



UNIVERSIDAD  
DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO

# **EL DERECHO A LA PRUEBA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

JOSEFA MARÍA IGNACIA ORMAZÁBAL MOLINA

Profesora Guía: María de los Ángeles González Coulon

Santiago, Chile

2024

*A mi familia, porque todo lo que soy es gracias a ustedes.*

*En especial a Pablo, que desde el cielo me da ánimos.*

<b>Resumen .....</b>	<b>6</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>7</b>

## **Capítulo 1: La tutela cautelar**

<b>1. La tutela cautelar .....</b>	<b>9</b>
<b>2. Características de las medidas cautelares.....</b>	<b>11</b>
<b>3. Principios de las medidas cautelares en general.....</b>	<b>12</b>
<b>4. Elementos esenciales que configuran la tutela cautelar .....</b>	<b>13</b>
<b>5. Ámbitos de la tutela cautelar .....</b>	<b>15</b>
<b>5.1. Medidas cautelares en materia civil .....</b>	<b>15</b>
5.1.1. Finalidades de las medidas cautelares civiles en particular.....	15
I) Finalidad Conservativa .....	15
II) Mantenimiento del statu quo .....	16
III) Finalidad Anticipativa .....	16
5.1.2. Requisitos generales para la dictación de una medida cautelar en materia civil .....	17
I) Demanda .....	17
II) Petición del demandante.....	17
III) Bienes del demandado no son suficientes para el cumplimiento de la eventual sentencia definitiva .....	18
IV) Acompañar comprobantes que constituyan al menos presunción grave del derecho que se pretende invocar.....	18
V) Demandante debe rendir caución en los casos que la ley lo exija .....	18
5.1.3. Las medidas cautelares civiles en particular.....	19
I) Consagradas en el Título 5º Libro II del CPC .....	19
II) Prejudiciales precautorias.....	21
III) Medidas consagradas en otros procedimientos dentro del mismo Código de Procedimiento Civil.....	21
IV) Leyes especiales.....	22
<b>5.2. Medidas cautelares en materia penal .....</b>	<b>23</b>
5.2.1. Las medidas cautelares personales.....	23
I) Finalidades .....	24
II) Requisitos .....	24
III) Principios.....	24
5.2.2. Las medidas cautelares personales en particular.....	26
<b>6. La razón de estudio .....</b>	<b>30</b>

## **Capítulo 2: El derecho fundamental a la prueba**

<b>1. Los derechos fundamentales .....</b>	<b>31</b>
--	-----------

<b>2. El debido proceso .....</b>	<b>32</b>
<b>2.1. El contenido del debido proceso .....</b>	<b>32</b>
2.1.1. El derecho a un juez independiente, imparcial, predeterminado por la ley y competente 33	
2.1.2. Derecho a un proceso previo legalmente tramitado .....	33
2.1.3. Derecho a un proceso público.....	34
2.1.4. El derecho a la defensa.....	34
<b>3. El derecho a la prueba.....</b>	<b>35</b>
<b>3.1. Concepto de prueba.....</b>	<b>35</b>
<b>3.2. La prueba como un derecho fundamental y su justificación .....</b>	<b>36</b>
<b>3.3. La clasificación del derecho a la prueba .....</b>	<b>37</b>
3.3.1. La vertiente objetiva del derecho a la prueba .....	38
3.3.2. La vertiente subjetiva del derecho a la prueba.....	39
I) La conformación, admisibilidad y práctica de la prueba.....	40
II) La valoración de la prueba .....	41
III) La decisión en base al estándar probatorio .....	42
<b>4. Los medios de prueba.....</b>	<b>43</b>
<b>4.1. La prueba documental.....</b>	<b>44</b>
<b>4.2. Prueba testimonial.....</b>	<b>45</b>
<b>4.3. Prueba confesional.....</b>	<b>45</b>
<b>4.4. Inspección personal del tribunal .....</b>	<b>46</b>
<b>4.5. Informe de perito .....</b>	<b>46</b>
<b>4.6. Presunciones .....</b>	<b>47</b>

