXTRANJERA

Es necesario aclarar que la medida cautelar innovativa no puede ser considerada una novedad en el horizonte doctrinario. La "Aziones de remoziane" de los italianos; la "Acción de Abstención" germana; y el "Procedimiento de Refere" Francés y Belga (con una finalidad muy similar a la perseguida por los creadores del Recurso de Protección en Chile), son claras muestras de lo que realmente persiguen actualmente las legislaciones procesales, provenientes de las raíces germano-romanas, más avanzadas, y lo que trataremos de lograr con la medida cautelar innovativa. Lo anterior amén de la realidad abundante ofrecida sobre el punto por el derecho angloamericano. Es hora de que al igual que

¹⁰- Jorge Walter Peyrano, "En Defensa de la Medida Cautelar Innovativa", en *J.A.*, t II, 1978, p.641.

el sistema de common law -preocupado siempre más por la praxis que por los devaneos teóricos- reconozcamos ampliamente la posibilidad de que los tribunales interfieran en la actividad de las parte mucho antes de que llegue el momento de dictar la sentencia sobre el fondo.

Así lo reconoce expresamente el ministro de la Corte de Apelaciones don Enrique Paillas en su libro "El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado" editado en Mayo de 1990 al señalar: "Las viejas formas del proceso están en crisis. Las estructuras que en el pasado sirvieron los fines de la justicia hoy resultan obsoletas. La concepción tradicional del proceso como una justa entre dos o más contendientes quiénes le dan impulso al ritmo de sus pretensiones o de sus argucias para presentar defensas no satisface plenamente las necesidades de una sociedad moderna que busca la justicia como una necesidad imperiosa de subsistencia; el conflicto que se dirime eficazmente trae la paz social.

Ya desde fines del siglo pasado importantes transformaciones han operado en las legislaciones de muchos países, dando al juez civil un rol más activo en la instrucción. La comparecencia personal de las partes ha desplazado lo que en las legislaciones hispanoamericana se conoce como absolucón de posiciones, medio formal de provocar la confesión en juicio. El Código de Procedimiento Civil francés dejó atrás el

interrogatorio sur faites et articles. Hoy establece que el juez puede, en cualquier materia, hacer comparecer personalmente a las partes o a una de ellas (art. 184). Son interrogadas en presencia una de otra a menos que las circunstancias exijan que lo sean separadamente.(art.189).

La comparecencia personal y la invitación a proporcionar las explicaciones de hecho que estime necesarias para la solución del litigio (art. 89), así como las explicaciones de derecho pertinentes (art. 13), le dan al juez una facultad muy precisa que le permite aclarar los hechos y penetrar en la penumbra en que las partes hayan querido obscurecer la realidad. Puede pedir explicaciones sobre hechos invocados en la litis y, además, exigir que se aclaren otros que tengan interés para la acertada solución del asunto. Igualmente, tiene el poder de ordenar de oficio todas las medidas de instrucción legalmente admisibles (art. 10). El juez sale así de la pasividad para tomar una misión activa.

Es posible también que las partes una vez nacido el litigio, confieran al juez en las mismas materias y bajo la misma condición, la misión de estatuir como amigable componedor, reservándose al derecho de apelar sino renuncian especialmente (art. 12).

En los códigos de otras naciones se dan normas que revelan igualmente esta transformación del

procedimiento.

Ya no se deja en poder de las partes la conducción de su litis. Hoy se piensa que el estado debe intervenir incluso en la vida privada de los ciudadanos. Las partes dirigen el procedimiento en el sentido de su interés, mas el juez lo hace en el interés general.

No menos sorprendente es el gran desarrollo que han tenido los procedimientos de urgencia en el derecho de las naciones más adelantadas. Hay una tendencia a buscar formas rápidas y menos costosas para dirimir los conflictos. LLEVAR TODO PROBLEMA A LOS MOLDES TRADICIONALES DEL JUICIO ORDINARIO O DE JUICIOS ESPECIALES RESULTA EXCESIVO, PUES HAY LITIGIOS QUE POR SU NATURALEZA DEBEN SER RESUELTOS RAPIDAMENTE, SIN ESPERAR QUE HAYA UNA SENTENCIA QUE PRODUZCA COSA JUZGADA MATERIAL.

Si se observa el derecho comparado se ve que los procedimientos de urgencia aparecen como una necesidad indispensable y la jurisprudencia muchas veces se aproxima, a pesar de las distancias geográficas, porque hay intereses y fundamentos jurídicos comunes. ES POR ESTO INDISPENSABLE CONOCER EL DERECHO COMPARADO; la legislación de un país no es un fenómeno aislado; hay principios que se imponen pasando las fronteras y soluciones que se encuentran porque el alma y los sentimientos de los hombres son los mismos a pesar de diferencias de idioma o de distancia geográfica.

Se diría que la necesidad bullente de una justicia rápida es como las aguas que rompen el dique que las contiene. Esta necesidad de vida y de subsistencia crea los instrumentos jurídicos necesarios, AUNQUE MODIFIQUEN VIEJAS ESTRUCTURAS. Los procedimientos de urgencia han crecido en el derecho moderno, porque hoy, más que nunca, la sociedad busca la justicia y ésta no es eficaz sino cuando llega oportunamente".¹¹

La legislación extranjera, como ya lo señalamos anteriormente, tiene innumerables procedimientos conservativos que por la finalidad que persigue (la justicia en el menor tiempo posible) y sus resultados prácticos se parecen muchísimo a la medida cautelar innovativa. Lo anterior nos permite afirmar que la consagración positiva de la medida cautelar en Chile sólo va a permitir que nos pongamos al día en esta materia.

A continuación quiero mencionar algunos de estos procedimientos, tomados del libro del Ministro de la Corte de Apelaciones don Enrique Paillás Peña, donde están amplia y excelentemente tratados.

I.- EL "REFERE" EN LA LEGISLACION FRANCESA

El capítulo II del título 14º del libro I

¹¹- Enrique Paillás Peña, "El Recurso de Protección Ante el Derecho Comparado"; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Palas. 7 y 8.

(disposiciones comunes a todas las "jurisdicciones") del Código de Procedimiento Civil francés distingue entre los juicios sobre el fondo y los procedimientos *avant dire droit*, que son las ordenanzas de *référé* y las ordenanzas *sur requête*. Ese nombre de ordenanza recibe la sentencia que en ellas se dicta.

El art. 484 (subsección 2) define la ordenanza de *référé* diciendo que "es una decisión provisional dada a petición de una parte, estando la otra presente o notificada, en los casos en que la ley confiere a un juez que no conoce de lo principal el poder de ordenar inmediatamente las medidas necesarias".

El *référé* nació de los usos o prácticas del *Châtelet* de París y fue reglamentado por el edicto real de 1685. Se trataba de tomar medidas urgentes requeridas por una situación particular y, a fin de salvaguardar los derechos de aquellos a quienes la *ordonnance* del juez pudiese causar perjuicio, el presidente, al disponer la medida, ordenaba "qu'il lui en sera *référé* en cas de *difficulté*". Había que dar cuenta al presidente en caso necesario. *Référé* significa hacer relación de algo, referir... Después ese derecho pasó al Código de Procedimiento Civil de 1806.

El artículo 808 de ese cuerpo legal, ubicado en

el título relativo al tribunal de gran instancia,¹² indica la competencia que el presidente tiene para conocer de determinados asuntos como juez de los référé (actuando como tribunal unipersonal): "En todos los casos de urgencia, el presidente del tribunal de gran instancia puede ordenar en référé todas las medidas que no se opongan a ninguna contradicción seria o que justifique la existencia de un diferendo."¹³

Por lo anteriormente expuesto podemos darnos cuenta que en esencia el référé es prácticamente igual a la medida cautelar innovativa. El actuar rápido, y por ende eficaz del tribunal, nos demuestra lo anterior. La única diferencia radica en la época en que comienza a ser utilizado en Francia: 1806; ¿A cuantos años estamos de Europa ?.

Los autores han explicado que hay dos clases de référés: primero, se comprenden en esta denominación todas aquellas medidas de carácter preparatorio de un juicio y las de índole cautelar, que pueden englobarse en la expresión genérica de "medidas conservativas". Son

¹².- El tribunal de gran instancia -colegiado- es el más importante de los tribunales de primera instancia. Conoce de todos los negocios que no están expresamente atribuidos por la ley a un tribunal especial. Se le denomina por eso "tribunal de derecho común", pues precisamente tiene una competencia general en materia de derecho privado, salvo respecto de aquellos asuntos que son de competencia de tribunales de excepción.

¹³.- Art. 808. Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner ou que justifie d'un différend.

aquellas que nuestro Código de Procedimiento Civil trata en los títulos IV y V del libro segundo y que llama "prejudiciales" y "precautorias". La norma del derecho francés tiene gran amplitud, pues permite disponer medidas prejudiciales o precautorias con mucha extensión, sin que estén limitadas por una reglamentación minuciosa como en el ordenamiento nuestro (si bien las disposiciones de nuestro Código no son taxativas).

El segundo concepto que envuelve la voz référé dice relación con un procedimiento de urgencia y de carácter provisional que resuelve un conflicto. Ya no se trata de simples medidas conservativas, sino de declarar el derecho sobre una pretensión concreta, siempre que ese derecho aparezca con gran verosimilitud.

El artículo 808 separa esas dos ideas cuando dice "en todos los casos de urgencia el presidente del tribunal de gran instancia puede ordenar en référé todas las medidas que no se opongan a ninguna contradicción seria" muestra ese aspecto del référé que consiste en la solución de conflicto en forma urgente y provisional y la última parte de esa norma, que agrega la frase "o que justifica la existencia de un diferendo", alude a las medidas conservativas -prejudiciales o precautorias- que es posible ordenar en el curso de la instrucción de una causa o como una preparación de ella.

Los rasgos distintivos del référé son que es un

procedimiento de urgencia -así lo expresa el artículo 808- y la sentencia que en él se dicta no produce cosa juzgada material. El artículo 488 reza:

"La ordenanza de référé no tiene en lo principal autoridad de cosa juzgada".

"No puede ser modificada o revocada en référé, sino en caso de circunstancias nuevas".

Si bien no hay cosa juzgada material, ya que lo resuelto en la ordenanza no afecta a lo que se resuelva por el juez del fondo en el juicio que se incoe, existe cosa juzgada formal en el sentido de que no puede presentarse una nueva demanda de référé igual a la anterior; sólo si hay circunstancias nuevas ella puede ser planteada.

Mas hay que observar que, a pesar de que el référé no produce cosa juzgada material, en el hecho puede producir efectos permanentes si nadie opone otra acción de fondo para dirimir el conflicto.

La circunstancia de la que ordenanza référé sea de carácter provisional no implica que el presidente prescinda de hacerse cargo de los antecedentes que ante él se invoquen sobre el fondo del asunto.

Por reformas introducidas en los años 1971 y 1973 se agregó al nuevo Código de Procedimiento Civil una disposición que hoy es el artículo 809:

"El presidente puede siempre, incluso en presencia de una oposición seria prescribir en référé las medidas conservativas o de restablecimiento que se impongan, sea para prevenir un daño inminente, sea para hacer cesar un trastorno manifiestamente ilícito".

"En los casos que la existencia de la obligación no es seriamente objetable, puede acordar una provisión al acreedor u ordenar la ejecución de la obligación, incluso si se trata de una obligación de hacer"¹⁴.

En este nuevo precepto, de enorme trascendencia, se amplían considerablemente las facultades del juez de los référés. Allí se contemplan dos situaciones:

- a) la prevención de un daño inminente, lo que hace aplicables medidas conservativas;
- b) un trastorno manifiestamente ilícito que pone en actividad la facultad del juez de los référés para dirimir conflictos en forma urgente y provisional. Se le ha denominado con cierta impropiedad "référé en el fondo", más se trata de medidas provisionales que dicta este tribunal especial y que no afecta la facultad de los jueces del fondo para conocer con autoridad plena de cosa

¹⁴- Art. 809. Le président peut toujours (Décr. n° 87-434 du 17 juin 1987) "même en présence d'une contestation sérieuse", prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier (Décr. n° 85-1330 du 17 juin 1985) "ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire". Modification entrée en vigueur le 1er janvier 1986.

juzgada.

El inciso 2do. crea una materia muy interesante, que es el "référé - provision", así como la ejecución provisional de la obligación, lo que se examinará más adelante.

El artículo 809 se presenta como un texto nuevo que absorbe la disposición 808. En éste se exigía la ausencia de una contestation sérieuse, o sea, que haya un derecho con graves fundamentos. Esta noción se reemplaza por trouble manifestement illicite, que tiene mayor amplitud, pues por tal idea debe entenderse toda violación de un derecho que sea manifiesto, esto es, inminente, que se muestre. En la jurisprudencia que se cita más adelante se ve que el juez de los référés aplicó siempre el precepto del artículo 809, y en un caso - sentencia de 14 de Noviembre de 1980 (con motivo de la publicación de la fotografía de un médico en Selección del Reader's Digest)- se citan ese artículo y 808. Esto corrobora la idea de que el artículo 809 vino a reemplazar o absorber la norma precedente, ya que los jueces de los référés se apoyan en ella casi exclusivamente.

Los rasgos característicos del référé siguen siendo la urgencia y la naturaleza provisional del fallo que en él se dicte. Ciertamente es que el artículo 809 no alude a la urgencia, como lo hace el 808, pero ambos artículos se engranan, forman un solo todo. La

Jurisprudencia ha dicho repetidamente que no se requiere prueba de la urgencia cuando se aplica el 809. Mas ella va implícita, pues si hay un trastorno manifiestamente ilícito, es obvio que hay urgencia en ponerle término.

Acerca de la substanciación del juicio de référé, la ley dispone que la demanda es llevada por vía de citación a una audiencia celebrada a este efecto en el día y hora habituales de los référés.

Si, no obstante, el caso requiere celeridad, el juez de los référés puede permitir que se cite a una hora fija, incluso en días feriados o de descanso, sea en la casa en que funciona el tribunal, sea en su domicilio, puertas abiertas (art. 485).

Debe asegurar que transcurra un tiempo suficiente entre la citación y la audiencia para que la parte citada pueda preparar su defensa (art. 486).

El juez de los référés tiene la facultad de reenviar el juicio en estado de référé ante la formación colegiada de la jurisdicción a una audiencia cuya fecha él fija (art. 487).

La ordenanza de référé es ejecutoria a título provisional. Sin embargo, el juez puede subordinar la ejecución provisional a la constitución de una garantía en las condiciones previstas en los artículos 517 a 522.

En caso de necesidad, puede ordenar que la ejecución tenga lugar en el acto (au seul vu de la minute) (art. 489).

La ordenanza de référé puede ser apelada, a menos que emane del primer presidente de la Corte de Apelación o que haya sido dada en última instancia en razón del monto o del objeto de la demanda. La ordenanza dada en última instancia en rebeldía es susceptible de reposición. El plazo de apelación o de reposición es de quince días (art. 490).

El juez que estatuye el référé puede pronunciar condenas a astreintes y puede liquidarlas a título provisional. El resuelve sobre las costas (art. 491).

Todo lo anterior nos demuestra inequívocamente lo extraordinariamente útil que sería en Chile un tribunal con esas facultades tendientes a modificar las circunstancias de hecho (existentes al momento en que se hace la petición al tribunal) antes que el tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto, con autoridad de cosa juzgada, momento que en numerosas veces es demasiado tarde.

A continuación señalare varios fallos como paradigmas que muestran aspectos del référé, de tanta difusión por su sencillez en el procedimiento, con

economía de gastos y que en forma rápida y eficaz resuelve conflictos, para lo cual se dispone de instrumentos valiosos, como son la provisión y los astreintes.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1.- El magazine mensual PHOTO publicó, incluyendo un cuaderno especial, un conjunto de fotografías que representaban el cadáver mutilado de una estudiante holandesa asesinada por un estudiante japonés en 1981. Este conjunto de fotografías, presentado como un documento para la historia de la foto, se estimó como altamente lesivo, pues presentaba un hecho muy doloroso que hería en lo más profundo los sentimientos de los padres y hermanos de la joven. Estos solicitaron ante el juez de los référé el retiro de dicho magazine de todos los lugares de venta además de otras medidas.

El juez de los référé acogió su demanda diciendo:

"Atendido que el artículo 809 del nuevo Código de Procedimiento Civil da al juez de los référé el poder de tomar las medidas conservativas o de restitución que se imponen, especialmente para hacer cesar un trastorno manifiestamente ilícito;

"Atendiendo que la existencia del trastorno invocado por los demandantes es constante y, por otra parte, reconocido sin reticencia por la sociedad demandada; que los demandantes -que han sufrido desde hace largos meses un choque efectivo, particularmente

profundo, que se debe a las condiciones insoportables en que el crimen ha sido cometido por L... S...- se encuentran agredidos y lesionados en su sensibilidad y en su necesidad profunda de olvido por el recuerdo de un "hecho diverso", cuyo horror es evidente y no está contradicho; que la publicación de fotografías que representan el cuerpo horrorosamente mutilado de un ser querido constituye para los parientes cercanos de la familia un choque y un traumatismo tanto más injustificados que éstos nunca han aceptado ninguna manifestación publicitaria y solamente han entendido seguir, con decencia y discreción, el curso del procedimiento criminal que se instruye contra L... S...;

"Atendido, por otra parte, que el trastorno establecido y reconocido es manifiestamente ilícito; que en efecto la publicación incriminada bien parece constituir una violación del secreto de la instrucción, puesto que se admite que el procedimiento criminal aludido está aún pendiente; que, además, esta misma publicación de las fotografías se hace en una fecha en que el tiempo todavía no ha atenuado, para los demandantes, el horror del suceso ocurrido, no aparece justificada por una preocupación real y seria de apaciguar la pretendida "sed de información" de los lectores del magazine, no puede ser entendida por el juez sino como un atentado equívoco e intolerable a los sentimientos y a los efectos de quiénes, estando vivos y doloridos, merecen respeto y consideración;

"Atendiendo que ha lugar entonces a tomar las medidas que se dirán para asegurar la cesación de trastorno ilícito sufrido por los demandantes; que el juez de los référés debe asegurar y verificar la efectividad de las medidas que prescribe, conviene obligar a las partes de la instancia a que comparezcan a una próxima audiencia.

"Por estos motivos... comprobamos la existencia del trastorno manifiestamente ilícito invocado por los demandantes; acogemos de declaración de S.A.R.L., Unión de Ediciones Modernas, de que toma el compromiso de hacer arrancar el cuaderno especial cerrado de los ejemplares del magazine Photo, que estén todavía en depósito y dar toda instrucción útil para asegurar que esto se haga también por los depositarios; comprobamos que el tiraje del magazine Photo es de 243.000 ejemplares; imponemos a S.A.R.L., Unión de Ediciones Modernas, la obligación de retornar a sus locales esos 243.000 ejemplares so pena de una astreinte conminatoria de 10 francos por ejemplar; decimos que en la operación de liquidación de esta astreinte se tendrán en consideración los esfuerzos y diligencias cumplidos por S.A.R.L., Unión de Ediciones Modernas, para impedir, a contar desde el 30 de noviembre de 1983, a las 12 horas, que se continúe la venta pública del magazine Photo; decimos que la prueba de estos esfuerzos y diligencias incumbirá a esta misma sociedad; esta prueba nos será eventualmente aportada en nuestra audiencia del martes 13 de diciembre de 1983, a las 9 horas, audiencia para la cual las partes quedan

citadas;... condenamos, por provisión, a la Soc. Unión de Ediciones Modernas a pagar a los demandantes... la suma de 50.000 francos, imputada sobre el monto del perjuicio sufrido y para asegurar, desde luego, la ejecución de la presente ordenanza; condenamos a la Soc. Unión de Ediciones Modernas a pagar a los demandantes la suma de 5.000 francos por aplicación del artículo 700 del nuevo Código de Procedimiento Civil; y la condenamos a las costas".