### Capítulo 3: La aplicación del derecho a la prueba en las medidas cautelares

<b>1. Procedencia del derecho a la prueba en las medidas cautelares .....</b>	<b>49</b>
<b>1.1. La justificación del acto probatorio .....</b>	<b>49</b>
1.1.1. Una consecuencia jurídica.....	50
1.1.2. Hechos valorativos preeminentes .....	51
1.1.3. Se prueban hechos futuros.....	52
I) Los hechos futuros en materia civil .....	52
II) Los hechos futuros en materia penal.....	53
<b>1.2. El derecho a la prueba aplica siempre allí donde se debe probar un hecho.....</b>	<b>55</b>
<b>1.3. Respuesta a la interrogante .....</b>	<b>56</b>
<b>2. La aplicación del derecho a la prueba en las medidas cautelares .....</b>	<b>56</b>
<b>2.1. El aspecto objetivo de la prueba en las medidas cautelares.....</b>	<b>57</b>

2.1.1.	El aspecto objetivo en las medidas cautelares civiles .....	58
2.1.2.	El aspecto objetivo en las medidas cautelares penales .....	61
<b>2.2.</b>	<b>El aspecto subjetivo de la prueba en las medidas cautelares .....</b>	<b>64</b>
2.1.1.	El aspecto subjetivo del derecho a la prueba en materia civil .....	64
I)	La conformación, admisibilidad y práctica de la prueba.....	64
II)	La valoración de la prueba .....	67
III)	Estándar de prueba .....	70
2.1.2.	El aspecto subjetivo del derecho a la prueba en materia penal .....	71
I)	La conformación, admisibilidad y práctica de la prueba.....	71
II)	La valoración de la prueba .....	71
III)	Estándar de prueba .....	72
3.	Una propuesta para subsanar los problemas.....	73
3.1.	Materia civil.....	74
3.2.	Materia penal .....	75
<b>Conclusión.....</b>	<b>.....</b>	<b>79</b>

## **Resumen**

Las medidas cautelares como toda decisión adoptada por un tribunal requieren para su dictación de un proceso racional y justo, es decir, de un debido proceso, sobre todo considerando que ellas afectarán distintos derechos del demandado o imputado, ya sea en el ámbito patrimonial o personal, según la medida y el tipo de procedimiento de que se trate. A su vez, dentro de los contenidos del derecho fundamental al debido proceso encontramos el derecho a la prueba.

Este trabajo pretende demostrar que el derecho fundamental a la prueba no solo es aplicable en la dictación de una sentencia definitiva, sino que también es aplicable en la dictación de medidas cautelares por parte de los tribunales, por lo cual deberá respetarse su aspecto objetivo y subjetivo. Ello implica, por un lado, conocer las medidas cautelares y sus supuestos, y por otro, el derecho a la prueba como garantía fundamental, para de manera posterior hacerlos confluir. Finaliza con un análisis respecto al efectivo cumplimiento de esta garantía constitucional, tanto en el reconocimiento en nuestra legislación, como en la adopción de la decisión respecto a la tutela cautelar por parte de la judicatura, indicando vías por las cuales podrían subsanarse los defectos encontrados.

## Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico los derechos fundamentales, en todas sus vertientes, se han estudiado en aplicación a las distintas instituciones existentes. Esto ocurre especialmente con el derecho fundamental al debido proceso, es decir, aquel que establece principios y garantías indispensables de observar en los procedimientos para obtener una solución justa<sup>1</sup>. De esta manera, es común que dicho derecho y su contenido, se estudie y aplique a las distintas instituciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, poco se ha escrito acerca de la aplicación del derecho a la prueba como parte del debido proceso en las medidas cautelares, ya sea en materia civil o penal.