Con posterioridad, el presidente del tribunal dictó la siguiente ordenanza:

"Nos, presidente: Vista nuestra ordenanza de 30 de noviembre de 1983, en la cual se impuso la obligación a S.A.R.L., Unión de Ediciones Modernas, de retornar a sus locales el conjunto de los 243.000 ejemplares de 195 (diciembre de 1983) del magazine Photo, bajo pena de una astreinte conminatoria de 10 francos por ejemplar, habiéndose citado a las partes a nuestra audiencia para que rinda cuenta por la Sociedad de sus "esfuerzos y diligencia" para cumplir sus obligaciones. Visto el sumario instruido por M^e Dymant, huissier de justice, para la ejecución de nuestra ordenanza de 30 de noviembre de 1983, que prosiga su misión de investigación y de secuestro, debiendo las partes comparecer en una próxima audiencia para que se rinda una nueva cuenta de las diligencias realizadas y de los resultados definitivos sobre el retorno de los ejemplares incriminados;

Atendiendo, por otra parte, que para esa misma audiencia quedan las partes invitadas a presentar los

elementos de prueba que estén en su poder, para justificar ya sea la realidad en cifras y la exacta importancia del perjuicio sufrido, ya sea la imposibilidad real de atenuar el alcance y la gravedad de ello; que este cambio de elementos de prueba debe conducir, a falta de una conciliación de las partes (art. 21 n. C. Pr. Civ.) a la fijación, a título provisional, de una indemnización compensatoria del perjuicio desde luego sufrido, y esto por vía de la liquidación de la astreinte conminatoria precedentemente impuesta a la Soc. Unión de Ediciones Modernas;

"Por estos motivos, comprobamos que hasta ahora 43.600 ejemplares del magazine Photo se encuentran depositados y bajo secuestro en los locales de la Sociedad distribuidora; prorrogamos la misión confiada a M^e Dymant, huissier de justice en París por nuestra ordenanza de 30 de noviembre de 1983; decimos que M^e Dymant y las partes comparecerán, sin nueva citación, a nuestra audiencia del martes 17 de enero de 1984, a las 9 horas, para que se decida sobre los resultados definitivos del retorno de los ejemplares de Photo y sobre la liquidación de la astreinte conminatoria por nuestra ordenanza de 30 de noviembre de 1983; decimos que, a falta de acuerdo entre las partes, nosotros decidiremos a título provisional sobre el monto de la indemnización compensatoria del perjuicio desde luego sufrido por los demandantes..."¹⁵.

¹⁵.-Tribunal de gran instancia de París, 30 noviembre y 13 diciembre 1983, Recueil Dalloz Sirey, 1984, J, p. 111.

2.- En la revista Selección del Reader's Digest apareció la fotografía de un médico mostrándolo en el ejercicio de su profesión, en circunstancias que no se obtuvo su consentimiento para hacer la publicación. El pidió al juez de los référés la debida protección. El tribunal dispuso lo conveniente diciendo:

"Atendiendo que el nº 405 de la revista (nov.1980), Selección del Reader's Digest, lleva en su cubierta la fotografía del profesor Antoine Chapman, en la cual lo presenta de pie, en la cabecera de una enferma que está en el lecho; que esta fotografía se quiere exhibirla como una "introducción a una encuesta sobre el tratamiento de los enfermos en el hospital y sobre los derechos que éstos pueden hacer valer";

"Atendiendo que si la fotografía incriminada no se relaciona más que con la vida del profesor Antoine Chapman, ocurre que éste, que ejerce una profesión liberal sometida a reglas deontológicas precisas y a una ética profesional ajena a toda publicidad, tiene derecho a que se garantice por quienquiera que sea la imagen que él quiere dar de sí mismo, tanto frente a sus pacientes como frente a sus colegas; que la publicación de su fotografía, sin su consentimiento y sobre la cubierta de una revista no profesional, de gran difusión pública, en los momentos en que ejerce su arte, constituye un trastorno manifiestamente ilícito cuya cesación será asegurada en la forma que se

dirá a continuación.

"Por estos motivos, vistos los artículos 808 y 809 del nuevo Código de Procedimiento Civil, decimos que en el número que aparecerá de Selección del Reader's Digest (nº 406, de diciembre de 1980, o, a más tardar, nº 407, de enero de 1981) y sobre los ejemplares de esta revista puestos en kioscos para la venta pública, deberá insertarse en la página 2 de la cubierta el siguiente texto: "Publicación judicial: El profesor Antoine Chapman desea indicar a los lectores de Selección del Reader's Digest que nunca ha dado su consentimiento para la publicación de su fotografía tal como aparece en la cubierta del número 406 de esta revista, de noviembre de 1980. La presente publicación se hace en cumplimiento de una ordenanza de référé, de 14 de noviembre de 1980, del presidente del tribunal de gran instancia de París; decimos que el cuadro indicado deberá tener como dimensiones mínimas 5 cm por 9 cm y que los caracteres utilizados deberán ser los del sumario del número del mes".¹

3º En el curso de una sesión de entrenamiento un jugador de tenis sufrió una grave herida en un ojo debido al golpe que le produjo una pelota lanzada por otro jugador. Como esta lesión trajo consecuencias graves,

¹.- Tribunal de gran instancia de París, 14 noviembre 1980, Recueil Dalloz Sirey, 1981, J, p. 163.

presentó una acción de référé contra su compañero, el club y el seguro federal. El tribunal condenó in solidum al asegurador y al club a pagar a la víctima una provisión. El extracto de esta información, que proporciona el Recueil Dalloz, dice así:

"La urgencia no es exigida por el artículo 809 del nuevo Código de Procedimiento Civil, y un jugador de tenis, que ha recibido un golpe en un ojo, que lo ha lesionado seriamente, puede obtener, por vía de référé, una indemnización provisional desde el instante que la obligación de reparar del demandado no está seriamente controvertida;

"El compañero que ha enviado la pelota no queda sujeto a una obligación si ninguna falta ha sido alegada en contra suya, ya que su responsabilidad no puede ser buscada sino sobre la base del artículo 1384, inciso 1º, del Código Civil, y cada jugador ejerce sobre la pelota los mismos poderes de dirección y de control. El club al cual pertenecían los dos jugadores y en cuya cancha éstos se entrenaban no queda sometido sino a une obligation de moyens, y la víctima no ha alegado en ningún momento que hubiera faltado (a esta obligación);

"Pero queda establecido que la compañía de seguros garantiza las consecuencias dañosas de la práctica del

tenis por los miembros de dicho club, el cual está afiliado a la Federación Francesa de Tenis, que ha suscrito un contrato con la compañía; ésta, informada en tiempo útil, acusó recibo de la declaración y registró el accidente sin emitir reservas, por lo que no controvierte seriamente el principio de su garantía;

"Es en buen derecho que el juez de los référé se ha declarado competente y ha condenado in solidum al asegurador y al club a entregar a la víctima una provisión cuyo monto debe elevarse a 50.000 francos".²

Pese a que se dijo que el club estaba obligado solamente a un deber de seguridad, obligación que era de medios y no de resultados, se estimó procedente a su respecto aplicar la norma del artículo 809, inicio 2º.

Para fijar el monto de la provisión seguramente que la Corte de Angers tomó en consideración el informe médico y los antecedentes contables aportados.

A continuación veremos el aspecto en que más se asemeja el référé a la medida cautelar innovativa, esto es "EL REFERE-PROVISION":

².- Corte de Angers, 3ª sala civ., 18 marzo 1982, Recueil Dalloz Sirey 1983, I R, p. 258.

Para la concepción tradicional del derecho no es posible que, estando pendiente un litigio entre partes, pueda anticiparse el resultado probable y darse por adelantado a la actora una provisión de fondos sobre una eventual condena. Es necesario que exista una sentencia firme o que cause ejecutoria para que pueda procederse a su cumplimiento.

Pero en muchas situaciones no se puede esperar pacientemente que haya una sentencia ejecutoriada para recibir la protección debida del órgano jurisdiccional. Los procedimientos en uso, lentos y costosos, con muchos incidentes y recursos procesales, hacen que frecuentemente la justicia que al fin se da después de años de espera se torne inoperante.

En el derecho europeo ha habido cambios importantísimos que revolucionan los conceptos tradicionales en busca de una justicia rápida y eficaz.

En 1974 se presentó ante el juez de los référé del tribunal de gran instancia de París una mujer de edad avanzada que había sido atropellada por un motociclista en 1968. Ella expuso que había quedado con una incapacidad parcial permanente de 67% y no había recibido ninguna indemnización de la compañía de seguros; existía un proceso para el cobro de esa reparación, el cual se tramitaba con

gran lentitud ante el tribunal competente.

En una sentencia trascendental, el presidente M. Tarabeux acogió su petición y le concedió una provisión de 70.000 francos. En ese fallo dijo:

"Atendido que la señora Odette Leclercq, esposa de Kentyl Yank, ha hecho citar a José Honorio Serra y a la Cia. de Seguros La Unión para obtener, a título de provisión, 70.000 francos sobre la indemnización que ella debe recibir como reparación del accidente de que fue víctima el 28 de diciembre de 1968 al ser atropellada por la motocicleta pilotada por José Serra;

"Atendiendo que ella expone que ha demandado ante el tribunal de gran instancia por el fundamento del art. 1384, inc. 1º, del Código Civil, que el juez del fondo ha ordenado un peritaje técnico confiado al señor Schwob, quien concluye que no hay testimonios precisos sobre las circunstancias del accidente, y un peritaje médico al Sr. Hélie, quien fija su I.T.T. con una duración desde el 24 de diciembre de 1968 hasta el 28 de marzo de 1971, su I.T.P. en 67%, su pretium doloris se califica de importante, y el perjuicio estético, de mediano;

"Atendiendo que ella ha hecho valer su situación pecuniaria difícil, que no es asegurada social y carece de

fortuna personal, que ha debido acudir a la ayuda social y a la caridad de sus amigos para hacer frente a los gastos ocasionados por el accidente; que, aunque la responsabilidad de José Honorio Serra no sea seriamente objetable, no ha podido obtener la menor provisión de su asegurador, la Cía. La Unión;

"Atendiendo que la Cía de Seguros La Unión pretende discutir la responsabilidad de su asegurado ante el juez del fondo y se opone a la reclamación de la señora Kentyl Yank;

"Atendiendo el fundamento jurídico de la acción, basado en el art. 1384 del Código Civil y que el principio del crédito no es seriamente objetable;

"atendidos los compromisos económicos de la señora Kentyl Yank por los gastos que ha soportado y los que todavía debe hacer, en particular con motivo de una nueva operación, conviene acordarle, a título provisional, la suma de 70.000 francos.

"Por estos motivos, concedemos a título de provisión a la señora Kentyl Yank, nacida Odette Leclercq, la suma de 70.000 francos, que deberán entregarle Honorio Serra y la Cía de Seguros La Unión, ésta dentro de los límites de sus obligaciones contractuales, lo que será ejecutorio por

provisión a pesar de que intervenga apelación... y se les condena a las costas".³

Esta resolución se dictó cuando ya regía un decreto de 17 de diciembre de 1973, que dispuso: "en los casos que la existencia de la obligación no sea seriamente objetable, él (el presidente resolviendo en référé) puede acordar una provisión al acreedor". Posteriormente esta norma fue incorporada al artículo 809 del nuevo Código de Procedimiento Civil, como inciso 2º.

Como dice el profesor Roger Perrot, nos encontramos en este caso frente a la solución más audaz, la que en todo caso rompe categóricamente con la jurisprudencia anterior, que siempre había rehusado al juez de los référés el poder de acordar una provisión a cuenta de una eventual condena. El argumento invocado era que no pertenecía a la jurisdicción de los référés anticipar sobre la decisión definitiva otorgando por adelantado ese beneficio.⁴

Este fallo, como se advierte, hizo una valoración libre pero razonada de la ausencia de una oposición seria, lo que le corresponde apreciar soberanamente al juez de los référés, pues se trata de una cuestión de hecho. Si bien

³.- Tribunal de gran instancia de París, 8 marzo 1974, Gazette du Palais, p. 337.

⁴.- Roger Perrot, La compétence du juge des référés, Gazette du Palais, 1974, 2, Doctr., p. 895.

la compañía de seguros se defendió pretendiendo liberarse de responsabilidad, se consideró que, dada su calidad de aseguradora y atendidos los antecedentes, no era suficientemente grave su oposición, o sea, que no existió una contestation sérieuse.

Esta sentencia abrió el camino a la aplicación de la norma contenida en el inciso 2º del artículo 809: "En los casos que la existencia de la obligación no es seriamente objetable puede acordar una provisión al acreedor u ordenar la ejecución de la obligación, incluso si se trata de una obligación de hacer". Hoy el référé-provision es acogido con frecuencia, como lo revelan las sentencias y lo estudian los autores en muchas obras y artículos publicados.

En cuanto a la cantidad que puede darse por concepto de provisión, se ha resuelto que no tiene más límite que el monto no seriamente controvertible de la deuda alegada.⁵

Como dice claramente la ley citada, puede ordenarse provisionalmente el cumplimiento de una obligación en el supuesto señalado.

Un ejemplo de esto es el siguiente caso, que cita

⁵.- Com. 20 enero 1981, Bull civ., IV, p. 30, Gaz. du Palais, 1981, I, p. 332.

el Recueil Dalloz Sirey en forma breve:

"Si aparece de un acta sumarial que un accidente ha tenido por origen la falta de atención o la imprudencia cometida por un conductor de camión quien -habiéndolo omitido, como él mismo lo confiesa, mirar en su retrovisor exterior izquierdo-, al retroceder, provocó el fallecimiento de un peatón que resultó con la cabeza destrozada por la rueda delantera izquierda del camión. En presencia de tal negligencia del obligado, el representante de éste no podría escapar a la obligación de reparar el daño, por aplicación del artículo 1384, inciso 5º, del Código Civil, y ha lugar a conceder una indemnización provisional por perjuicio moral de 10.000 francos a cada uno de los padres".

No sólo el juez de los référés puede conceder una provisión, pues también el juez de la mise en état -que es el magistrado del tribunal de gran instancia a quien se designa para que instruya la causa y vele por el desarrollo normal del procedimiento- puede decretar, entre otras medidas, una provisión para el proceso y acordar una provisión al acreedor cuando la existencia de la obligación no es seriamente controvertible. Así lo dispone el artículo 771 del nuevo Código de Procedimiento Civil.

Es interesante la evolución que ha tenido el référé.

El artículo 809 del Código de Procedimiento Civil francés distingue entre lo que es un trastorno manifiestamente ilícito, que se subsana mediante una resolución que no resuelve sobre problemas de fondo, y el desconocimiento de un derecho indudable o no seriamente controvertible, que da motivo a una sentencia que sí fija derechos, sin perjuicio del carácter provisional de ella.

Esta idea da una proyección importante a la medida cautelar innovativa en estudio, si algún día fuera acogida en la legislación positiva chilena.

II. EL "REFERE" EN LA LEGISLACION BELGA

En los últimos años, el référé ha tomado en Bélgica un desarrollo considerable. La institución funciona y no cesa de progresar en lo contencioso civil, comercial y social. La razón de este avance se encuentra ciertamente en el crecimiento, la diversificación y el cambio de naturaleza de lo contencioso. Se explica sobre todo por el recargo de trabajo de los tribunales ordinarios que coloca a menudo al justiciable en la situación de tener que sufrir, a veces de modo inadmisiblemente, la lentitud de la justicia.⁹

El Código Judicial belga establece la facultad de los presidentes de los tribunales para resolver determinados conflictos siguiendo el procedimiento de référé. El artículo 584 establece:

"El presidente del tribunal del trabajo y el presidente del tribunal de comercio pueden estatuir provisoriamente en los casos en que reconocen la urgencia, en las materias que son respectivamente de la competencia de esos tribunales.

⁹.- G. de Leval y J. van Compernelle, L'évolution du référé: mutation ou renouveau? Journal des Tribunaux, Bruxelles, n° 5349, 5 oct. 1985, p. 517.

"El presidente conoce por vía de référé o, en caso absoluta necesidad, por requête".

"Puede especialmente:

"1º designar secuestres;

"2º prescribir, para toda finalidad, inspecciones (por un ministro de fe) o peritajes comprendiendo incluso la estimación del daño y la averiguación de sus causas;

"3º ordenar todas las medidas necesarias para la salvaguarda de los derechos de quiénes no pueden proveer a ello, comprendida la venta de los muebles abandonados;

"4º ordenar el interrogatorio de uno o varios testigos cuando una parte justifique un interés aparente, incluso frente a una reclamación futura, si consta que cualquier retardo en oír a esos testigos hace temer que el testimonio no pueda ser recibido ulteriormente".

Este texto subordina el ejercicio de las competencias presidenciales a las dos exigencias que generalmente rigen: la urgencia y el carácter provisional de fallo. (Iguales exigencias se aplican a la medida cautelar innovativa).

Como se dijo al estudiar la ley francesa el référé corresponde al procedimiento llamado *avant dire droit*, a lo cual se refiere el artículo 19:

"La sentencia es definitiva en la medida que agota

la jurisdicción del juez sobre una cuestión litigiosa, salvo los recursos previstos por la ley.

"El juez puede, antes de declarar el derecho (*avant dire droit*), ordenar una medida previa destinada a instruir la demanda o a reglar provisionalmente la situación de las partes".

En este inciso segundo está contenida la distinción entre las medidas conservativas (*preparatorias y cautelares*) que el juez de los *référé*s puede tomar para remediar una situación de espera que salvaguarde los intereses en conflicto, y, por otra parte, las medidas que aseguran a título profesional el respeto de los derechos no seriamente impugnables, estos es, ciertos y no dudosos.

Una total autonomía caracteriza este segundo aspecto del *référé*. El presidente puede intervenir aunque haya otro proceso pendiente e incluso si se trata de una convención arbitral que escapa a la competencia normal de los tribunales ordinarios. Como ha dicho la corte de Casación belga, "la instancia en *référé* y la instancia en lo principal son dos instancias separadas, que se mueven en planos diferentes y ante jurisdicciones distintas".⁷

⁷.- Cas. 6 feb. 1930, *Pas.*, 1930 I, 87.

III. DERECHO ITALIANO UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE URGENCIA.

El Código de Procedimiento Civil italiano trata en la sección IV del capítulo III del título I del libro cuarto de la providencias de urgencia, Dei provvedimenti d'urgenza, artículos 700, 701 y 702. Estas normas están insertas en ese capítulo III, que versa sobre los procedimientos cautelares.

Fijando el carácter de esos procedimientos, el artículo 700 dice. "Fuera de los casos regulados de las secciones precedentes de este capítulo, quien tenga motivo fundado para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria éste se halle amenazado por un perjuicio inminente e irreparable puede solicitar por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo".

Es competente para pronunciarse sobre la demanda el pretor del lugar en que se teme que esté por verificarse el hecho dañoso, o bien el juez instructor cuando haya causa pendiente sobre el fondo. (art. 701).

Y el procedimiento que se sigue ante el pretor es el que señalan las normas de los artículos 689 y siguientes, en cuanto sean aplicables, que son los procedimientos sobre denuncias de obra nueva y de obra ruinoso (art. 702).

El profesor Redenti opina que "el empleo de estas providencias atípicas, de introducción reciente, es todavía escaso y esporádico, lo que viene a demostrar cómo, en la mayoría de los casos, bastarían para las reales necesidades de la práctica las providencias típicas tradicionales".⁹

Acerca si es un procedimiento cautelar, la doctrina se muestra incierta y tiende a darle ese carácter, lo que no parece del todo exacto, afirma el profesor Satta. El mismo autor agrega que en la práctica se ha recurrido a este procedimiento en casos muy variados: para asegurar la posesión o tenencia de un inmueble, la asignación provisional al alimentario cuando se demuestre un estado de necesidad que haga inminente e irreparable un peligro para su salud, la inhibición de ciertas actividades industriales de las que pueda derivar inminente e irreparable daño al predio del vecino, como también se han hecho aplicaciones interesantes en materia de servidumbres, sociedad, condominio, arrendamiento, derecho al nombre y a la imagen

⁹.- Redenti, Derecho procesal civil, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, 1957, t. II, p. 284.

y en cuestiones sobre competencia ilícita.⁹

IV. EL AMPARO EN ARGENTINA

Como enseña el profesor Lazzarini, en la Constitución Nacional argentina no hay una forma expresa sobre Habeas Corpus (si bien una reforma de 1949 había agregado en el artículo 29 in fine, una disposición contemplándolo, pero esta norma tuvo corta vigencia, pues fue dejada sin efecto en 1955).¹⁰ Mas se estima que la protección de la libertad física o corporal en caso de detención ilegal o arbitraria está contemplada tácitamente en esa Carta al decir el artículo 18 que ningún habitante de la Nación puede ser arrestado sino en virtud de orden de autoridad competente, y al agregar el artículo 33: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumeran la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Pero el habeas corpus está sancionado expresamente en las constituciones provinciales y en algunas leyes, como la n° 23098, del 1984, que tiene vigencia en todo el

⁹.- Satta, *Diritto processuale civile*, Padova, 1957, p. 589.

¹⁰.- José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 2ª ed., 1987, p. 66.

territorio de la Nación.

Respecto de los demás derechos que garantizan las normas constitucionales se intentó buscar su protección utilizando la misma vía procesal del recurso de amparo o habeas corpus, a falta de una disposición expresa sobre la materia.

Pero los tribunales rechazaban esa pretensión diciendo que las acciones o los recursos llamados a ser efectiva la garantía de tales derechos sólo pueden ejercitarse del modo que señala la ley.

En 1957 se produjo un importante cambio en la jurisprudencia. El director y administrador del diario Mercedes de la ciudad del mismo nombre de la provincia de Buenos Aires, Angel Siri, se presentó ante el juez de primera instancia en lo penal, pidiendo amparo, pues su diario había sido clausurado por la autoridad, lo que vulneraba la libertad de imprenta y de trabajo garantidos tanto en la Constitución Nacional como en la Constitución Provincial. El juez rechazó el recurso por estimar que se trataba de habeas corpus, que sólo protege la libertad física de las personas. Posteriormente este fallo fue confirmado. Mas se recurrió ante el más alto tribunal, el cual en una sentencia trascendental -de 27 diciembre de 1957- acogió el recursos de amparo. Tuvo en consideración

un nuevo informe de la policía en que se estableció que la clausura del diario se mantenía, sin poder precisarse la autoridad que la dispuso ni los motivos determinantes de la medida.

Esta sentencia expresó en alguno de sus fundamentos: "en sus diversos escritos el compareciente no ha dicho que interponía un recurso de habeas corpus -como lo hace notar en el escrito de f. 40- por lo que es erróneo el único fundamento en la sentencia denegatoria de f. 33, confirmada con el mismo fundamento por la Cámara de Apelación (f. 43), que da origen a este recurso. El escrito de f. 1 sólo ha invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los artículos 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional, la que, en las condiciones acreditadas en la causa, se haya evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción. Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias".¹¹

¹¹.- Lazzarini, op. cit., p. 29.

Uno de los miembros del tribunal votó en contra de esta decisión.

Poco después hubo motivo para reiterar esa doctrina al conocer los tribunales del recurso de amparo que interpuso un industrial, Samuel Kot, cuyo obreros estaban en huelga y ocuparon su fábrica por la fuerza. Habiéndose rechazado, primeramente, esta acción, el juicio llegó ante la Corte Suprema, la cual acogió el recurso -por sentencia de 5 de octubre de 1958- y ordenó la restitución de la fábrica a sus dueños. El fallo dejó en claro que lo que se intentara en el caso Kot no fue un recurso de habeas corpus, que protege la libertad corporal, sino un remedio de amparo a otros derechos constitucionales: libertad de trabajo, de propiedad, de libre actividad.

Señaló enseguida: "Siempre que aparezca... de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo", precisando que los jueces deben extremar la ponderación y prudencia a fin de no decidir por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional

cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios...".

Hizo constar que de las circunstancias de la causa y, en particular, de las declaraciones expresas de los obreros que ocupan la fábrica surge de modo manifiesto e indudable la ilegitimidad de esa ocupación.

Agregó que no es juicioso pretender que el afectado reclame la devolución de su propiedad por los procedimientos ordinarios, pues "si cada vez que, a raíz de un conflicto, muchas personas ocupan materialmente una fábrica, un instituto privado de enseñanza, o cualquier otro establecimiento, los propietarios no tuvieran más recurso, para defender sus derechos constitucionales que deducir un interdicto posesorio o de despojo, con múltiples citaciones a estar a derecho para todos y cada uno de los ocupantes, con la facultad de éstos de designar sus propios abogados, de contestar traslados y vistas, de ofrecer y producir pruebas, etc., cualquiera comprende a que quedaría reducida la protección de los derechos que habrían concedido las leyes y de qué modo había quedado subvertido el orden jurídico del país. En situaciones como las mencionadas, que es también la de estos autos, la protección judicial de los derechos constitucionales no tolera ni consiente semejantes dilaciones".

Dos miembros del tribunal emitieron votos disidentes por considerar que las garantías constitucionales sólo pueden invocarse como defensa frente a las autoridades o funcionarios públicos y no por actos de los particulares.¹²

En el caso Siri, los actos reclamados emanaron de funcionario público y en el caso Kot, de particulares.

Esa corriente de pensamiento tuvo también un desarrollo paralelo o anterior en la obra legislativa. Al par que los jueces comprendían que el derecho debe ser protegido en forma rápida y eficaz, el legislador se esforzó por fijar normas que dieran una aplicación uniforme a las nuevas ideas.

La Constitución Provincial de Santa Fe, de 1921, estableció un recurso en su artículo 17, para proteger los derechos garantidos por esa Carta y que fuesen amagados por actos arbitrarios de funcionarios o corporaciones de carácter administrativo.¹³

La Constitución Provincial de Entre Ríos, de 1933,

¹².— Lazzarini, op. cit., p. 30.

¹³.— Constitución de Santa Fe.

Art. 17. Cuando un funcionario o corporación de carácter administrativo impide el ejercicio de un derecho de los expresamente declarados en la Constitución Nacional o Provincial, el lesionado en su derecho tendrá acción para demandar judicialmente por procedimiento sumario la inmediato cesación de los actos inconstitucionales.

creó también un recurso -en sus artículos 26 y 27, sin referirse a las garantías constitucionales- para asegurar el respeto de los derechos que nacen de la ley o de la ordenanza y siempre frente a actos ilegales de funcionarios o corporaciones de carácter administrativo.¹⁴

La Constitución Provincial de Santiago del Estero, de 1939, estableció en forma conjunta la defensa de la libertad personal (habeas corpus) y de los derechos garantidos por la Constitucional Nacional o la Provincial (art. 22).¹⁵

¹⁴.-Constitución de Entre Ríos.

Art. 26. Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución.

Art. 27. Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo ejecutase actos que le fuesen expresamente prohibidos por las leyes y ordenanzas, el perjudicado podrá requerir de los tribunales, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o corporación.

¹⁵.- Constitución de Santiago del Estero.

Art. 22. Toda persona detenida sin orden en forma de juez competente, por un juez incompetente o por cualquier autoridad, o a quien se le niege o perturbe en el ejercicio de alguno de los derechos individuales establecidos en la Constitución Nacional o Provincial, podrá recurrir por sí o por conducto de otro y valiéndose de cualquier medio de comunicación, ante cualquier juez o tribunal, sin distinción de fuero o instancia, para que ordene su inmediata libertad o el goce del derecho negado, según el caso. El juez o tribunal tendrá facultad de requerir toda clase de informes y hacer comparecer al detenido a su presencia y deberá resolver, en definitiva, en un término sumarísimo que fijará la ley.

Amparo contra todo acto u omisión de órganos o agentes de la Administración Pública y no cuando se trate de actos de algún particular.

No procede si el acto impugnado emana de un órgano del poder judicial, como tampoco si se trata de la restricción de la libertad individual, pues en tal caso el recurso procedente es el habeas corpus reglado en el Código de Procedimiento Penal.

Actualmente la acción de amparo contra acto de los particulares está fijada en los artículos 321, inciso 2º, y 498 del Código Procesal Civil de la Nación que dice:

"Art. 321. Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498: ...2º Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícita reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes".

"Art. 498. en los casos en que se promoviere juicio sumarísimo, presentada la demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio o como primera providencia si corresponde que la controversia se sustancie por esta clase de proceso. Si así lo decidiere, el trámite se ajustará a lo establecido para el proceso sumario, con estas modificaciones:

"1º No serán admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento ni reconvención.

"2º Todos los plazos serán de tres días, con excepción de la contestación de la demanda y del otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado del memorial, que serán de cinco días.

"3º Para la prueba que sólo pueda producirse en audiencia, ésta deberá ser señalada para dentro de los diez días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo.

"4º No procederá la presentación de alegatos.

"5º Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá en relación, en

efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiere ocasionar un perjuicio irreparable, en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo.

"6º En el supuesto del artículo 321, inciso 2º, la demanda rechazada únicamente podrá reproducirse si tuviere lugar un nuevo acto cuya reparación no pueda obtenerse por vía de ejecución de sentencia".

V.- EL "MANDADO DE SEGURANÇA" EN BRASIL.

El mandado de segurança tiene sus antecedentes en la Constitución de 1891, y en las posteriores Cartas Fundamentales que se dio la Nación brasileña en 1934, 1946, y en la actualmente vigente, que fue promulgada el 24 de enero de 1967.

El artículo 150 dispone:

"La Constitución asegura a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos concernientes a la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad, en los términos siguientes:...

"20. Se da habeas corpus siempre que alguien sufra o se halle amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción por ilegalidad o abuso de poder.

Por las transgresiones disciplinarias no cabrá habeas corpus.

"21. Concédese mandado de segurança para proteger todo derecho individual liquido y cierto no amparado por habeas corpus, cualquiera que sea la autoridad responsable de la ilegalidad o abuso de poder".

Este precepto ha separado claramente la acción de habeas corpus del mandado de segurança. Este se da para proteger los demás derechos que garantizan tanto la Carta Fundamental como las otras leyes, puesto que el artículo 150, nº 21, no ha limitado esa protección a los derechos que asegura la Constitución. Ante un acto ilegal de la autoridad puede recurrirse a este medio, cualquiera que sea la norma que asegura el derecho violado.

Debe tratarse de actos que emanan de una autoridad, ya que el mandado de segurança no procede si la violación del derecho es obra de un particular. En tal caso debe recurrirse a los procedimientos generales.

De igual modo es improcedente contra las resoluciones judiciales, las que pueden ser atacadas por los medios impugnados que señala la ley. Y lo mismo cabe decir si hay algún procedimiento especial aplicable.

Como señala el precepto, el mandato de seguridad exige como requisito que el derecho individual amagado sea "líquido y cierto", esto es, incontestable. No se aplica si se necesita un procedimiento más lato para la producción de pruebas y el establecimiento claro de los hechos. La propia materia limita el ámbito de este instrumento procesal.

Al Supremo Tribunal Federal le corresponde conocer del mandado de seguridad contra actos del Presidente de la República, de las Mesas de la Cámara o del Senado, del presidente del Supremo Tribunal Federal o del Tribunal de Cuentas de la Unión (art. 114, i).

Deben conocer los Tribunales Federales de Recursos del mandado de seguridad contra acto de un ministro de Estado, del presidente del propio tribunal o de sus subrogantes, del responsable de la dirección general de la policía federal o de un juez federal (art. 117, I, b).

Y los jueces federales son competentes para conocer en primera instancia del mencionado medio procesal si se interpone por algún acto de una autoridad federal que sea agravante, exceptuados los casos anteriormente indicados (art. 119, VIII).

La ley nº 1533, de 31 de diciembre de 1951,

reglamenta esta materia.

Una aplicación reciente del mandado de segurança es el siguiente caso que relata una información del diario "El Mercurio" de Santiago en su edición del 15 de octubre de 1989 (al decir amparo hay que entender que el cronista se refiere al mandado de segurança):

"Rio de Janeiro, 14 (UPI): Los dirigentes del Partido Verde (PV) brasileño festejaron hoy el cierre de la usina atómica Angra I, dispuesto por una jueza federal, quien acogió un recurso de amparo presentado por los ecologistas.

"La demanda había sido presentada este viernes por el diputado "verde" Carlos Minc, quien se basó en un informe técnico elaborado por los físicos Luis Pinguelli Rosa y Anselmo Páscoa.

"El ecologista y ex guerrillero Fernando Gabeira, candidato a la presidencia de Brasil por el PV, afirmó que el cierre de Angra I, la única usina nuclear en funcionamiento en Brasil, constituye 'la mayor victoria lograda hasta ahora por los ecologistas brasileños'.

"El informe de los especialistas dice que 'el funcionamiento de la usina, en las condiciones en que ésta

se encuentra actualmente, constituye una grave amenaza contra el patrimonio ambiental debido a la omisión de los responsables de Angra I.

"Ambos físicos destacaron que el funcionamiento de la usina atómica -que está instalada en el balneario de Angra do Reis, a mitad de camino entre Río de Janeiro y Sao Paulo -viola la ley de protección ambiental e incluso la propia constitución, pues ésta establece un control adecuado al uso de la energía nuclear.

"Páscoa y Pinguelli Rosa destacaron también que las personas que trabajan en la usina están expuestas a contaminación radioactiva y que, por otra parte, no existe un plan adecuado para evacuar a los vecinos del balneario ante la eventualidad de un accidente atómico.

"Al presentar el recurso de amparo de los "verdes ", el diputado Carlos Minc recordó los accidentes nucleares de Three Miles Island, en Estados Unidos, y Chernobyl, en la Unión Soviética.

"Mientras tanto, el presidente de la empresa estatal Furnas Centrales Eléctricas, Camilo Pena, anunció que apelará de la decisión judicial, pues si Angra I quedará realmente cerrada, sería necesario racionar el suministro de energía eléctrica en Río de Janeiro.



"En ese sentido, el PV no presenta ninguna alternativa viable para substituir a corto o mediano plazo la energía generada por Angra I".

A pesar de no ver, en un primer momento, ninguna relación entre el mandato de segurança con la medida cautelar innovativa en estudio, si nos detenemos a observar veremos que la MODIFICACION del ESTADO de HECHO existente que posibilita este procedimiento, hace que en fondo ambas instituciones jurídicas sean muy similares.

JUSTICIA PREVENTIVA - MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA.

Por lo ya señalado, debemos apreciar que la medida cautelar innovativa se inscribe en una tendencia que merece general aplauso: la de la política procesal y judicial PREVENTIVA, mucha más preocupada por EVITAR DANOS QUE RESARCIRLOS. Así lo ha señalado, ya hace varios años, el profesor argentino Jorge Walter Peyrano: "Las acciones y sentencias meramente declarativas son la mejor demostración de que existe una política judicial: porque así como se reconoce que el Poder Legislativo no dicta normas ciegamente sino que, por el contrario, sigue una política legislativa enderezada al bien común; también debe haber acuerdo en que los magistrados, a través de la función declarativa de la jurisdicción, ejercen una política

judicial orientada a que reine la paz y la concordia entre los ciudadanos^{1º}.

En efecto, creo que es bueno empezar a pensar seriamente en la conveniencia de crear los mecanismos que traten de lograr una JUSTICIA PREVENTIVA, que persigue anticiparse al riesgo que se avecina , y no esperar a que el daño se consume para recién entonces actuar buscando la protección que otorga el poder judicial.

Es así, como actualmente me atrevo a señalar que en el horizonte del proceso civil se perfila, cada día con relieves mas nítidos, el nacimiento de un nuevo valor en la prioridad axiológica que en él existe: el valor EFICACIA. Este valor dentro del proceso civil no es otra cosa que la necesidad de concebir que EL PROCESO ESTA PENSADO POR Y PARA EL VALOR "JUSTICIA", ya que siempre hay que tener presente, ante todo, que el proceso es un INSTRUMENTO, UN MEDIO PARA LOGRAR ALGO QUE NO ES EL PROCESO MISMO, QUE NO TIENE SU FIN EN SI. Si el resultado, se logra o no, se verá a posteriori, desde el punto de vista de la eficacia, valor jurídico fundamental para la realización de la justicia que persigue el proceso.

^{1º}.- Jorge Walter Peyrano, La Acción Mere Declarativa, como medio de la plena realización de la garantía jurisdiccional de Certeza Jurídica, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977, t. 52, pág.572.

Es bueno recordar que el valor "justicia" funciona a modo de meta, de imán hacia el cual deben naturalmente tender todos los esfuerzos en el campo procesal. Pero claro esta, este valor no señala el camino por alcanzarlo. Precisamente tal función instrumental es cumplida por el valor jurídico "eficacia" que señala el camino a seguir por alcanzarlo.

Vivimos una época en que los ciudadanos luchan por el propio derecho con todos los medios de que pueden disponer. Parece entonces, que el imperativo de la hora consiste en reclamar nuevas herramientas y nuevas soluciones jurídicas capaces de abastecer el valor "eficacia" para así poder lograr en definitiva el valor justicia.

Al proceso cautelar se le han asignado las más diversas finalidades. Así Spota concidera que las providencias cautelares constituyen elementos útiles para alcanzar una MEJOR JUSTICIA¹⁷. Por su parte Podetti estima que el objetivo de las diligencias cautelares consiste en proporcionarle a las sentencias definitivas la posibilidad de que resulten EFICACES; y con ello evitar que la acción

¹⁷.- Alberto G. Spota, Medidas Cautelares, en "Estudios de Derecho Procesal en homenaje de Hugo Alsina", Buenos Aires, Ediar, 1946, págs. 653 y ss.

jurisdiccional sea objeto de burla¹⁸.

Por ende, podemos señalar que las providencias cautelares están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la EFICACIA y, por decir así, la seriedad de la función jurisdiccional, evitando la burla que el deudor demandado en un juicio ordinario o sumario podría tranquilamente llevar a cabo aprovechando las largas dilaciones del procedimiento para poner a salvo sus bienes y reírse de la condena, prácticamente impotente para afectarlo, lo que puede evitarse a través de la tutela cautelar. Por ende las providencias cautelares, se dirigen a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la Justicia, se reduzca a una tardía e inútil expresión verbal.

Por lo tanto, podemos afirmar que cualquiera de las medidas cautelares sirven al valor eficacia en el proceso. Al ser la medida innovativa una diligencia de naturaleza cautelar, no cabe duda de que su despacho favorable también ayuda a la eficacia del proceso; más aún cuando por medio de esta medida podemos alterar una determinada situación de hecho sin que ni siquiera se haya dictado una sentencia en el proceso.

¹⁸.- Jose Ramiro Podetti, Las Medidas Cautelares y el Embargo Preventivo, en "Revista de Derecho Procesal", año 1943, 1ª parte, pág. 138.

MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA Y PROCESO CAUTELAR

Ninguna de las leyes procesales nacionales, contempla expresamente la medida cautelar innovativa. Si en cambio, el Código de Procedimiento Civil regula la "medida cautelar GENERICA"¹⁰, suerte de valvula de escape con cuyo auxilio puede el juez resolver las imprevisibles coyunturas que puedan presentarse, y que jamás el legislador pudo contemplarlas todas; por ello no es de extrañar que el Código de Procedimiento Civil, aparte de regular las medidas cautelares ya conocidas, deja abierta la posibilidad de trabar otras más adecuadas cuando las circunstancias así lo requieran.

Ahora tratando de responder a la interrogante del subtítulo podemos aventurarnos a dar una respuesta positiva. Es decir creemos que puede postularse el despacho de una medida cautelar innovativa dentro de la MEDIDA CAUTELAR GENERICA.

Tema aparte es el relativo a NUESTRO RECURSO DE PROTECCION, como medida cautelar innovativa, análisis que realizaremos en el próximo capítulo.

¹⁰.- El artículo 298 del C.P.C. dispone: "Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y NO TRATANDOSE DE MEDIDAS EXPRESAMENTE AUTORIZADAS POR LA LEY, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.

Continuando con lo señalado anteriormente nos atrevemos a señalar que la medida cautelar innovativa, por ahora, es una MEDIDA CAUTELAR GENERICA CUYO DESPACHO RESULTA PROCEDENTE AUN EN DEFECTO DE UNA REGULACION LEGAL EXPRESA. Puede dudarse, acaso, que la consagración de la medida cautelar genérica constituye un excelente apoyo normativo para esta medida.