Estas medidas bajo los principios de provisionalidad e instrumentalidad buscan asegurar mediante la imposición de limitaciones a los bienes del demandado o a la persona del imputado, que una eventual sentencia condenatoria podrá cumplirse en todos sus aspectos, asegurando de esta manera la efectiva tutela judicial<sup>2</sup>. Cabe destacar, que centraremos nuestro estudio en el ámbito civil en aquellas medidas reguladas en el Título 5° del CPC, ya que se trata de aquellas de orden general, por lo cual, lo dicho respecto a ellas aplica también para las especiales. Mientras que, en materia penal, nos centraremos en la prisión preventiva, al tratarse de la medida que afecta la libertad personal de la manera más gravosa. En ese sentido veremos cómo los tribunales pueden, por un lado, en materia civil, nombrar interventores, prohibir celebrar actos o contratos sobre una cosa, dictar órdenes de no innovar, y en materia penal llegar incluso a dictaminar la prisión de una persona mientras dure el procedimiento en su contra<sup>3</sup>.

A todas luces estos nos demuestra que, como toda decisión judicial, para su dictación se requiere adentrarse en un proceso racional<sup>4</sup>, con todas las garantías que eso conlleva, es decir, en un debido proceso. A su vez, dentro de esta noción de racionalidad y justicia, encontramos el derecho a la prueba, el que permite a las partes o intervinientes de un procedimiento fundar sus pretensiones en la presentación de distintos medios de prueba, que estos sean admitidos al procedimiento y considerados por el tribunal al determinar si los hechos del caso son subsumibles a los supuestos de la norma legal. Dicho derecho fundamental, es arduamente considerado al momento de dictar una sentencia definitiva, pero poco en el resto de las decisiones judiciales durante el curso del procedimiento, en el que encontramos, la dictación de medidas cautelares.

---

<sup>1</sup> AGUDELO RAMÍREZ, Miguel, 2004. El debido proceso. *Revista Opinión Jurídica*. Huánico: vol. 4, N° 7 pp. 89-105.

<sup>2</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, 2004. Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*. Santiago: N° 4, pp. 77-90. (78)

<sup>3</sup> En materia civil dichas medidas encuentran su regulación principal en el art. 295 y ss., y en materia penal en el art. 140 y ss.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ SERPA, Ferney y DÍAZ RINCÓN, Sandra, 2011. La racionalidad de las decisiones judiciales. *Revista Justicia*. Barranquilla: N° 19, pp. 166-178. (174)

Por lo anterior, esta memoria pretende en primer lugar, dar a conocer las particularidades de las medidas cautelares en sus distintas materias, con un enfoque especial en las reguladas en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, por ser las más generales y utilizadas, y en la prisión preventiva al ser la medida precautoria más gravosa en nuestro ordenamiento jurídico. Y junto a ello, reconocer el derecho a la prueba como parte de las garantías fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, y los diversos supuestos que contiene para que podamos darlo por satisfecho. De manera posterior, por lo tanto, corresponde preguntarnos si la garantía fundamental del derecho a la prueba, en sus diversos aspectos y con todo el contenido que conlleva, es aplicable a las medidas cautelares, y cuáles serían las razones que lo avalan.

Creemos que, al encontrarnos antes supuestos de hecho a los que la ley atribuye consecuencias jurídicas, necesariamente le corresponde a las partes o intervinientes probar aquellos, por lo tanto, existe una etapa probatoria, y allí donde hay prueba, existe a su vez la obligación de respetar el derecho fundamental a la prueba.

Con lo anterior claro, pasaremos a demostrar que nuestra legislación reconoce la posibilidad de probar los supuestos de las medidas cautelares, pero que, sin embargo existen ciertas falencias en el contenido subjetivo del derecho fundamental a la prueba, en materia civil especialmente en la etapa de valoración y estándar de prueba, y en materia penal solo en este último, lo que determina que los justiciables no vean el efectivo y eficaz cumplimiento de la garantía en la dictación de las medidas. Por lo cual, nuestra memoria se cierra con una propuesta respecto a las formas mediante las cuales, los tribunales pueden subsanar los vicios actuales, considerando que las modificaciones legales son soluciones mucho más simples, pero más difíciles de alcanzar por los altos costos que implican.

## Capítulo 1: La tutela cautelar

### 1. La tutela cautelar

Tutela se define según la Real Academia Española como la “dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra”, y particularmente en el ámbito jurídico se refiere a la protección de los derechos e intereses de los distintos individuos<sup>5</sup>. Más aún existe en nuestro ordenamiento jurídico el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que, según DIEZ PICAZO, se refiere a aquel que se le reconoce a toda persona de acudir a los órganos de administración de justicia para obtener una decisión fundada respecto de los intereses que ha deducido<sup>6</sup>. Lo anterior se logra típicamente en nuestro sistema procesal a través de las vías clásicas: el proceso declarativo o el proceso de ejecución<sup>7</sup>.

Sin embargo, existe un factor de la ecuación que determina que en la mayoría de los casos estos mecanismos no resulten eficaces por sí solos, esto es, el transcurso del tiempo, pues todo procedimiento requiere sustentarse en ciertas formalidades y etapas, las cuales serán distintas según el procedimiento de que se trate y el área en que se desenvuelva. Si bien inicialmente este parece ser solo una desventaja en cuanto a la eficacia de la protección de los intereses de las personas, en realidad tiene una segunda cara, pues estas etapas y ritualidades permiten y van en la línea con que se cumplan las garantías del debido proceso. Entonces podemos reconocer la existencia de una ponderación de intereses en nuestro ordenamiento, por un lado, entre la idea de obtener rápidas soluciones a los conflictos jurídicos y, por otro lado, la necesidad de que esa resolución de conflictos asegure principios fundamentales que tienen como base propiciar la mayor simetría entre las partes<sup>8</sup> o intervinientes.

Para apuntar a nuestro estudio, conviene detenernos en la realidad respecto a la cual, desde que se inicia un procedimiento, ya sea declarativo o ejecutivo, y la dictación de la sentencia definitiva, ocurren diversas alteraciones jurídicas<sup>9</sup>, ya sea en las personas o en sus patrimonios, lo que puede determinar que no sea posible el cumplimiento de una futura resolución del conflicto.

A lo anterior, según ROMERO nuestro legislador ha reaccionado tres de diversas formas. En primer lugar a través de reformas que buscan que exista cada vez mayor sumarización de la función declarativa<sup>10</sup>, ejemplos de esto los podemos ver en los distintos procesos reformados, ya sea en materia laboral en que

---

<sup>5</sup> ROMERO SEGUER, Alejandro, 2001. La tutela cautelar en el proceso civil chileno. *Revista de derecho y jurisprudencia*. Santiago: Universidad de los Andes, tomo 98, Nº2, p. 35.

<sup>6</sup> DIEZ PICAZO, Luis, 2008. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, p. 425.

<sup>7</sup> ROMERO, A., Op. Cit., p. 37.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 37-38.

no solo se aplica el principio de oralidad de los procedimientos, sino también el de la celeridad con la existencia en el procedimiento ordinario de solo dos audiencias, o también lo que ocurre en los procedimientos regulados por la Ley N° 20.720 sobre la liquidación y reorganización de empresas y personas, pues en todo aquello que interviene el tribunal se establecen plazos sumamente breves con la finalidad de darle prioridad al principio de celeridad. Una segunda respuesta ha sido la de establecer ciertos casos de lo que se ha llamado la tutela anticipada<sup>11</sup>, es decir, la adopción de medidas inmediatas que buscan restituir el imperio del derecho, sin perjuicio de que puedan, en diverso procedimiento revisarse nuevamente, un ejemplo en nuestra legislación podría ser la acción de protección que se tramita ante la Corte de Apelaciones, pues este es un procedimiento de urgencia que solo da lugar a cosa juzgada formal, pues la decisión puede ser revertida mediante otra acción en un procedimiento distinto. Para finalizar, y, en tercer lugar, siendo la solución más relevante para efectos de esta memoria, reconoce la tendencia a fortalecer las llamadas medidas cautelares<sup>12</sup>.