Como si lo anterior no bastara hay que tener presente lo siguiente:

- 1.- Todo procedimiento consagra el principio de la igualdad de las partes, y como se puede apreciar por lo señalado hasta el momento, la medida cautelar innovativa contribuye a establecer, en el ámbito del juicio de que se trate, el imperio del principio de la igualdad entre las partes.
- 2.- Como lo he señalado anteriormente, el legislador no es capaz de contemplar todos los casos que pueden presentarse y que es necesario proteger con una medida cautelar, pero como siempre debe primar el principio de la inexcusabilidad, los jueces, sea en virtud de facultades que les corresponden por su ministerio, o por la aplicación analógica de la ley, pueden proveer medidas cautelares NO ESPECIALMENTE PREVISTAS, sea por así haberlo solicitado los litigantes, sea en sustitución de una expresamente pedida, o también pueden conceder otra prevista en la ley, en lugar de la solicitada.

Siempre hay que tener presente que lo que intenta o pretende quién solicita una medida cautelar, es ASEGURAR UN DERECHO, y es función de los jueces no solamente decidir si la cautela procede, sino también la NATURALEZA Y EXTENCION DE LA MISMA.

I.- ATRIBUCIONES JURIDICIONALES IMPLICITAS

En primer lugar es bueno señalar que el tratamiento de la compleja y variada problemática anexa a la diligencia cautelar innovativa servirá de óptima excusa para poner sobre el tapete un asunto importante: **LAS ATRIBUCIONES JURIDICIONALES IMPLICITAS**, tema íntimamente vinculado con la modernización que reclama nuestro mejorable proceso civil.

La tutela cautelar nacional no cuenta todavía con la posibilidad -ante la concurrencia de ciertas circunstancias excepcionales- de formular un anticipo cautelar del juicio definitivo, en forma genérica y para toda clase de conflictos. Es decir nuestros jueces, carecen de la facultad (por lo menos, de manera expresa y genérica) de dictar medidas de naturaleza innovativa, salvo obviamente , todo lo relativo a la aplicación, con una interpretación **AMPLIA**, de los **RECURSOS DE AMPARO Y PRINCIPALMENTE DEL RECURSO DE PROTECCION** que ha tenido un importante desarrollo en los últimos años.

En nuestro medio la figura del juez en lo civil está copiado, por lo menos en la práctica, del molde hispano y del francés. No menos sabido es, también, que pese a la modernización del procedimiento civil y criminal, producido por las leyes números 18705, 18776 y 18882 , todavía hoy la realidad cotidiana enseña que el principio dispositivo, crudamente entendido sigue

vigente en la judicatura nacional. No impulsan de oficio las causas ni realizan actuaciones sino no es a pedido de parte. Más aún: constituye un valor casi entendido que es preferible que el juez se abstenga de asumir cualquier iniciativa personal durante el desarrollo del debate. Pareciera que existe una reticencia por parte de algunos magistrados para asumir actitudes que consideran justas pero que, a su entender, pueden constituirse en una peligrosa e inclusive ilícita intromisión en la esfera de las libertades de las partes. Cabe tener presente entonces, que dos son las falencias que notamos en el deber -mínimas si se piensa en las excelencias de su haber- de un sector de la magistratura nacional:

- a) su tendencia a elaborar una figura aséptica del juez en lo civil. Evitando la parcialidad, pero también carente de la preocupación por encontrar la "verdad material" y con ella la justicia;
- b) su exagerado celo, (inspirado en un liberalismo que no se practica ni tan siquiera en sus países de origen), por no entrometerse en la esfera de la actividad de las partes. Tan sólo mediando una sentencia definitiva se atreven a irrumpir en ese ámbito a través del mecanismo de la ejecución de la sentencia.

Todo el párrafo anterior obedece al deseo de alertar sobre la necesidad de subsanar estas falencias.

El poder judicial por su naturaleza intrínseca tiene, valga la redundancia, un PODER ENORME. Es

contrario a la realidad, y muy poco conveniente si queremos sostener un real estado de derecho, debilitar el poder del juez, que es, sin duda, el primero y más indispensable de todos los poderes que requiere la organización judicial. Uno de los elementos del Estado de Derecho es la existencia de un Poder Jurisdiccional, encargado de resolver las controversias que se plantean en el orden temporal, independiente de los demás poderes del Estado.

Quizá la decadencia de la conciencia de que los jueces constituyen un Poder del Estado, sea una de las causas que hoy justifican la tan ansiada Reforma Judicial. Vivimos actualmente un mundo en que a diario vemos amenazados los derechos individuales, por ende necesitamos jueces preocupados de hacer justicia en forma rápida y eficaz.

Ahora bien, si el Poder Judicial es Poder del Estado, y si la Constitución le asigna todas las facultades cuyo ejercicio les resulte necesario para satisfacer los objetivos que se le encomiendan, no parece que sea en absoluto incorrecto, que el juez por la fuerza de los hechos, asuma funciones y tome iniciativas sin que exista una autorización legal expresa.

Por ende advertimos que resulta impostergable elaborar una doctrina acerca de las atribuciones jurisdiccionales implícitas. No puede ser posible que

mientras se insiste en que el juez es el director del proceso, se le niega a este el ejercicio de otras atribuciones que no estén avaladas por un texto legal expreso. La experiencia indica, principalmente en materia criminal, que no es inusual que determinadas situaciones procesales no puedan encontrar solución sino mediante el recurso de formular apercibimientos judiciales no contemplados por el legislador. Por las razones antes señaladas, sostenemos que el ingenio y la inventiva deben ser cualidades de los jueces de hoy. Es que solo por medio de estas podrán ejercer adecuada y eficazmente las facultades implícitas que tienen, y que derivan -en esencia- de la tarea que constitucionalmente se les asigna: "decir el derecho". No postulamos la figura del juez creador de derecho. Sino la del juez dotado de todas las atribuciones complementarias de las que explícitamente posee, para así ejercer más cabalmente su labor. Si, por ejemplo, el ordenamiento legal penal le ordena "dirigir el procedimiento", en la etapa de sumario principalmente, podrá acudir a la formulación de diversos apercibimientos judiciales y a la fijación de plazos de la misma índole.

En definitiva, tanto la medida cautelar innovativa, como las atribuciones jurisdiccionales implícitas, son aspectos, que a nuestro juicio, perfectamente podrían desarrollarse sin necesidad de una reforma legislativa a nuestra ley procesal, bastaría que la doctrina y principalmente los jueces comenzaran a

tomar conciencia de la gran posibilidad que tienen de desarrollarlas ampliamente, y sin ningún temor a caer en el vicio de ultrapetita, por medio de una INTERPRETACION JURIDICA "SUSTANCIAL" de las facultades que les otorga la Constitución; tema al cual me referiré en las conclusiones de este trabajo.

II.- ANALISIS DE LA PROBLEMÁTICA VINCULADA CON EL DESPACHO DE LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA.

A.- Tribunal Competente.

En principio, siendo las diligencias cautelares accesorias de ulteriores actuaciones principales, el dictado de aquéllas resulta ser de competencia del juez que interviene, o ha de intervenir, en el proceso donde se ventilará el derecho sustancial controvertido. "La regla se aplica tanto a la competencia en razón del territorio como de la materia (cualitativa o cuantitativamente considerada) y de las personas¹. Ello no es más que un lejano, pero cierto reflejo del aforismo "quien puede lo más, puede lo menos" tan usado por los prácticos del siglo XVIII, y que aún hoy se utiliza, a veces de manera inconsciente. En el caso, por supuesto, "lo menos" es la competencia para trabar la medida cautelar, y "lo más" la competencia para entender en el proceso principal. El artículo 111 del Código Orgánico

1.- José Ramiro Podetti, Tratado de las medidas cautelares, Buenos Aires, Ediar, 1969, p.92

del Tribunales constituye una fiel expresión de lo anterior porque consagra: "El tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en el se promuevan".

A la constante expuesta no escapa la medida cautelar innovativa. De ahí que la competencia para entender en un proceso cautelar innovativo, se sujeta a todo lo hasta aquí expuesto.

B.- Presupuesto para el despacho favorable de la medida cautelar innovativa.

1.- Apariencia del derecho invocado. El primero de los requisitos que deben concurrir para que resulte posible el despacho de una medida innovativa, no es otro que el conocido como *fumus bonis juris*. Es decir que quien impetra el despacho de la diligencia deberá acreditar (sumariamente, por cierto) que *prima facie* le asiste razón. No viene al caso explayarnos sobre el cotidiano olvido de los tribunales, en exigir el cabal cumplimiento del apuntado recaudo que resulta común a toda la materia cautelar. Pero si creemos ineludible subrayar que cuando se trata de una diligencia innovativa, el juez deberá extremar su celo en verificar si el solicitante goza de una apariencia de derecho. La realidad manda y la verdad es que la excepción (plenamente justificada, habida cuenta de sus eventuales resultados negativos) del dictado de la diligencia innovativa, reclama del tribunal un especial ahínco en el

análisis de todos (y no sólo respecto del que aquí nos ocupa) los presupuestos conducentes a su despacho favorable.

Por todo ello es que no basta con la invocación de que se cuenta con la razón. El interesado, deberá además, emprender una actividad probatoria, elemental pero no por eso menos seria, tendiente a acreditar la concurrencia de los referidos recaudos. Ciertamente es que en cualquier supuesto de despacho de una diligencia cautelar se requiere, en principio, una sumaria cognitio cuyos caracteres recuerda Ramírez, subrayando que: "La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades de verosimilitud. El resultado de esa cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene, pues, en todos los casos, valor no de declaración sino de hipótesis; solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde con la realidad"². Pero -e insistimos en ello- nos parece que cuando se trata del pedido de despacho de una medida innovativa, el juez debería ser particularmente exigente y no conformarse con los resultados de pruebas preconstituidas (v. gr., testimonios aportados por testigos propuestos por el solicitante, cuyas declaraciones no han podido ser controladas o contradichas). Debe el juzgador, entonces, controlar atenta y severamente la producción de la

2.- José Orlando Ramírez, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p.4.

sumaria información propuesta con miras a obtener el despacho de una medida innovativa. No estaría de más, pues, que el juez ordenara diligencias para mejor proveer con el objeto de practicar una sumaria cognitio lo más ceñida posible a la verdad histórica. Es que la medida innovativa - se diga lo que se quiera- puede llegar a constituir una suerte de anticipo cautelar de la sentencia de mérito, y ello puede generar serias y graves consecuencias a quien se opone.

Sin embargo, a pesar de lo anteriormente expuesto creo que tratándose de estas medidas tiene aplicación absolutamente el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil. "En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este título, aún 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", por las razones que expondré más adelante.

2.- Peligro en la demora. Como acontece con cualquier diligencia cautelar, la que nos ocupa también presupone la existencia de un riesgo si se demora la prestación de la cautela jurisdiccional. Es decir que si el órgano jurisdiccional no actúa ya (aunque sea de modo provisorio), es muy probable que nunca más puede hacerlo con eficacia. Lo que hoy resulta eficaz, mañana puede que no sea o, peor aún, puede ser una burla que deteriore

la imagen de la administración de justicia.

Muchas veces la demora está representada por el lapso que, necesariamente, consumirá la tramitación de un pleito y el tránsito de la sentencia a cosa juzgada. Lapso durante el cual resulta frecuente que quien prima facie no tiene derecho, se haga fuerte en la situación de hecho existente para así sumir en la angustia y en la desesperanza a su contraria. A evitar precisamente tales coyunturas extorsivas que suelen florecer en "transacciones" leoninas tiende la diligencia cuyo análisis aquí desarrollamos.

Al tenor de lo expuesto, se advierte, sin dificultad, que la medida innovativa sirve al valor "Eficacia" (entendido éste como una predisposición de todo lo conducente a alcanzar una distribución justa de lo que se disputa), en el ámbito del proceso civil. Es que con su concurso se obtiene que el devenir del tiempo y las situaciones de hecho procesales logradas, dejen de ser elementos que sea necesario considerar para elaborar una estrategia y una técnica del juicio que se trate.

3.- Contracautela. La prestación de contracautela por parte del solicitante de cualquier medida cautelar, viene a representar el necesario contrapeso de su despacho. No puede extrañar, entonces, que también requiera contracautela la que nos ocupa. Cabría, eso sí, remarcar las especiales dificultades con que se enfrentará el juzgador en el momento de determinar la

caución correspondiente a una diligencia innovativa. De todos modos, la tradicional prudencia y capacidad de nuestros jueces, ayudará a la posibilidad de que lo apuntado no se constituya en un obstáculo para el desarrollo y prosperidad de la medida innovativa. Conviene, además, recordar lo señalado por Podetti sobre el punto: "...debe procederse con suma prudencia, evitando otorgar medidas que puedan ocasionar daños, sin la suficiente garantía de resarcimiento; en alguna medida, su propia responsabilidad de magistrado -tercero imparcial- está en juego en el caso. Siendo la contracautela, como he señalado -un presupuesto de la medida cautelar- ella debe constituirse antes de su cumplimiento. En caso de que no se hubiera procedido así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite".³

No vayamos a pensar que con este requisito vamos en contra de la urgencia que requerimos para su otorgamiento. Solo queremos señalar que la contraparte no puede tampoco quedar en la más absoluta indefensión.

4.- Irreparabilidad del perjuicio. Este es el presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa, consistente en que la situación (de hecho o derecho) que se pretende innovar ocasionaría (de

3.- José Ramiro Podetti, "Tratado de las medidas cautelares", Buenos Aires, Ediar, 1969, p.84.

subsistir) un "daño irreparable" al pretensor. Comenzamos con su análisis señalando que al "prejuicio irreparable" lo utilizamos con un enfoque estrictamente realista. No ignoramos que cualquier daño puede ser (en teoría) monetariamente resarcido. Pero también sabemos que no todas las veces el dinero repara adecuadamente; y también que no todas las veces el dinero del resarcimiento llega prestamente a los bolsillos del perjudicado.

Pensamos en un ejemplo: El Rector de la Universidad de Chile decide exonerar por razones netamente políticas o simplemente económicas a un destacadísimo profesor. Dada su calidad académica dicho profesor recibe innumerables ofertas de trabajo de otras Universidades, nacionales y extranjeras. ¿Siquiera podría pensarse que al alumnado de la Universidad que exoneró a dicho profesor pueda interesarle que, luego de lentos y fatigosos trámites, el órgano jurisdiccional le reconozca el derecho a ser reincorporado, cuando dicho profesor ya se encuentra trabajando en el extranjero para otra Universidad?.

5.- Calidad excepcional de su despacho. ¿Puede decretarse de manera oficiosa?. No obstante que el tema aquí abordado no apunta directamente al estudio de alguno de los presupuestos del dictado de una medida innovativa, conceptuamos importante examinarlo en este lugar. Es que el tribunal requerido para que despache una diligencia

cautelar innovativa, debe -aparte de analizar si concurren en la especie los cuatro presupuestos mencionados- verificar si se da la circunstancia extraordinaria que termina de justificar el dictado de aquélla; circunstancia consistente en la inexistencia de otra providencia cautelar apta para obtener el fin perseguido. La medida innovativa comparte tal rol subsidiario con otras figuras cautelares. Así con la prohibición de celebrar actos y contratos, nombramiento de uno o más interventores, la retención de bienes determinados y la prohibición de innovar.

Resulta ilustrativo lo dicho anteriormente porque la medida cautelar innovativa solo será procedente cuando constituye el único camino viable a fin de asegurar la existencia del fin u objeto perseguido; cuando no resulta ser así, por cuanto existen medidas menos perjudiciales que llevan a idénticos resultados, la improcedencia es manifiesta. Dicho en otras palabras el examen que debe hacer el tribunal para su otorgamiento, a pesar de la urgencia con que debe otorgarse esta medida, debe ser MAS RIGUROSO QUE EL EXAMEN QUE SE REALIZA PARA OTORGAR CUALQUIERA OTRA MEDIDA CAUTELAR.

Pero no sólo por lo antedicho reputamos excepcional la medida en estudio. Es que su despacho -cabe así reconocerlo- implica una muy seria responsabilidad para el magistrado, que si bien no compromete opinión definitiva puede con su dictado

provocar un desequilibrio en la situación de las partes, tan negativo como el que pretende paliar. "Calidad excepcional de su despacho" es entonces, también prudencia extrema por parte del tribunal requerido.

Apoyándonos en su anunciada calidad excepcional, en la posibilidad que tienen los magistrados de utilizar las "Atribuciones Jurisdiccionales Implícitas" en pos de una justicia rápida y eficaz creemos que PROCEDE el despacho DE OFICIO de una medida cautelar innovativa.

Pensamos que el juez puede despachar oficiosamente una medida innovativa por las siguientes razones:

a) En la gran mayoría de los supuestos, por su experiencia diaria, tendrá los elementos de juicio suficientes como para ponderar si concurren en la especie todos los presupuestos reseñados. Esto reviste especial importancia en materia criminal donde es labor del juez "DAR PROTECCION A LOS PERJUDICADOS", como lo señala expresamente el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. En especial, cabe remarcar que el requisito "daño irreparable" estará acreditado principalmente en materia criminal sin necesidad de realizar un estudio acabado por parte del juez. Penalmente el "daño irreparable" lo vemos a diario en los tribunales del crimen.

b) Es muy posible que quien prestó contracautela (sea la misma parte o un tercero) para afrontar los eventuales perjuicios irrogados por la traba de una medida cautelar dada (embargo, por ejemplo), esté dispuesto a seguir prestándola cuando se trata de una diligencia innovativa, dada la enorme eficacia que esta medida genera para el desarrollo del proceso, y principalmente por la protección que otorga a la persona que se ve beneficiada con ella.

c) El artículo 289 del Código de Procedimiento Civil constituye un buen apoyo legal para la medida cautelar innovativa porque establece "Las diligencias expresadas en este Título (de las medidas prejudiciales) pueden decretarse sin audiencia de la persona contra quien se piden, salvo los casos en que expresamente se exige sin intervención. Dicha disposición al concede amplias facultades al juez para evitarle perjuicios al cautelado, dado que al parecer podría decretar una medida prejudicial prácticamente con la sólo presentación del solicitante. Sin embargo, es bueno tener presente un estudio acabado de dicho artículo realizado por el profesor Mario Mosquera Ruiz que señala que el artículo en cuestión sólo se refiere a las medidas prejudiciales precautorias y no a las medidas prejudiciales, porque todas las demás medidas prejudiciales que no sean precautorias requieren, según la ley, para su otorgamiento, la intervención de la parte contra quien se piden. Por ende, según el profesor Mosquera, a pesar de

ser un artículo que aparentemente es de aplicación general, sólo se aplica en defecto de casos especiales establecidos en el Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, si queremos ayudar al dictado de oficio de esta medida, es conveniente interpretar literalmente lo preceptuado en el artículo 289 del C.P.C.

Por lo tanto, la medida innovativa, es una diligencia cautelar, de orden excepcional, que puede despacharse a pedido de parte o de oficio por el juez, con notas caracterizantes que la distinguen de las restantes providencias de igual naturaleza.

C.- Objeciones formulables a la inserción de la medida innovativa dentro del proceso cautelar nacional.

Antes de seguir adelante nos parece importante destacar (adoptando una actitud preventiva) los obstáculos que pueden interponerse contra el progreso de la medida cautelar innovativa en nuestro medio. En primer término corresponde preocuparse por una línea de argumentación que pueda sostener que el "cumplimiento" cautelar anticipado de una sentencia definitiva constituye un incalificable atentado contra nuestras estructuras jurídicas. Puede rebatirse ese argumento diciendo que:

a) no se advierte claro qué diferencia sustancial media entre una medida innovativa y, por ejemplo la prohibición

de innovar. Tanto se anticipa a la sentencia definitiva una orden que impera no alterar el statu quo existente, como otra que manda, por ahora, cambiarlo. Todo dependerá de la óptica con que se mire el asunto. Ejemplifiquemos: ¿puede dudarse de que, v. gr., un municipio intimado, por la vía de la prohibición de innovar, a no clausurar, por ahora, un negocio que no cumple con la reglamentación respectiva, se sentirá "víctima" de un cumplimiento anticipado de la sentencia de fondo.

b) es conocida la nueva imagen de la Justicia consistente en una figura más humana y asimismo, según nuestro modo de ver, que su pretérita imagen de ojos vendados ha perdido actualidad. Aquí y ahora la Justicia se preocupa por las singularidades de las partes (v. gr., el otorgamiento del Privilegio de Pobreza a una de las partes; etc.) y también por las consecuencias de sus decisiones. ¿Puede, entonces mantenerse insensible y ciega ante la posibilidad de que una parte resulte irreparablemente perjudicada si no actúa de inmediato?. Pensamos que no. El poder jurisdiccional cautelar no es una frase hueca. No puede agotarse en la tímida indisponibilidad de bienes, cuando el imperio de las circunstancias reclama que interfiera prestamente en la situación de hecho existente⁴. Más aún, si pretendemos sostener que vivimos en un Estado de Derecho, donde uno

4.- Jorge Walter Peyrano. En defensa de la medida cautelar innovativa, en J.A., t. II, 1978. p. 642.

de sus elementos más fundamentales es el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, que por su contenido, emanan de la esencia misma del ser humano, debiendo el derecho reconocerlos por encima de la ley positiva, puesto que constituyen una expresión de su desarrollo cultural y de su evolución intelectual.

Tampoco pueden faltar voces que señalen que el despacho favorable de una medida cautelar innovativa constituya un prejuzgamiento por parte del tribunal requerido.

Si se parte del presupuesto de que ninguna medida cautelar decretada prejuzga sobre el mérito del asunto, ello es suficiente para quitarle ese argumento en contra a la medida cautelar innovativa. Pero, conviene profundizar algo más en el tema del prejuzgamiento. Es cada vez más raro que se acuse a un juez haber incurrido en prejuzgamiento y, correlativamente, se le conceden mayores atribuciones para "comprometerse" en el proceso (en homenaje a una pronta y justa resolución de la litis). La experiencia ha enseñado que puede acontecer que el tribunal en el curso del debate, se vea compelido a pronunciarse de modo que puede quedar al descubierto su criterio sobre algún aspecto sobre el fondo del juicio. Por lo demás el Código de Procedimiento Civil establece expresamente esta posibilidad para el juez en los artículos 262 y 263, que establecen:

- Art. 262. En todo juicio civil, con excepción de los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos III, V y XVI del Libro III, el juez podrá en cualquier estado de la causa llamar a las partes a conciliación y proponerles bases de arreglo.

- Art. 263. El juez obrará como amigable componedor. Tratará de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio. Las opiniones que emita no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa.

Por lo tanto, en razón de lo anteriormente expuesto, creo que no existe prejuzgamiento cuando el juez se halla en la necesidad de emitir oportuna opinión acerca de algún punto de la cuestión debatida, a fin de resolver otro aspecto litigioso sometido a su conocimiento, puesto que los jueces no pueden rehusarse a juzgar y tal actividad no importa otra cosa que el cumplimiento de un deber primordial impuesto por la ley. Anticipar cautelarmente el juicio de fondo, no es lo mismo que emitirlo luego de ventilado el debido proceso.

Por supuesto que muchos otros impedimentos podrían esgrimirse en aras de obstaculizar el acceso de la medida cautelar innovativa, al cuadro de las medidas cautelares nacional.

Pero creo que las mencionadas son las más serias y las que -seguramente- servirán a quiénes no deseen que

- Art. 262. En todo juicio civil, con excepción de los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos III, V y XVI del Libro III, el juez podrá en cualquier estado de la causa llamar a las partes a conciliación y proponerles bases de arreglo.

- Art. 263. El juez obrará como amigable componedor. Tratará de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio. Las opiniones que emita no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa.

Por lo tanto, en razón de lo anteriormente expuesto, creo que no existe prejuzgamiento cuando el juez se halla en la necesidad de emitir oportuna opinión acerca de algún punto de la cuestión debatida, a fin de resolver otro aspecto litigioso sometido a su conocimiento, puesto que los jueces no pueden rehusarse a juzgar y tal actividad no importa otra cosa que el cumplimiento de un deber primordial impuesto por la ley. Anticipar cautelarmente el juicio de fondo, no es lo mismo que emitirlo luego de ventilado el debido proceso.

Por supuesto que muchos otros impedimentos podrían esgrimirse en aras de obstaculizar el acceso de la medida cautelar innovativa, al cuadro de las medidas cautelares nacional.

Pero creo que las mencionadas son las más serias y las que -seguramente- servirán a quienes no deseen que se haga realidad la referida incorporación.

D.- Problemática relacionada con la eficacia de la medida innovativa despachada.

Al parecer quiénes crearon el proceso civil angloamericano jamás perdieron de vista su naturaleza instrumental puesta al servicio de una distribución correcta y oportuna de la justicia. De ahí, v. gr., la gran cantidad de instituciones prácticas, tales como los *injunctions*⁶ y los *mandamus*⁶, que le dan una particular característica al proceso de common law; instituciones sencillas y eficaces cuya adopción en nuestro medio sería muy útil.

Las comparaciones siempre resultan odiosas, pero son inevitables. Claro está que aparte de odiosas e inevitables, las comparaciones suelen proporcionar elementos de juicio para mejorar uno de los términos del cotejo. Con tales miras conviene poner frente a frente al juez del common law y al nacional. Se advierte entonces, de inmediato, que mientras aquél posee gran

5.-"Injunctions: Orden escrita de una Corte ordenando o prohibiendo cierto acto, que tuvo su origen en los Tribunales de Equidad. En un principio las Cortes concedieron *injunctions* prohibitivos en materias en que la ejecución de órdenes positivas no es fácil ejecutarlas compulsivamente. Sin embargo la práctica de dar órdenes positivas en sentido negativo (por ejemplo, "No permita que el muro continúe permaneciendo", en lugar de "Derribe el muro"), dio paso, en el siglo XIX, al franco reconocimiento de mandatos afirmativos".

6.-"Mandamus: variedad de *injunction* cuyo libramiento no procede si el cumplimiento del acto motivo del pedido de su dictado, es de naturaleza discrecional".

cantidad de atribuciones congruente con su elevado ministerio, a éste se le ha concedido, prácticamente, la única gracia de decir el derecho (es decir, pronunciar la sentencia). Pese a que del susodicho cotejo no salimos favorecidos (en punto a eficacia), pensamos que no va a ser tarea fácil ni rápida incorporar a nuestro proceso civil algunas de las instituciones eficaces con que cuenta el sistema angloamericano. No se trata, por supuesto, de copiar servilmente lo bueno que tenga el proceso de common law. Sí, en cambio, de comprender que el valor "eficacia" está más profundamente enraizado en su seno que en el del nuestro, y que resulta imperioso conseguir que igual -o parecido- arraigo alcance en nuestro mejorable proceso de la hora actual.

Así las cosas, y con el propósito de retomar la idea principal, debe señalarse que la medida cautelar innovativa es una suerte de traspasamiento local de los injunctions del derecho angloamericano. Repárese, además en la larga experiencia acumulada en los países del common law mediante el repetido uso de la institución mencionada, y también en que en dichas naciones se prescribe que todo lo relacionado con el injunction dictado debe poseer la máxima precisión. Es decir que su despacho debe ser lo más circunstanciado y cuidadoso posible. Lo mismo debe predicarse respecto de la medida innovativa.⁷ Serias razones conspiran para que ello sea insoslayable. Así por ejemplo, la eventualidad

7.- Jorge Walter Peyrano, Nuevos perfiles de la medida cautelar innovativa, en J.A., t. I, 1979, p. 852.

consistente en la posibilidad de que el cautelado desobedezca el mandato contenido en la medida innovativa, resultando entonces su conducta penalmente reprimible conforme con la dispuesto por el art. 261 en relación con el art. 126 del Código Penal.^o De ahí que sea tan necesario señalar, cuidadosamente, en qué consiste la conducta que se prescribe o que se proscribe. Caso contrario, podría el cautelado recaer inadvertidamente en responsabilidad criminal.

Otra razón que explica la necesidad de que el despacho de la medida innovativa deba ser circunstanciado, reside en el hecho de que aquélla es una diligencia cautelar de muy especiales características que provocan -muy usualmente- el hecho de que el tribunal actuante se vea compelido a contemplar -de antemano y detalladamente- una serie de concomitancias emergentes de

8.- Art. 261. Cometan atentado contra la autoridad:

- 1º Los que sin alzarse públicamente emplean fuerza o intimidación para alguno de los objetos señalados en los artículos 121 y 126.
- 2º Los que acometen o resisten con violencia, emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, cuando aquélla o éstos ejercieren funciones de su cargo.

Art. 126. Los que se alzaren públicamente con el propósito de impedir la promulgación o la ejecución de las leyes, la libre celebración de una elección popular, de coartar el ejercicio de sus atribuciones o la ejecución de sus providencias a cualquiera de los poderes constitucionales, de arrancarles resoluciones por medio de la fuerza o de ejercer actos de odio o de venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o de sus agentes o en las pertenencias del Estado o de alguna corporación pública, sufrirán la pena de reclusión menor o bien la de confinamiento menor o de extrañamiento menor en cualesquiera de sus grados.

su dictado. Así, por ejemplo, si ordena innovar en la tenencia de un inmueble, deberá prever que si el solicitante resulta a la postre vencido en el juicio definitivo, tendrá la obligación de resarcir los perjuicios causados a su contraparte.

Claro está que en lo expresado no se agota la problemática relativa al cumplimiento de la medida innovativa. ¿Qué hacer, por ejemplo, cuando fracasan las amenazas penales, disciplinarias o de otro tipo y el cautelado sigue resistiéndose a cumplir con lo ordenado?. A nuestro modo de ver, la persistencia de la contumacia del cautelado justifica que el tribunal eche mano a cuanto recurso resulte conducente (v. gr., secuestro de ediciones, clausura de locales, etc.) para asegurar el cabal cumplimiento de sus órdenes. Pensamos que tal facultad no es otra cosa que una atribución jurisdiccional implícita.

E.- ¿Puede postularse antes de la presentación de la demanda?.

Creemos, sin duda, que la medida cautelar innovativa puede pedirse y despacharse aún antes de presentarse la demanda por las siguientes razones que paso a expresar:

a) El principio general en materia cautelar no es otro que el de la posibilidad de postular diligencias

cautelares antes de que se abra la etapa contenciosa del juicio.

b) Resulta posible que el solicitante de una medida innovativa no cuente todavía con los elementos suficientes como para redactar adecuadamente su libelo de demanda, y sí, en cambio, se encuentre en condiciones de solicitar el despacho de aquélla. ¿Con qué objeto, condicionar su pretensión cautelar al hecho de que redacte (imperfectamente en el caso) su escrito de demanda, quedando entonces a merced de su contendor?.

c) Principalmente por lo establecido en el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil que perfectamente puede ser aplicado, como ya hemos visto, a las medidas cautelares innovativas según nuestro parecer. Dicho artículo establece: "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".

F.- ¿Procede la sustitución de la diligencia innovativa despachada, a pedido del cautelado?

En principio, toda medida cautelar puede ser sustituida por otra a petición del cautelado y ello no es más que una forma de tutela del cautelado, que en cierto grado también protege al cautelante, pues disminuye su responsabilidad frente a la otra institución tutelar del primero: el resarcimiento de los daños y perjuicios. ¿También, entonces, la medida innovativa puede ser sustituida a pedido del cautelado?.

Para responder correctamente esta interrogante hay que tener presente dos líneas de pensamiento aplicables al problema en cuestión:

a) Una de ellas es pronunciarse por la negativa absoluta a dicha posibilidad, fundada en la circunstancia de que si se ha despachado una providencia innovativa es porque existía la posibilidad de que se perpetrara un daño irreparable (en el sentido de no ser cuantificable económicamente en forma adecuada) en perjuicio del solicitante de la medida. De ahí que si éste no consiente la sustitución propuesta por el cautelado, no le quedará a éste más remedio que esperar los resultados del dictado de la sentencia definitiva. Es que ningún ofrecimiento sustitutivo del cautelado podrá alejar las perspectivas de que se consume un daño irreparable en detrimento del solicitante del despacho de la diligencia

que se pretende sustituir.

b) La otra, es permitir la sustitución de la medida innovativa sólo excepcionalmente porque puede suceder, por ejemplo, que la subsistencia de una medida innovativa irroque un "daño irreparable" al cautelado, de mayor entidad que el que se persigue evitar con su mantenimiento.

Creemos que esta última posición es la correcta porque hay que tener presente que no todo daño es reparable por medio de dinero. Hay valores muchísimo más importantes (que lo netamente económico), que podrían verse afectados por la mantención o concesión de una medida cautelar innovativa, como es, el honor de una persona por ejemplo. Por ende para cautelar ambos intereses es conveniente aceptar la sustitución de la medida cautelar innovativa, en el bien entendido que se rendirá una caución suficiente con el objeto de dejar plenamente a salvo, los intereses del demandante.

G.- Recursos que proceden contra la medida cautelar innovativa concedida.

Para responder a este punto es necesario en primer lugar determinar cual es la naturaleza jurídica de la resolución que concede una medida cautelar innovativa. Como ya lo señalamos claramente en el Capítulo I de este trabajo es simplemente un AUTO (la resolución que recae

en un incidente sin establecer derechos permanentes a favor de las partes. Art. 158 inc. 4to del Código de Procedimiento Civil).

Respecto de estas resoluciones, en principio y al igual que en los decretos, el único recurso que procede es el de reposición. Este recurso debe interponerse en el término legal de cinco días, contados desde la notificación de la medida concedida (Art. 181 inc. 2do C.P.C).

Por excepción y sólo tratándose de los casos indicados en el artículo 188 C.P.C. (cuando alteran la sustanciación regular del juicio o recaen sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley), puede interponerse el Recurso de Apelación. Esta apelación solo podrá interponerse con carácter de subsidiaria del recurso de reposición y para el caso que ésta no sea acogida.

Por ende el auto que despacha favorablemente una medida cautelar innovativa es susceptible del recurso de reposición, apelando en subsidio ya que según nuestro parecer dicha resolución judicial se enmarcaría claramente en el artículo 188 del C.P.C. porque si no altera la sustanciación regular del juicio al menos recae sobre un trámite que no está expresamente ordenado por la ley, mientras no se consagre positivamente la medida cautelar en estudio.

H.- Caducidad de la medida innovativa.

Admitido que puede ser ordenada una medida innovativa sin que previamente se haya interpuesto una demanda contenciosa, surge inevitablemente, la problemática de su caducidad.

En primer término, corresponde preguntarse si la diligencia innovativa caduca; y en segundo, cuál es el plazo de caducidad aplicable al caso. El primer interrogante merece rápida respuesta: casi podría afirmarse que, contemporáneamente, tiene ribetes de postulado general el principio de que toda medida cautelar es susceptible de caducar por falta de ulterior y oportuna actividad contenciosa por parte de quien pidió su traba. No puede mantenerse al afectado por una medida cautelar en la incertidumbre acerca de cuáles van a ser los alcances de la demanda que se cierne amenazante. Por supuesto que no advertimos la concurrencia de razón alguna que justifique apartar en el punto a la medida innovativa de las conclusiones de la teoría general de las diligencias cautelares. En lo tocante a la segunda interrogante, también merece pronta respuesta: el art. 280 del Código de Procedimiento Civil establece: "Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deber á el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podr á ampliarse hasta

treinta días por motivos fundados.

Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedar á responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento. Es bueno tener presente que éste es uno de los escasísimos casos, en nuestra legislación, en que la ley presume el dolo de una persona.

En la especie, creemos por lo que implica la concesión de una medida cautelar innovativa, y las consecuencias graves que la alteración del estado de hecho existente puede traer, que el artículo transcrito anteriormente es plenamente aplicable a la medida en estudio.

I.- La subsistencia de la medida cautelar innovativa reclama una actividad diligente por parte de qui én solicitó su dictado.

La traba de una medida innovativa puede suscitar, sin duda, graves y serios efectos. Adviértase, por ejemplo, que su despacho puede implicar una suerte de cumplimiento anticipado de la sentencia de fondo todavía no dictada. Parece, entonces, congruente que se le exija a quien obtiene el despacho de una diligencia cautelar de ese tipo, la urgencia de los trámites del proceso

contencioso al cual aquélla sirve. Consideramos atinado y aplicable al caso el criterio de Colombo cuando, refiriéndose a la prohibición de innovar, expresa que: "la gravedad de esta medida ha de imponer a quien la obtiene la carga de urgir en forma razonablemente continuada la marcha del proceso; si así no actuare, previa intimación, la medida debería levantarse"⁹.

III.- CASUISTICA LEGAL

En varios ámbitos jurídicos existen supuestos en cuyo mérito el legislador ha creado diligencias innovativas. Por supuesto que al legislar las mencionadas normas, no se preocupó por determinar su naturaleza jurídica. Pero lo cierto es que, sin proponérselo, sembró el ordenamiento nacional de numerosas normas legales que son en el hecho medidas cautelares innovativas. Así, el derecho civil, registra los supuestos de la suspensión provisional de la obra nueva (art. 565 C.P.C.); la denuncia de daño temido (art. 572 C.P.C.); la recuperación cautelar de la posesión perdida en los interdictos posesorios (art. 916 y ss. CC.); y todo lo relativo a los alimentos provisionales en materia de derecho de familia, especialmente en los juicios de alimentos, tuición y divorcio.

9.- Carlos Colombo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado, 4a. ed., t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 383.

El derecho penal por su parte nos da dos ejemplos clarísimos de medidas cautelares innovativas: Las instituciones de la detención y de la prisión preventiva.

El derecho comercial incrementa la nómina reseñada mediante el aporte de lo dispuesto por los artículos 64 y siguientes de la Ley de Quiebras, nº 18175, principalmente lo relativo a los efectos inmediatos de la declaración de quiebra.

Finalmente el derecho laboral hace su aporte por medio de la facultad que tiene el juez de ordenar la separación provisional de los trabajadores con fuero.

Por supuesto que la nómina expresada no tiene carácter taxativo sino meramente enunciativo. De cualquier modo la tal nómina sirve al propósito buscado, que no es otro que el de proporcionar una abundante y variada ejemplificación acerca de que, indudablemente, el legislador no experimenta repulsión alguna hacia el dictado de medidas innovativas cuantas veces ello resulte necesario para prestar una tutela jurisdiccional eficaz. Claro está que la circunstancia de que en algunos casos el legislador haya previsto expresamente el dictado de medidas innovativas, no constituye un obstáculo para el despacho de iguales diligencias en supuestos no contemplados explícitamente. Como se sabe, no puede pedirse al legislador que prevea las mil y una coyunturas que pueden presentarse. Lo que en cambio sí importa, es

comprobar que no siente reticencia por la idea inserta en la teoría de la diligencia cautelar innovativa. Cierto es que algunas de las medidas innovativas "legales" no encuadran exactamente en su género . Pero de todos modos su esencia es la misma: interferir en la situación de hecho existente, en aras de un oportuno y realista ejercicio de la tutela jurisdiccional.

Por lo que veremos a continuación, la medida innovativa está, por ahora, regulada de manera dispersa y casuista y ello, sin duda, ha contribuido para que todavía no se haya consolidado en nuestra doctrina una teoría general de la mentada diligencia cautelar. Precisamente nuestro empeño aquí volcado apunta a que, por fin, se produzca tal consolidación. Tan solo cuando ello acontezca, nos sentiremos seguros de que, más tarde o más temprano, el legislador no podrá seguir haciendo oídos sordos al clamor que pugna por incorporar la medida innovativa al cuadro general de las diligencias cautelares reguladas y específicas.

A continuación veremos un poco más a fondo los casos legales antes citados:

1.- La Suspensión Provisional de la Obra Nueva .

La acción posesoria -legislada por el art. 565 del Código de Procedimiento Civil- que tiene la virtualidad de suspender la obra nueva, se abre

generalmente con una providencia preliminar que manda suspender provisoriamente la obra durante la secuela del proceso. Examinando en esta oportunidad detenidamente el problema, encontramos que con la paralización provisoria de la obra nueva por orden del juez se innova, en vez de impedir que se innove. Es que deben distinguirse dos tipos de medidas cautelares:

- a) medidas conservatorias,
- b) medidas innovativas.

Entre las conservativas se encuentran aquellas destinadas a mantener inalterable el estado de hecho existente, mientras que la providencia preliminar que puede dictar el juez en mérito a lo dispuesto por el art. 565 y ss. del C.P.C. es de carácter innovativo, ya que se innova el estado de hecho existente al promoverse el proceso.

También en este caso, deben distinguirse dos matices dentro del proceso abierto como resultado del ejercicio de la acción posesoria de obra nueva; uno, cautelar, en cuya virtud el tribunal dispone la suspensión provisoria de la obra mientras se ventila la causa, y otro, definitivo, a raíz del cual el juez deberá, en su caso y momento ordenar que se deshaga lo hecho.

2.- Denuncia del Daño Temido

El último párrafo del art. 574 del Código de

Procedimiento Civil, preceptúa que: "En la misma sentencia que ordena la demolición, enmienda, afianzamiento o extracción, puede el tribunal decretar desde luego las medidas urgentes de precaución que considere necesarias, y además que se ejecuten dichas medidas, sin que de ello pueda apelarse".

Parece evidente que el legislador, al permitir el despacho de "medidas urgentes de precaución" está contemplando la posibilidad de que el tribunal opere (con el propósito de evitar el daño temido) sobre la situación existente, aun antes de dictar la sentencia de fondo. Eso, y decir medida innovativa, es lo mismo.

3.- La recuperación cautelar de la posesión perdida en los interdictos posesorios.

Los Interdictos Posesorios son "todos aquellos procedimientos que tienen por objeto RECUPERAR O CONSERVAR LA POSESION O MERA TENENCIA DE BIENES RAICES, Y RECUPERAR O CONSERVAR LA POSESION DE DERECHOS REALES CONSTITUIDOS EN ELLOS". Creemos innecesario referirnos en este trabajo al procedimiento mismo.

Como anteriormente señalamos estos son procedimientos innovativos "legales" que no encuadran exactamente en la categoría de la medida cautelar estudiada PERO SU ESENCIA ES LA MISMA: INTERFERIR EN LA SITUACION DE HECHO EXISTENTE EN ARAS DE UNA OPORTUNA

TUTELA JURISDICCIONAL. Lo que se discute y protege en éstos es LA POSESION O LA MERA TENENCIA, y no el dominio. Es decir se protege una situación de HECHO existente, y sobre ella debe recaer la prueba. No se puede probar en estos procedimientos el dominio porque el Código Civil lo prohíbe expresamente en el artículo 923 ¹⁰. El dominio se alega en un procedimiento de lato conocimiento: en el juicio ordinario.

Pero lo que es más importante en estos procedimientos es el hecho de que como son procedimientos tan breves, con la sentencia que en ellos se dicta queda AUTOMATICAMENTE RESERVADO EL DERECHO A LAS PARTES PARA DEMANDAR EN JUICIO ORDINARIO, salvo el caso del artículo 576 del Código Civil (único caso en que no se admite la revisión en vía ordinaria).

Es evidente que el tribunal opera con suma rapidez sobre la situación de hecho existente, (igual que en el caso de la medida cautelar innovativa), SIN QUE LA DECISION TOMADA POR MEDIO DE ESTOS PROCEDIMIENTOS SEA LA DEFINITIVA, amparando de esa forma los derechos de la parte que no obtuvo por en el interdicto.

10.- artículo 923 del Código Civil: "En los juicio posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue.

Podrán con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la POSESION, pero solo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente, ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos, que los que puedan probarse de la misma manera".

4.- Alimentos Provisionales .

De acuerdo al Art. 1º, inc. 2º de la ley 14980 "La petición de Alimentos Provisionales se substanciará como incidente".

Los alimentos provisionales son aquellos que sirven al demandante durante el curso del asunto principal y hasta antes de la sentencia definitiva, de los que puede disfrutar hasta esa oportunidad. Nuestros tribunales han fallado que los alimentos provisionales se pueden solicitar desde que se notifica la demanda.

Existen dentro de esta materia dos artículos que son importantísimos y que dicen relación directa con la alteración de un determinado estado de hecho existente. Dichos artículos son el 755 del Código de Procedimiento Civil, y el 3º inciso final de la ley 14908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. El primero de ellos permite al juez que esta conociendo de los juicios de nulidad de matrimonio o de divorcio, a petición de la mujer "TOMAR TODAS LAS PROVIDENCIAS QUE ESTIME CONDUCENTES A LA SEGURIDAD DE LOS INTERESES DE ESTA". Dentro de esa frase están comprendidos la CUANTIA Y FORMA DE LOS ALIMENTOS PROVISIONALES que puede fijar el Juez DESDE QUE SE NOTIFICA LA DEMANDA según el profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile don Mario Mosquera Ruiz. Es decir, se ALTERA LA SITUACION DE HECHO EXISTENTE EN FAVOR DEL ALIMENTARIO INMEDIATAMENTE DESPUES

QUE LE NOTIFICAN LA DEMANDA, SIN QUE HAYA TENIDO SIQUIERA LA POSIBILIDAD DE DEFENDERSE. Es obvio entonces que estamos frente a una protección cautelar innovativa. Dicha protección cautelar en materia de alimentos se ve RESPALDADA EN CUANTO A SU EFICACIA por los artículos 321 del Código Civil, y 755 inciso final del Código de Procedimiento Civil, que señala "En estos juicios podrá el Juez, a petición de la mujer, tomar todas las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de ésta".

No es necesario ahondar más en esta materia tan bien tratada por nuestro legislador. Es una de las pocas en que realmente se protege EFICAZMENTE desde un principio al menor y a la madre procesalmente hablando. Sin duda que estamos frente a una medida cautelar amplia e innovativa en el artículo 755 del Código de Procedimiento Civil.

5.- La Detención y la Prisión Preventiva.

El objetivo de la naturaleza del sumario criminal es ASEGURAR LA PERSONA DEL DELINCUENTE. Por medio de este el legislador vincula a la persona del delincuente al proceso penal para evitar que burle la acción de la justicia. De esta forma el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal señala: "Todo individuo contra quien las diligencias del sumario arrojen datos que hagan presumir su responsabilidad penal, quedará sujeto a la

obligación de comparecer ante el juez de la causa o a la restricción de su libertad personal en la forma determinada en este Título". Dentro de las medidas creadas por el legislador con este objeto se encuentran la detención y la prisión preventiva.

Ambas pueden definirse genéricamente como un "acto jurídico procesal del juez que tiene por objeto la privación de libertad de un sujeto en la forma y con los requisitos establecidos en la ley".

Al igual que con los hechos, el juez va recorriendo etapas en el conocimiento de la persona del delincuente. El primer avance en ese sentido se realiza por medio de la detención. Para detener a un sujeto es necesario que el juez tenga FUNDADAS SOSPECHAS. Una segunda etapa en este sentido se produce cuando el juez de fundadas sospechas pasa a tener PRESUNCIONES FUNDADAS (de participación del sujeto en el hecho punible). En ese momento lo somete a proceso encargándolo reo (desde ese momento pasa a tener el proceso penal un sujeto pasivo). Pero AMBAS ETAPAS SON ESENCIALMENTE PROVISIONALES. NI LA DETENCION NI LA PRISION PREVENTIVA SIGNIFICAN UNA CONDENA DEFINITIVA PARA LA PERSONA, porque el juez solo puede condenar a un sujeto CUANDO HAYA ADQUIRIDO LA CONVICCION POR LOS MEDIOS DE PRUEBA LEGAL DE QUE REALMENTE SE HA COMETIDO UN HECHO PUNIBLE Y QUE EN EL LE HA CORRESPONDIDO AL REO UNA PARTICIPACION CULPABLE Y PENADA POR LA LEY. Así lo establece el legislador expresamente en el

obligación de comparecer ante el juez de la causa o a la restricción de su libertad personal en la forma determinada en este Título". Dentro de las medidas creadas por el legislador con este objeto se encuentran la detención y la prisión preventiva.

Ambas pueden definirse genéricamente como un "acto jurídico procesal del juez que tiene por objeto la privación de libertad de un sujeto en la forma y con los requisitos establecidos en la ley".

Al igual que con los hechos, el juez va recorriendo etapas en el conocimiento de la persona del delincuente. El primer avance en ese sentido se realiza por medio de la detención. Para detener a un sujeto es necesario que el juez tenga FUNDADAS SOSPECHAS. Una segunda etapa en este sentido se produce cuando el juez de fundadas sospechas pasa a tener PRESUNCIONES FUNDADAS (de participación del sujeto en el hecho punible). En ese momento lo somete a proceso encargándolo reo (desde ese momento pasa a tener el proceso penal un sujeto pasivo). Pero AMBAS ETAPAS SON ESENCIALMENTE PROVISIONALES. NI LA DETENCION NI LA PRISION PREVENTIVA SIGNIFICAN UNA CONDENA DEFINITIVA PARA LA PERSONA, porque el juez solo puede condenar a un sujeto CUANDO HAYA ADQUIRIDO LA CONVICCION POR LOS MEDIOS DE PRUEBA LEGAL DE QUE REALMENTE SE HA COMETIDO UN HECHO PUNIBLE Y QUE EN EL LE HA CORRESPONDIDO AL REO UNA PARTICIPACION CULPABLE Y PENADA POR LA LEY. Así lo establece el legislador expresamente en el

artículo 456 bis. del Código de Procedimiento Penal. En definitiva, siempre, tanto la detención como la prisión preventiva van a ser MEDIDAS PROVISORIAS. Sin embargo implican una privación de libertad para un sujeto que obviamente va a alterar la libertad de que gozaba, su estado de hecho.

Sin duda que el juez innova cautelarmente cuando ordena la detención de un sujeto o cuando lo encarga reo; ALTERA EL ESTADO DE HECHO DE UNA PERSONA.

Como podemos apreciar ni en materia penal nuestro legislador a mostrado repugnancia por la medida cautelar en estudio. Es obvio que lo cautelar innovativo, en materia penal, debe perseguir objetivos diferentes a los buscados en lo civil donde principalmente apuntamos con ella al aspecto patrimonial; pero no por ello va a dejar de ser innovativa al fin.

6.- El desasimientto como uno de los "Efectos Inmediatos de la Declaración de Quiebra".

El artículo 64 de la Ley de Quiebras nº 18175 preceptúa: "Pronunciada la declaración de quiebra, el fallido queda inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, salvo aquellos que sean inembargables".

"El desasimientto no transfiere la propiedad de los bienes del fallido a sus acreedores", sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos".

"La administración de que es privado el fallido pasa de derecho al síndico, quien la ejercerá con arreglo a las disposiciones de esta ley. En consecuencia, no podrá el fallido comparecer en juicio como demandante ni como demandado, en lo relacionado con los bienes comprendidos en la quiebra, sin perjuicio de tenersele como coadyudante. Pero podrá ejercitar por sí mismo todas las acciones que exclusivamente se refieran a su persona y que tengan por objeto derechos inherentes a ella, y ejecutar todos los actos conservativos de sus bienes en caso de negligencia del síndico".

"La administración que conserva el fallido de los bienes personales de la mujer e hijos, de los que tenga el usufructo legal, quedará sujeta a la intervención del síndico mientras subsista el derecho de marido, padre o madre en falencia. El síndico cuidará de que los frutos líquidos que produzcan estos bienes ingresen a la masa,

deducidas las cargas legales o convencionales que los gravan. El tribunal, con audiencia del síndico y del fallido, determinará la cuota de los frutos que correspondan al fallido para sus necesidades y las de su familia, habida consideración a su rango social y a la cuantía de los bienes bajo intervención".

"El síndico podrá figurar como parte coadyuvante en los juicios de separación de bienes y de divorcio en que el fallido sea demandado o demandante".

Este artículo consagra lo que la doctrina mercantil denomina "DESASIMIENTO", efecto en virtud del cual el fallido queda inhabilitado de administrar y disponer de los bienes afectos al concurso, facultades que pasan de pleno derecho al síndico, que lo sustituye y representa. Es decir de pleno derecho y de inmediato, en virtud de resolución judicial, se altera sustancialmente la situación de hecho de la persona declarada en quiebra.

La alteración de la SITUACION DE HECHO se manifiesta en lo siguiente:

1º El fallido no pierde el dominio de los bienes afectos al concurso; sólo se le priva del derecho de administrar y disponer de ellos. Los romanistas expresan que el dominio comprende el jus abutendi, el jus fruendi y el jus utendi. El fallido, en virtud del desasimiento, pierde los atributos del dominio indicados. Efectivamente, no puede disponer, usar ni gozar de los bienes afectos al concurso. Empero conserva el dominio

de dichos bienes, y por tal razón puede impetrar medidas conservativas de los bienes, en caso de negligencia del síndico;

2º Los efectos del desasimio se producen ipso jure, de pleno derecho, al momento de declararse la quiebra; y

3º En virtud del desasimio, el síndico queda como administrador de los bienes del fallido afectos al concurso, a quien representa en lo referente a estos bienes.

Este es uno de los artículos más claros dentro de nuestra legislación que establece, sin proponérselo, una medida cautelar innovativa. Creo que en este trabajo no es la oportunidad para referirse a la naturaleza jurídica de la resolución que dicta el tribunal en virtud de la cual se declara la quiebra de una persona. Creemos que se trata, siguiendo a la doctrina mayoritaria, (a pesar de que se dicta SIN QUE EXISTA UN PROCEDIMIENTO PREVIO DE LATO CONOCIMIENTO, basta que el fallido se encuentre en una de las situaciones que habilita al tribunal para decretarla), de una SENTENCIA DEFINITIVA.

Pero a pesar de su naturaleza jurídica de sentencia definitiva, ello no la priva de ser una medida cautelar innovativa, tanto por la rapidez con la cual puede dictarla el tribunal, CAUTELANDO LOS INTERESES DEL SOLICITANTE, como por la ALTERACION SUSTANCIAL DE LA

SITUACION DE HECHO DE QUE GOZABA EL FALLIDO HASTA ANTES DE SU DICTACION.

7.- Separación Provisional de los Trabajadores con Fuero.

El artículo 16 inciso 2º, 1ª parte de la nueva ley 19010, sobre "Terminación del Contrato de Trabajo y Estabilidad en el Empleo", establece (al igual que lo hacía el artículo 165 de la ley 18620) : "El Juez, como MEDIDA PREJUDICIAL Y EN CUALQUIER ESTADO DEL JUICIO, PODRA DECRETAR, EN FORMA EXCEPCIONAL Y FUNDADAMENTE, LA SEPARACION PROVISIONAL DEL TRABAJADOR DE SUS LABORES, con o sin derecho a remuneración". La separación provisional del trabajador sujeto a fuero es una medida que el juez está facultado a decretar en forma excepcional y siempre que existan fundamentos suficientes.

Sin embargo, según lo dispuesto en este artículo, la medida prejudicial no producirá efecto alguno, si por sentencia firme se determinare que el trabajador sujeto a fuero no ha incurrido en causal de caducidad del contrato de trabajo. Esto significa que el trabajador debe ser reintegrado a sus labores y procede pagarle las remuneraciones correspondientes con efecto retroactivo.

Como podemos apreciar, a pesar de que la ley habla de medida PREJUDICIAL, estamos sin duda, frente a una medida cautelar de orden innovativa porque PERMITE CAUTELAR LOS INTERESES DEL EMPLEADOR (aunque sea momentáneamente durante la secuela del juicio), y a la

vez le otorga expresamente facultades al juez para que innove respecto de la situación de hecho de que goza el trabajador sujeto a fuero laboral, innovación que de no mediar esta norma, no podría realizar. Esta nueva situación que se produce al interior de la empresa, sin duda que cautela y protege los intereses del empleador. Es decir, claramente estamos frente, valga la redundancia, a una "medida cautelar". Ahora el carácter que le demos de innovativa o no, va a depender de la visión que tengamos respecto de esta singular SEPARACION. Nosotros creemos derechamente que innova, que altera la garantía de estabilidad de que gozaba dicho trabajador en su empleo. Por ende claramente se trata de una medida cautelar innovativa; sin perjuicio que al finalizar el juicio, y en virtud de sentencia judicial ejecutoriada, el juez reincorpore al trabajador a sus labores habituales. Pero no por eso podemos dejar de reconocer que DURANTE UN DETERMINADO ESPACIO DE TIEMPO SE CAUTELARON LOS INTERESES DEL SOLICITANTE DE DICHA MEDIDA, Y QUE EL EFECTO ESENCIAL DE ESA MEDIDA ES ALTERAR LA SITUACION DE HECHO DEL TRABAJADOR, limitando los efectos de la garantía y estabilidad en el empleo de que gozaba hasta antes de su dictación.

Reputamos suficiente lo expuesto, para demostrar que la medida innovativa no es una realidad desconocida por el legislador nacional. Por lo contrario: no faltan los ejemplos demostrativos de la verdad de tal aserto.

Cierto es que el legislador ha actuado, hasta ahora, coyunturalmente. Es decir que ha consagrado casos aislados de medidas innovativas allí donde consideró que su implementación era necesaria. Falta pues, que tome cabal conciencia de que existe un género que trasciende y abarca los supuestos aislados, y que resulta impostergable su regulación legal, expresa, específica y autónoma. Sólo cuando ello ocurra se incorporará realmente el valor "eficacia" en nuestro proceso cautelar.

IV.- EL RECURSO DE PROTECCION COMO UN PROCESO CAUTELAR AUTONOMO.

Este recurso extraordinario, de gran importancia práctica, y con una cada vez más amplia aplicación, es una acción principal, por ello, la sentencia que se dicta produce efectos permanentes.

Trataremos de demostrar en este párrafo que el Recurso de Protección, dado su desarrollo y actual aplicación a materias que en un comienzo no imaginábamos, puede ser considerado como un gran PROCESO CAUTELAR AUTONOMO, por la flexibilidad y rapidez con que puede ser utilizado, y por ende, la gran eficacia que otorga a las personas en la protección de sus derechos.

Así, pues, el juicio de protección es un procedimiento especial y tiene sus propios rasgos

distintivos. Ciertamente es que ningún inconveniente hay para que una medida precautoria se conceda por esta vía, como si se tratase de medidas que sólo tiendan a asegurar los resultados de otra acción, O SEA, EL RECURSO DE PROTECCION, EN SI MISMO, UNA GRAN MEDIDA CAUTELAR como lo señaló la Corte de Apelaciones de La Serena el 26 de Enero de 1978 al conocer del Recurso de Protección interpuesto por el agricultor Francisco Sánchez Alen: "La disposición constitucional que ha creado el Recurso de Protección permite que el tribunal que debe conocer de él pueda, por tal vía, poner remedio a las privaciones, perturbaciones o amenazas a las garantías constitucionales determinadamente protegidas, que se originen en actos u omisiones de cualquiera autoridad, o de uno o más particulares, no sólo porque aquella regla no ha establecido limitaciones de ninguna especie, sino también porque no podrá producirse confusión de competencias o atribuciones con la autoridad administrativa; SE TRATA DE UN PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA QUE TIENE POR OBJETO PRESTAR UNA PROTECCION INMEDIATA EN FAVOR DE AQUELLA PERSONA QUE POR CAUSA DE ACTOS U OMISIONES ARBITRARIOS O ILEGALES SUFRA TALES PRIVACIONES, PERTURBACIONES O AMENAZAS EN EL EJERCICIO LEGITIMO DE LAS GARANTIAS EXPRESAMENTE DETERMINADAS EN LA LEY, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes;....."

"El Recurso de Protección ASUME EL CARACTER DE UNA MEDIDA CAUTELAR INMEDIATA, CUYOS EFECTOS DEFINITIVOS

QUEDARAN SUPEDITADOS A LO QUE SE RESUELVA POR LA AUTORIDAD RESPECTIVA O LOS TRIBUNALES CORRESPONDIENTES ANTE QUIENES SE PROMUEVAN POR EL AFECTADO LOS DEMAS DERECHOS QUE ESTE PUEDA HACER VALER EN RESGUARDO DEL LEGITIMO EJERCICIO DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES INVOCADAS¹¹.

Este recurso posee dos características básicas que han de presidir todo su estructura:

- 1.- Es un remedio pronto y eficaz para prestar inmediato amparo al afectado, cada vez que una garantía de libertad o un derecho fundamental esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones ilegales o arbitrarios de una autoridad o de particulares, sean entes con o sin personalidad jurídica;
- 2.- Deja intactas las acciones y recursos que el ordenamiento jurídico (general o especial) haya previsto como tutela de los derechos del agraviado.

Es sobre esta base que el juez (Corte de Apelaciones) deberá adoptar -interpuesto que sea el Recurso de Protección y cumplidas las exigencias del texto fundamental- las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado. El imperio del derecho y la debida protección al afectado PUEDEN SER PERFECTAMENTE LA

11.- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXV, año 1978, segunda parte, sección segunda, págs. 219 a 222.

MODIFICACION DE UN DETERMINADO ESTADO DE HECHO EXISTENTE, Y QUE ESTA ACCION DE PROTECCION PUEDE ORDENAR RAPIDAMENTE.

Si atendemos al sentido mismo del Recurso de protección, a su contenido y a su finalidad, veremos claramente que se trata de un PROCESO CAUTELAR AUTONOMO, ya que si deja intactas las acciones y recursos existentes por vía general o especial para TUTELAR LOS DERECHOS QUE PUDIERAN HABER SIDO AMENAZADOS, PERTURBADOS O CERCENADOS A UNA PERSONA O ENTIDAD ("sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes"), ES PORQUE SE TRATA DE UN REMEDIO QUE NO PUEDE SER ORDINARIO, COMO TAMPOCO PUEDE SOSTENERSE QUE SEA DE LATO CONOCIMIENTO. Pero hay más. El propio texto constitucional que provee el recurso de protección señala que el tribunal adoptará las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado. La propia Comisión Constituyente lo anunciaba como UN MECANISMO EXPEDITO PARA PRESTAR EFICAZ E INMEDIATO AMPARO AL AFECTADO.

Por ende, si se trata de un REMEDIO EXPEDITO, PRONTO Y EFICAZ QUE EL TRIBUNAL VA A CONOCER DE TAL MODO QUE DEBE ADOPTAR LAS PROVIDENCIAS NECESARIAS PARA RESTABLECER EL IMPERIO DEL DERECHO Y ASEGURAR LA DEBIDA PROTECCION DEL AFECTADO, NO CABE DUDA QUE ESTAMOS EN PRESENCIA DE UN PROCEDIMIENTO CAUTELAR AUTONOMO DENTRO

DEL DERECHO CHILENO.

Pero lo que es más importante es el hecho de que este Recurso de Protección o Procedimiento Cautelar Autónomo se inserta plena e integralmente no solo en nuestras más viejas tradiciones de control judicial y plenitud jurisdiccional de nuestros tribunales ordinarios de justicia, sino también en las raíces más hondas del sentido mismo de los derechos y libertades fundamentales de la persona, lo cual nos permite sostener que este proceso cautelar no está ajeno a nuestra tradición jurídica¹².

Lo que nos lleva a pensar y a afirmar que estamos frente a un procedimiento cautelar autónomo MUY SIMILAR A LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA, POR LA FINALIDAD EXCESIVAMENTE PARECIDA QUE PERSIGUE, son LAS POTESTADES QUE TIENE EL TRIBUNAL para resolver la situación que conoce. Ya en las Actas de las sesiones de la Comisión Constituyente, en que se trató el Recurso de Protección, quedó muy clara la idea de los comisionados en orden a atribuir al Tribunal que conoce de él las más amplias potestades jurisdiccionales a fin de prestar protección ágil, pronta y eficaz al afectado y restablecer, así, el imperio del Derecho quebrantado por un acto u omisión

12.- Para esa evolución constitucional se pueden consultar los siguientes autores:

- a) J. Heise, "150 años de Evolución Constitucional. Editorial Andrés Bello, Santiago 1960.
- b) A. Edwards, "La Organización Política de Chile", Editorial del Pacífico 1972.
- c) J. Eyzaguirre, "Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile", Editorial Universitaria, Santiago 1977.

ilegal o arbitrario de un tercero cualquiera fuere éste, autoridad o particular.

De allí que el constituyente plasmara esta idea en el texto: "...podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva la que adoptará de inmediato LAS PROVIDENCIAS QUE JUZGUE NECESARIAS PARA RESTABLECER EL IMPERIO DEL DERECHO Y ASEGURAR LA DEBIDA PROTECCION DEL AFECTADO...".

"LAS PROVIDENCIAS QUE JUZGUE NECESARIAS", he ahí una atribución de potestad jurisdiccional amplísima, (que perfectamente puede considerarse una atribución jurisdiccional implícita), que debe entenderse como "TODAS" AQUELLAS MEDIDAS CONDUCENTES A AMPARAR AL AGRAVIADO Y RESTABLECER EL IMPERIO DEL DERECHO; ES DECIR, HACER CUMPLIDA JUSTICIA EN EL CASO CONCRETO, en caso de acoger el Recurso de Protección interpuesto. OBIAMENTE DENTRO DE ESTA "CUMPLIDA JUSTICIA" ESTA LA FACULTAD DEL TRIBUNAL PARA ORDENAR DE INMEDIATO LA ALTERACION DE UNA SITUACION DE HECHO EXISTENTE, atribución necesaria en el caso del juez que conoce de una medida cautelar innovativa.

Finalmente, debo señalar, para concretar la idea desarrollada, que discrepo de lo señalado por el creador del Recurso de Protección en cuanto a la naturaleza jurídica de esta acción. Don Eduardo Soto Kloss señala que estamos frente a un a "ACCION DECLARATIVA", que

persigue la declaración de un Derecho o de una situación jurídica determinada, que si son efectivos, luego de la comprobación de su existencia, serán así declarados en una sentencia por el Tribunal competente (Corte de Apelaciones - Corte Suprema). El pronunciamiento CAUTELAR ES CONSECUENCIA DE ESA DECLARACION DE ANTIJURICIDAD DEL ACTO U OMISION ILEGAL O ARBITRARIO DE UN TERCERO (autoridad o particular); es el cumplimiento de esa sentencia declarativa ¹³.

Nosotros creemos que lo cautelar ES LA ESENCIA DE ESTE PROCEDIMIENTO, ES LO QUE REALMENTE LO HACE EFICAZ. LO DECLARATIVO ES PREVIO Y NECESARIO, PERO LO IMPORTANTE ES LA CONCRECION DE LO DECLARADO QUE SE REALIZA POR MEDIO DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR. Por ende creemos que estamos frente a una perfecta ACCION CAUTELAR AUTONOMA.

Si se da a esta vía procesal el alcance de una medida cautelar cualquiera, se la limita en su posibilidad de lograr una justicia rápida y eficaz.

Véase qué sucede en casos concretos:

Un hombre modesto, que había obtenido un premio en la Polla Gol, vio frustrada su esperanza de recibir la elevada suma que era la recompensa. En el concurso nº 615, efectuado el 31 de enero de 1988, ganó un premio de

13.- El Recurso de Protección, Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia. Eduardo Soto Kloss, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1982. págs. 247 y 248.

\$ 6.047.671, fue a la oficina de Polla Chilena de Beneficencia el 23 de marzo de 1989 a cobrarlo y recibió respuesta verbal negativa, por estar vencido el plazo. Formuló el cobro por escrito el 31 del mismo mes, recibiendo nuevamente respuesta negativa, ahora por carta de 8 de abril. Se informó que el premio no se podía pagar por haber transcurrido el plazo de treinta días que señalaba el reglamento del sistema de pronósticos deportivos.

Recurrió de protección y fue acogida su petición. La Corte Suprema confirmó el fallo. Algunos de sus fundamentos dicen así:

"Primero. Que el artículo 7º del decreto ley 1298, que crea el Sistema de Pronósticos Deportivos, delimitó las materias que podían ser objeto del reglamento que dictaría el Presidente de la República a propuesta conjunta de los Ministerios de Hacienda y de Defensa Nacional, reduciéndolas a la organización, administración, funcionamiento y procedimiento de los concursos;

"Segundo. Que dentro del grupo de materias que se han señalado en el motivo anterior y que serían objeto del reglamento que se dictaría, no figura la de establecer plazos de prescripción que extingan el derecho del apostador que acierta el concurso para cobrar el premio respectivo. No obstante, al dictarse el

reglamento contenido en el decreto supremo Nº 29, de 14 de enero de 1976, se dispone textualmente: 'vencido este plazo, prescribe el derecho de reclamar ambos pagos';

"Tercero. Que, en estas circunstancias, necesario es colegir que el Presidente de la República se excedió en las atribuciones que le había conferido la ley respectiva y, por lo mismo, el plazo fijado carece de eficacia;

"Cuarto. Que, a mayor abundamiento, debe consignarse que los plazos de prescripción no pueden ser establecidos por reglamentos, sino en virtud de una ley que, por su rango, puede fijar plazos distintos a los del derecho común; lo cual aparece ratificado por lo que sobre materias semejantes dispone el decreto con fuerza de ley 120, cuyo texto refundido fue fijado por el decreto 152, de 1980, y la Ley 18568, que establece normas sobre Polla Chilena de Beneficencia y Lotería de Concepción, las que en sus artículos 12º y 8º, respectivamente señalan el plazo dentro del cual debe cobrarse el premio por el beneficiario;

"Quinto. Que la caducidad del plazo, como se sostiene por la recurrida, no produce otro efecto que la anticipación en su vencimiento, situación que no se da en el caso sub lite".

Se acogió el recurso ordenado al pago del premio

con el reajuste correspondiente a la diferencia de valor experimentado por la unidad de fomento entre el 31 de marzo de 1988 y la fecha en que se efectuare el pago.¹⁴

Otro caso: Un estudiante, alumno regular de la Pontificia Universidad Católica de Chile, fue eliminado de su curso. Mas, por carta de 7 de abril de 1988, el director general estudiantil le había comunicado que la Comisión de su Facultad conoció de su apelación y resolvió mantener su calidad de alumno de esa Universidad, no obstante haber incurrido en una causal de eliminación de conformidad con la reglamentación vigente. Y el 26 de abril se expidió un certificado por la secretaria académica en el que se dice que el señor Juan Baeza Carrasco "está matriculado como alumno regular de 3er. año en la Facultad de Derecho de dicha Universidad".

Interpuso el recurso de protección y la Corte, al acogerlo, tuvo en consideración que "no aparece de los antecedentes que con posterioridad a la resolución del 7 de abril se hayan producido hechos nuevos o haya variado la situación reglamentaria ya resuelta en esa fecha. De consiguiente, no hay motivo que legitime la modificación hecha en agosto, pues, como se dijo anteriormente, el señor Baeza fue admitido como alumno regular no obstante "haber incurrido en causal de eliminación de conformidad con la reglamentación vigente. Es por eso que la

14.- Corte de Apelaciones de Santiago, 26 mayo 1988; conf. 3 agosto 1988. Recurso de Protección de Víctor Cayuqueo, nº 150-88.

autoridad correspondiente de la Universidad resolvió, en abril, la situación del estudiante nombrado y resulta arbitraria una decisión posterior que, sin basarse en nuevos antecedentes, pretenda desconocer lo ya decidido".

La Corte mandó dejar sin efecto la medida antes mencionada y se mantuvo la resolución de 7 de abril de 1988, por la cual se resolvió reconocer al señor Baeza su calidad de alumno regular. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema en un fallo extenso y muy fundado.¹⁵

Estos fallos -y no es necesario citar más- demuestran claramente que en esos casos la protección no fue un acción declarativa, sino una acción CAUTELAR AUTONOMA destinada a poner término a una instancia resolviendo la cuestión litigiosa planteada, sin perjuicio del carácter provisional, que pudiere tener.

La persona que obtuvo el premio recibió el dinero para sí, no para mantenerse en espera de un juicio futuro -que nunca se incoó-, sino para disponer inmediatamente de él. Si hubiera existido una acción posterior y se hubiera declarado que no tenía derecho a recibir el premio, simplemente habría debido restituir la suma recibida.

En el caso del estudiante reincorporado en su

15.- Corte de Apelaciones de Santiago, 27 enero 1989; confirmada, 6 abril 1989. Recurso de protección de Juan E. Baeza, Nº 504-88.

curso se da igual situación. Adquirió un derecho independiente de la existencia de un juicio ulterior. En esos litigios la decisión de la Corte fue una real medida cautelar innovativa. Alteró el estado de hecho existente de manera inmediata, dando una eficaz y rápida cautela al perjudicado.

CAPITULO IV.

CONCLUSIONES

I.- LA INTERPRETACION SUSTANCIAL COMO UN MEDIO EFICAZ PARA SOSTENER ACTUALMENTE EN CHILE LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

Ahora bien. Es necesario que nos detengamos un poco a analizar el problema de la INTERPRETACION JURIDICA basado en la visión que señala el profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, señor Pablo Rodríguez Grez, en su libro "Teoría de la Interpretación Jurídica"¹, análisis que nos permite, aún más, afirmar que es posible sostener en Chile la existencia y la posibilidad de que la medida cautelar innovativa se aplique actualmente dentro de nuestros procedimientos.

El profesor Rodríguez señala al hablar de la "Plasticidad Axiológica del Derecho" lo siguiente: "El derecho, como bien se ha observado, está dotado de una rica "plasticidad axiológica". Esto significa que el derecho, en general, realiza una multitud de valores. Podría decir incluso que no hay valor que sea ajeno al mismo. De allí que, para determinar su verdadero contenido axiológico, haya de analizar la norma seleccionando aquellos valores o fines que preferentemente la inspiran. Tarea más compleja todavía si se tiene en consideración, el fenómeno que la filosofía llama "aberración axiológica del derecho", en

¹.- "Teoría de la Interpretación Jurídica", Editorial Edimpres Ltda., Santiago de Chile, 1990.

cuya virtud HAY VALORES QUE SE SACRIFICAN EN FUNCION DE OTROS QUE SE PRIVILEGIAN².

De más está señalar que en virtud del valor justicia, valor último que inspira al derecho, y sin duda inserto en la medida cautelar innovativa, podemos perfectamente sacrificar otros valores que pudieran verse afectados por la medida cautelar innovativa.

Más adelante señala el mismo autor: "La interpretación FORMAL tiene un fin preciso e inalterable: ESTABLECER POSITIVAMENTE QUE ES LO QUE LA NORMA DICE EN SU SENTIDO LITERAL de acuerdo a su composición lingüística. No puede concebirse una etapa sucesiva mientras este problema no quede resuelto, porque la fase de interpretación sustancial supone la existencia de una NORMA GENERAL FUNDANTE, CAPAZ DE GENERAR UNA REGLA (O NORMA) PARTICULAR.

Esta norma general fundante en el caso de la medida cautelar en estudio sería el artículo 298 del C.P.C. parte final: "PODRA TAMBIEN EL TRIBUNAL, CUANDO LO ESTIME NECESARIO Y NO TRATANDOSE DE MEDIDAS EXPRESAMENTE AUTORIZADAS POR LA LEY, EXIGIR CAUCION AL ACTOR PARA RESPONDER DE LOS PERJUICIOS QUE SE ORIGINEN". Teniendo presente esta norma, debemos pasar a la próxima etapa de interpretación. La interpretación SUSTANCIAL, que nos

².- Ibídem, pág. 30.

permitirá, como veremos, la aplicación sin necesidad de una reforma legislativa que la consagre expresamente, LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA.

Señala el profesor Rodríguez Grez a continuación:

" Concluida la fase formal del proceso interpretativo, comienza la llamada fase sustancial que es, SIN DUDA, LA MAS IMPORTANTE EN EL MECANISMO DESTINADO A APLICAR LA NORMA JURIDICA".

"Digamos, desde luego, que ella se presenta tratándose de normas generales, más o menos abstractas, (en la especie cautelar, el artículo 298 del C.P.C. es una norma general y abstracta) y que tiene por objeto DEDUCIR -DE DICHA NORMA- OTRA DE CARACTER PARTICULAR QUE, SINGULARIZANDO LA GENERAL, DE SOLUCION CONCRETA A LA SITUACION QUE REGULA EL DERECHO".

"De lo señalado se infiere que esta etapa debe seguirse tratándose de normas constitucionales (las más abstractas y generales), legales, decretos reglamentarios, decretos supremos que se refieran a situaciones genéricas, sentencias judiciales que resuelven problemas también genéricos y que afecten a varias personas y contratos que regulen derechos y obligaciones con un cierto grado de abstracción. En suma, toda norma que pueda regular una situación genérica , aún cuando ella tenga el caracter de norma particular, debe aplicarse a través de esta fase

sustancial del proceso interpretativo"³.

Por ende, creemos de vital importancia razonar sobre lo señalado por el distinguido profesor Rodríguez Grez, del cual fui su alumno.

Si la fase de interpretación sustancial debe ser aplicada a toda norma del ordenamiento jurídico, por particular que esta sea, debemos concluir que la norma del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil debe ser interpretada antes de ser aplicada. De esta interpretación perfectamente podemos desprender que este artículo faculta, sin duda, a nuestros jueces para que ordenen la alteración inmediata del estado de hecho existente como una medida cautelar común y corriente, con la única particularidad de que no está expresamente contemplada dentro de nuestro sistema legal, y por ende el tribunal deberá "exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen".

La conclusión anterior se ve avalada aún más por lo que señala más adelante el profesor Rodríguez: "Para los efectos de deducir de la norma general la regla particular que, reiteremos, es la única que choca con la realidad social, el intérprete debe atender a varios criterios o

³.- Ibídem, págs 118 a 120.

elementos interpretativos"⁴. Uno de estos criterios es el de la **COHERENCIA JURISPRUDENCIAL**. En relación a este elemento interpretativo, señala el autor: "Tampoco este criterio puede petrificar la tarea interpretativa del Juez o de la autoridad administrativa, ya que como hemos sostenido precedentemente, **LA LEY TIENE UNA VOLUNTAD PROPIA, UN SENTIDO QUE PUEDE IR EVOLUCIONANDO CON EL CORRER DEL TIEMPO. DE AQUI QUE LA JURISPRUDENCIA TAMBIEN SE RENUEVE Y MODERNICE EN LA MISMA MEDIDA EN QUE SE MODERNIZA Y SE RENUEVA LA NORMA**"⁵.

¿ Podremos dudar que se estaría modernizando la jurisprudencia si aceptara diariamente y del modo más normal y natural posible a la medida cautelar innovativa como una excelente forma de proteger los intereses de los litigantes?. Sin duda que no. Y aún más. Dicha modernización estaría avalada por una interpretación moderna de la norma jurídica, de acuerdo a los últimos criterios de interpretación ya expuestos.

II.- PODER CAUTELAR GENERAL.

Hemos clasificado las providencias cautelares en cuatro categorías, derivadas de cuatro configuraciones

⁴.- Ibidem, pág 121.

⁵.- Ibidem, pág 145 y 147.

típicas que puede asumir su instrumentalidad: se puede, sin embargo, preguntar, antes de proceder a la investigación, si en los casos que hemos tenido presentes en nuestra enumeración (y en los otros que eventualmente estén expresamente previstos por otras disposiciones de nuestro derecho positivo) deben considerarse agotados los medios de la tutela cautelar, o si, por el contrario, se debe reconocer también en nuestro derecho UN PODER CAUTELAR GENERAL confiado al juez fuera de los casos singulares antes enumerados, y en virtud del cual el juez pueda siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, ACTUAR en vía PREVENTIVA para eliminar el peligro, en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso.

El problema puede presentar notable interés práctico en todos los casos en que aún subsistiendo un periculum in mora, falte, sin embargo, en el derecho positivo un medio cautelar expresamente preordenado a las medidas prácticas que en concreto se demuestran como más idóneas para eliminarlo. La reflexión anterior obviamente la realizamos sin considerar al Recurso de Protección dentro de estos casos, ni la interpretación sustancial sostenida al comenzar este capítulo.

No consideramos ni el Recurso de Protección ni la

Interpretación Sustancial ya analizada porque debemos aportar más posibilidades, fuera de las ya señaladas, a la idea de GENERAR Y CONCEBIR en Chile un PODER CAUTELAR GENERAL.

Un caso singularísimo, que se presentó en Francia hace algunos años, puede acreditar, mejor que cualquier razonamiento abstracto, la importancia práctica del problema. El propietario de un centro de recreo nocturno de París había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátiras y ninfas; y el pintor, con objeto de aumentar el interés de la decoración mural, pensó que podría presentar los personajes, que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías, fácilmente identificables, de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos. La noche de la inauguración, una actriz que figuraba entre los numerosos invitados, tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil al objeto de hacerlo condenar a que borrarse la figura ultrajante y al resarcimiento de los daños; y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenara que cubriese provisoriamente el trozo de fresco que reproducía su imagen en pose impúdica.

Probablemente en un caso como este, la finalidad cautelar habría podido lograrse solamente a través de una medida prejudicial probatoria de inspección personal del tribunal como lo establece el art. 281 del Código de Procedimiento Civil¹; pero es cierto que la solución del caso sería mucho más fácil si se reconociese al juez el poder general de ordenar medidas cautelares aunque no estén expresamente previstas por la ley.

Hay autores como Chiovenda que aceptan derechamente la posibilidad de un poder cautelar general por lo menos dentro de la legislación italiana, y enseña que, así como existe en otras legislaciones una regulación general de las medidas cautelares (Legislación Alemana), también en dentro de la Ley Italiana debe considerarse implícitamente existente "la figura general de la providencia provisoria cautelar; dejándose completamente al juez el poder de establecer su oportunidad y su naturaleza². Dicha posición se basa en los artículos 182 y 389 del Código de

¹.- Art. 281 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil: "Puede pedirse prejudicialmente la inspección personal del tribunal, informe de peritos nombrados por el mismo tribunal, o certificado del ministro de fe, cuando exista peligro inminente de un daño o perjuicio, o se trate de hechos que puedan fácilmente desaparecer".

².- Ist., I, pág. 256; véase también ALLORIO, escrito citado, n. 7 al final, el cual parte de la premisa de que todo derecho subjetivo sustancial debe ir acompañado, como accesorio necesario e implícito, de un derecho sustancial de cautela; y, por diversos motivos, POLLAK, System, III, nº 208, págs. 1039-1040.

Procedimiento Civil Italiano que hablan en general de "Providencias conservatorias, interinas o de urgencia" sin ulterior especificación.

Compartimos plenamente la postura del maestro italiano Chiovenda, y creemos que bastaría que nuestro Código de Procedimiento Civil consagrará a la medida cautelar innovativa dentro de medidas precautorias para poder sostener, sin temor a equivocarnos, la existencia en Chile de un "Poder Cautelar General", entendido como el otorgamiento al Juez de facultades para otorgar en forma rápida y eficaz la medida que estime necesaria para caucionar preventivamente los derechos amenazados del solicitante. Lo anterior, como ya lo señalamos, sin considerar al Recurso de Protección y a la Interpretación Sustancial dentro de esta nueva posibilidad.

Es tal la celeridad y las variadas formas en que se presentan las relaciones jurídico - comerciales del mundo moderno que es muy conveniente admitir la existencia de un poder cautelar general, poder que perfectamente podría generarse a través de la medida cautelar innovativa. Es muy difícil que el legislador procesal se ponga en todos y cada una de las innumerables y variadas formas en que puede ser necesaria la cautela de un interés jurídico. Frente a lo anterior aparece la inmensa gama de posibilidades que ofrece la medida cautelar innovativa en cuanto a su

aplicación.

Junto a lo anterior debemos tener siempre presente la necesidad imperiosa de darle una real EFICACIA al proceso, mirando el horizonte de la justicia deseada. Para ello es necesario otorgarle al juez del siglo XXI una serie de atribuciones, que permitan lograr este objetivo, estén o no contempladas específicamente en la ley. De lo contrario so pretexto de un estricto y riguroso apego al texto legal, en la práctica se le impide al juez administrar justicia de una manera eficaz y oportuna.

Ninguna de las leyes procesales civiles nacionales, consagra expresamente la prevención cautelar innovativa. Sí en cambio, varias de ellas, como lo vimos en el capítulo anterior, regulan medidas cautelares específicas suerte de válvula de escape con cuyo auxilio puede el juez resolver las imprevisibles coyunturas que puedan presentarse, y que jamás -es obvio decirlo- el legislador se halló en condiciones de contemplarlas todas. Así como la imaginación siempre es superada por la realidad, también la legislación es siempre desbordada por la casuística jurisprudencial. Ello explica que nuestra jurisprudencia, sin reparar mucho en la figura del poder cautelar general, comprendió que las medidas precautorias enunciadas en un código no siempre son suficientes para asegurar el cumplimiento de una sentencia, y es así como la amplitud

con que han sido aplicadas las medidas precautorias contempladas en el Código de Procedimiento Civil es objeto de un permanente comentario en los repertorios jurisprudenciales. Por ello no es de extrañar la necesidad de introducir una medida cautelar que deje abierta la posibilidad del juez de decretar para caso en concreto la medida cautelar adecuada a las circunstancias; es decir, consagrar concretamente un poder cautelar general. Como ya lo sostuve anteriormente, es perfectamente factible a través de la consagración positiva de la medida cautelar innovativa, de la interpretación sustancial moderna, o de la aplicación amplia del Recurso de Protección considerándolo como un proceso cautelar autónomo.

Ahora bien: ¿debemos conformarnos con el actual destino de la medida innovativa?. Nada de eso. Su suerte es incierta y de pronóstico incierto si se le deja permanecer en la inexactitud de la "medida cautelar innominada o genérica". Es que la irrupción de la medida innovativa en el cuadro general de las diligencias cautelares constituye, a nuestro modo de ver, una verdadera revolución procesal. Por ello es de una necesidad fundamental la reglamentación legal que postulamos. Con ella, jueces y partes no durarán en otorgarlas y en pedir las -respectivamente- medidas cautelares innovativas. Lo demás vendrá por añadidura. Es que pasada la novedad inicial, la alarma ante la novedad, todos, seguramente,

coincidirán en que se habrá dado un gran paso adelante en pos de un real mejoramiento del servicio de justicia. Consideremos, por ejemplo, en lo ocurrido con la prohibición de innovar en relación con el Recurso de Queja. Hace unos pocos años y mientras la Corte Suprema no era unánime en su concesión, su dictado era mirado con recelo pues no solo se trataba de una medida sino que, además, contaba con un apoyo legal meramente implícito³. Si se desea que la medida innovativa eche raíces en nuestro medio, se la debe regular en forma explícita. Sabemos que su utilización aquí y ahora, representa un ir contra costumbres y modos de pensar de profundo arraigo. Remar contra la corriente y vencer la inercia, siempre resulta penoso y poco propicio para ideas todavía en capullo. El legislador puede ayudar a la diligencia innovativa a salir bien de la empresa. Además, debe computarse en igual sentido la circunstancia de que la medida innovativa presenta notas características (así por ejemplo, la

³.- En la estructura del código de Procedimiento Civil es el art. 204 el que menciona la institución de la orden de no innovar, tratándola a propósito del recurso de hecho.

El motivo por el que la orden de no innovar tenga aplicación en el recurso de queja radica en el art. 536 del C.O.T., precepto que en su parte final señala que los Tribunales que conozcan el recurso "dictarán las medidas convenientes para poner pronto remedio al mal que motiva la queja".

A partir de ese artículo, la Corte Suprema, ha aplicado la orden de no innovar al recurso de queja a fin de evitar la acentuación del mal que motivó la interposición de la queja.

La Fuente de la Orden de NO Innovar en el Recurso de Queja es la jurisprudencia.

conurrencia del presupuesto "daño irreparable") que la singularizan.

Ojalá que el legislador tome conciencia de su importancia y se apresure en consagrarla. Es imperioso que se regule legalmente esta nueva herramienta jurídica.

El valor "eficacia" reclama cada día mayor injerencia en el ámbito del proceso civil, y precisamente, la medida innovativa lo surte cabalmente. No se puede, entonces dar tiempo al asunto. Queremos un poder cautelar eficaz y acorde con la urgencia de justicia que reclama la hora actual.

Se presentan ciertos casos en los cuales -si se quiere prestar jurisdicción de modo eficaz y preventivo- el juez puede y debe actuar inmediatamente, y no esperar a que la conducta reprochable del obligado que no acata lo ordenado, se traduzca en el derecho del beneficiario de la obligación insatisfecha a reclamar daños y perjuicios. En la gran mayoría de los casos, el beneficiario de una orden judicial quiere, y espera, que ella se cumpla oportunamente, y no le agrada la idea de que su desobediencia hará nacer en su favor un derecho resarcitorio y nada más (resarcimiento que, eventualmente, podrá obtenerse luego de largos y penosos trámites). Supongamos el caso de un famoso tenor que ha prometido,

contractualmente, cantar con exclusividad en un determinado teatro de una ciudad. Supongamos, también, que el cantante lírico del ejemplo viola su compromiso contractual y se dispone a debutar en otra sala de espectáculos de la misma localidad, y que ante ello el empresario del primer teatro obtiene una orden judicial (v. gr., una medida cautelar innovativa) que le prohíbe el debut. ¿Podría el juez, enterado de que va a ser desobedecido, pedir el concurso de la fuerza pública para impedir que su mandato resulte burlado?. A nuestro modo de ver, sí. ¿O acaso sería más eficaz amenazar al tenor de marras recordándole que algún día podrá verse obligado a desembolsar una gruesa suma de dinero en concepto de indemnización?⁴. "Afianzar la

⁴.- El Efecto Absoluto de los contratos, que sustenta jurídicamente el ejemplo señalado está excelentemente tratado en el libro de Jorge López Santa María: "Los contratos. Parte General" páginas 261, 262, 265 y 266.

EL EFECTO ABSOLUTO O EXPANSIVO DE LOS CONTRATOS.

Al margen de la voluntad de las partes contratantes, a veces un contrato puede ser invocado por un tercero en su favor u opuesto a un tercero en su detrimento. En alguna medida, en cuanto el contrato es un hecho, que como tal existe para todos, en sus efectos reflejos puede alcanzar a terceros absolutos: no para crear directamente un derecho o una obligación en el patrimonio de ellos, sino en cuanto es factible traerlo a colación, o formular una pretensión basada en el contrato ajeno. Esto es lo que se llama el efecto absoluto, o expansivo, o indirecto, o efecto reflejo de los contratos.

El efecto absoluto o expansivo del contrato se sitúa en una perspectiva más amplia que la del principio tradicional del efecto relativo de los contratos. El efecto expansivo implica una superación de la rigidez y estrechez del efecto relativo, una suerte de abandono o sustitución de los marcos que encuadran la institución del efecto relativo.

La premisa de la que hay que partir para referirse al efecto expansivo de los contratos consiste en que éstos, sin perjuicio de los derechos personales y obligaciones correlativas que generan para las partes, por sí mismos

justicia" también quiere decir hacer justicia hoy y no

convenido entre otros, ni puede, por lo mismo, impedir, ni privar, ni discutir a las partes los derechos y obligaciones que provienen del contrato. Lo que ocurre es que el contrato no es únicamente una cuestión de creación de norma legal y de imperio de la voluntad. Se inscribe en un contexto social y, por lo mismo, es también un hecho social ... Afirmar, pues, que los contratos son inoponibles a terceros sería una afirmación inexacta que no ayuda a la claridad de las ideas. Frente a terceros, el contrato tiene una eficacia menor o disminuida; pero la tiene y variada, aunque no para todos esa eficacia sea igual.

Una de las manifestaciones concretas del efecto absoluto de los contratos es La Oponibilidad de un contrato por las partes a terceros. Principalmente se trata de casos en que se puede sancionar a un tercero por medio de la figura de la Responsabilidad Civil Extracontractual, por ser el tercero, cómplice en la violación de un contrato.

Así por ejemplo, si la Universidad de Chile trae al país, por un semestre, a un prominente científico extranjero celebrando con él un contrato de prestación de servicios académicos, con cláusulas de exclusividad, el efecto absoluto o expansivo de este contrato impide a otra institución educacional supongamos un instituto privado en conocimiento de los antecedentes indicados, contratar a su turno al científico de marras. Hoy, muchos dirían en Chile que la Universidad sólo podría demandar al científico por incumplimiento del contrato. ¿Y si se regresó al extranjero o si tuviere inmunidad diplomática o si fuere insolvente?. Ante éstas u otras dificultades, conforme al efecto absoluto de los contratos, en Francia se ha acogido la demanda contra quien hubiese sido cómplice en la violación del contrato; contra el instituto privado en el ejemplo. Es razonable y justo. Basta para admitirlo con desprenderse de los excesos de la autonomía de la voluntad; o sea, en esta materia, con dejar de lado el principio del efecto relativo elevado a la altura inmerecida de un dogma intangible.

Relacionada con la oponibilidad del contrato por las partes a un tercero absoluto, cabe mencionar en Chile la jurisprudencia en materia del precario, institución contemplada en el artículo 2195 inciso 2º del Código Civil: "Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño". Dados estos supuestos, el propietario de la cosa puede exigir judicialmente su restitución, en juicio sumario, de acuerdo al artículo 680 Nº 6 del Código de Procedimiento Civil. Pero en numerosas sentencias, nuestros Tribunales han resuelto que debe rechazarse la acción de precario si el demandado acredita que tiene la cosa en virtud de un contrato que había celebrado con otra persona distinta al demandante.

justicia" también quiere decir hacer justicia hoy y no pasado mañana. Repárese en que no importa que en el caso del ejemplo, mediaría un desconocimiento de la naturaleza intuitu personae propia de las obligaciones derivadas del contrato de espectáculo público. Es que no se está obligando al tenor del ejemplo a cantar en tal sitio, sino a no hacerlo en determinado lugar.

El debido respeto que merecen los tribunales exige que se le conceda expresamente (para evitar dudas y polémicas) la facultad de implementar toda suerte de disposiciones complementarias y accesorias convergentes en pro del cumplimiento a todo evento de la orden judicial impartida. Es decir que si el cautelado, por ejemplo, no acata la orden, desprecia la imposición de multas y minimiza las resultas penales de su conducta, siempre podrá el juez -subsidiariamente- arbitrar las medidas conducentes a que se respete su investidura.

Entonces, de una vez y para siempre, pongamos en manos de nuestros jueces todas las armas que sean menester para que las personas experimenten la grata sensación de sentirse amparados.

estos supuestos, el propietario de la cosa puede exigir judicialmente su restitución, en juicio sumario, de acuerdo al artículo 680 N^o 6 del Código de Procedimiento Civil. Pero en numerosas sentencias, nuestros Tribunales han resuelto que debe rechazarse la acción de precario si el demandado acredita que tiene la cosa en virtud de un contrato que había celebrado con otra persona distinta al demandante.

Y así como los casos anteriormente expuesto hay varios más. Pensamos que la interpretación de un código no puede agotarse en el estudio de sus antecedentes, ni contentarse con los comentarios de sus autores intelectuales. Una vez promulgado un código, adquiere vida propia. Es decir, se independiza, corta amarras, pierde de vista a sus hacedores y a sus opiniones. Atenerse a lo dicho por sus autores le ocasiona un flaco favor a ese organismo vivo que es un código. Organismo que, necesariamente, debe crecer y evolucionar (al compás del soplo vital dado por la doctrina y la jurisprudencia), so pena de estancarse y morir. Vivimos actualmente la hora del incremento de las facultades del juez (buen ejemplo de ello dan las recientes reformas procesales). Por qué, entonces, negarles atribuciones a nuestros Jueces.

La judicatura constituye un Poder del Estado que como tal posee las facultades (expresas e implícitas) necesarias para satisfacer cabalmente la misión que se le ha encomendado, misión que no es otra que la de propender la paz social dirimiendo los conflictos (o zanjando las dificultades) que impiden su reinado. No se crea que los Jueces cuentan única y exclusivamente con las atribuciones que expresamente les concede el legislador. Si éste ha preterido autorizar explícitamente a los Jueces para hacer tal o cual cosa y si ello resulta indispensable para

desempeñar cumplidamente su cometido, no sólo pueden sino que deben hacerla.

No ignoramos que en nuestro medio existe una fuerte, y seria, corriente de opinión, según la cual los tribunales sólo gozarían de facultades expresas.

Como pensamos que todo evoluciona, estamos firmemente persuadidos de que tan rígida -e inconveniente- postura, también evolucionará.

Estimamos que los augurios son favorables. Nunca como hoy el valor "justicia" ha podido lograr un tan evidente desequilibrio favorable en su eterna pugna con el valor "seguridad". Ojalá los presagios se transformen en una deseable realidad.

Si la adopción de la medida innovativa representaría en nuestro medio una puesta al día del proceso cautelar; si, además, tal recepción contribuiría a un renacer del interés por ideas procesales foráneas o heterodoxas, pero idóneas y eficaces, y si, también, la incorporación de la diligencia cautelar innovativa constituiría una nueva manifestación de una deseable política procesal preventiva: ¿qué aguardamos para recibirla sin temores?.

No se crea que con lo antedicho estoy criticando la magnífica escuela procesal chilena, encabezada actualmente

por el decano de la facultad de derecho de la Universidad de Chile, don Mario Mosquera Ruiz. Si, en cambio, pienso, debe abrirse aún más a la inspiración que viene de allende las fronteras, y a las sugerencias brindadas por concepciones foráneas pero perfectamente adaptables a nuestra idiosincrasia. Tal tarea resultará, sin duda fatigosa, pero el premio que podrá obtenerse es interesante: adecuar a la realidad más avanzada de la doctrina y legislación europeas el mecanismo algo atrasado de nuestro proceso civil.

INDICE

CAPITULO I

INTRODUCCION

A. CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR.....	1
1.- Sentido en que se llaman Provisorias a las Providencias cautelares.....	5
2.- Provisoriedad y Función Preventiva.....	6
3.- Provisoriedad y Urgencia.....	8
4.- Periculum In Mora.....	8
5.- La Instrumentalidad como caracter típico de las Providencias Cautelares.....	12
6.- Terminología correcta.....	15
7.- Providencias Cautelares Conservativas e Innovativas.....	17
B.- CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	19
1.- Providencias Instructorias Anticipadas.....	19
2.- Providencias dirigidas a Asegurar la Ejecución Forzada.....	22
- Fundamento e Importancia.....	23
- Características.....	25
- Categorías de Medidas Precautorias.....	30

- Medidas Precautorias propiamente tales.....	31
3.- Anticipación de Providencias Decisorias.....	37
- Clases de Interdictos Posesorios.....	39
4.- Las Cauciones Procesales.....	42

CAPITULO II

LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

1.- La Medida Cautelar Innovativa.....	47
2.- Descripción de la Medida Cautelar Innovativa.....	52
3.- Reconocimiento en la Legislación Extranjera.....	54
4.- El Référé en la Legislación Francesa.....	58
- Responsabilidad Extracontractual.....	67
5.- El Référé en la Legislación Belga.....	83
6.- Derecho Italiano; un Procedimiento Especial de Urgencia.....	86
7.- El Amparo en Argentina.....	88
8.- El Mandado de Segurança en Brasil.....	97
9.- Justicia Preventiva-Medida Cautelar Innovativa.....	102
10.- Medida Cautelar Innovativa y Proceso Cautelar.....	106

CAPITULO III

LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA EN CHILE

1.- Atribuciones Jurisdiccionales Implícitas.....	110
2.- Análisis de la Problemática vinculada con el Despacho de la Medida Cautelar Innovativa.	114
- Tribunal Competente.....	114
- Presupuesto para el Despacho Favorable de la Medida Cautelar Innovativa.....	115
- Objeciones Formulables a la Inserción de la Medida Innovativa dentro del Proceso Cautelar Nacional.....	124
- Problemática relacionada con la Eficacia de la Medida Innovativa Despachada.....	128
- ¿ Puede postularse antes de la presentación de la demanda?.....	131
- ¿ Procede la sustitución de la diligencia innovativa despachada a pedido del cautelado.....	133
- Recursos que proceden contra la Medida Cautelar Innovativa concedida.....	134
- Caducidad de la Medida Innovativa.....	136
- La Subsistencia de la Medida Cautelar Innovativa reclama una actividad diligente por parte de quien solicitó su dictado.....	137
3.- Casuística Legal.....	138
4.- El Recurso de Protección como un Proceso Cautelar Autónomo.....	153