Según CALAMANDREI la tutela cautelar “es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el funcionamiento de la justicia”<sup>13</sup>. A partir de lo cual podemos reconocer que este tipo de cautela protege dos intereses, por un lado, el particular de las partes de poder satisfacer sus pretensiones y, por otro lado, un interés general de justicia, según el cual se busca que los procedimientos ante los tribunales sean eficaces en la protección de derechos de las personas, de manera que sean una vía altamente considerada y de esta manera evitar la autotutela<sup>14</sup>. Ahora bien, esta tutela cautelar en nuestro ordenamiento se manifiesta a través de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares o precautorias son aquellas “resoluciones dictadas durante el procedimiento que anticipan provisoriamente ciertos efectos de la providencia definitiva, y cuya finalidad es prevenir el daño jurídico que podría causarse con la demora en la dictación de esta”<sup>15</sup>. El solo hecho de que exista un procedimiento no se desprende que exista un congelamiento en el estado en que se encuentran las partes, en materia civil, esto se impone como consecuencia lógica de unos de los principios fundamentales de este derecho común y supletorio, el cual es la libre circulación de los bienes<sup>16</sup>, lo que tiene como consecuencia que se deba solicitar esta especie de congelamiento del estado de las partes a través de las medidas cautelares. Mientras que en materia penal esto se justifica en garantías establecidas

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 37-38.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 37-38.

<sup>13</sup> CALAMANDREI, Piero, 1945. *Introducción al estudio de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, p. 45.

<sup>14</sup> DELGADO CASTRO, Jordi, PALOMO VÉLEZ, Diego, DELGADO, German, 2017. Autotutela, solución adecuada del conflicto y *reposesion*: revisión y propuesta. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Santiago: Universidad Católica del Norte, N° 2, pp. 266-267.

<sup>15</sup> MONTERO, Raúl, 2023. *Capítulo II, Aseguramiento de los juicios, procedimientos cautelares* [Diapositivas de PowerPoint]. Departamento de derecho Procesal, Universidad de Chile.

<sup>16</sup> ROMERO, A., *Op. Cit.*, p. 42.

en nuestra Constitución, como la llamada libertad personal, que determina que una persona tiene derecho a trasladarse libremente a través del país<sup>17</sup>, lo que tiene como consecuencia que del solo hecho de ser imputado o imputada en un procedimiento penal no se sigue la consecuencia de existir algún tipo de medida especial para asegurar la comparecencia, sino que nuevamente debe ser solicitado, aunque ya no solo por la partes (que en materia penal se denominan intervinientes) con un interés personal, sino por el Ministerio Público en representación de los intereses de la comunidad en general.

Si bien, es común en la doctrina que las medidas cautelares en materia civil y materia penal se estudien por separado, como será el caso de esta memoria, también debemos reconocer que existen características y principios que ambas comparten, principalmente debido a que su finalidad principal es la misma<sup>18</sup>, lo que revisaremos en el siguiente apartado.

## **2. Características de las medidas cautelares**

Como toda institución, en nuestro ordenamiento jurídico las medidas cautelares en general presentan características que permiten definirlas y darles contenido. En este apartado serán revisadas dichas características, en común tanto para aquellas dictadas en materia civil como penal.

En primer lugar, debemos reconocer la provisionalidad, es decir, que las medidas cautelares están a la espera de que en el proceso de cognición ordinario se dicte la sentencia y una vez que esta ha sido dictada, estas necesariamente se extinguen<sup>19</sup>. Esto porque como antes mencionamos, estas tienen como finalidad asegurar que se cumplan los efectos de la sentencia definitiva.

Su provisionalidad no solo se refiere entonces a que tienen una duración limitada en el tiempo, sino que, además, su duración está perfectamente delimitada desde el momento de la emanación de la providencia cautelar hasta la emanación de otra providencia jurisdiccional, por lo cual justamente se hace la distinción entre medida cautelar y definitiva<sup>20</sup>. Ahora bien, esta es la regla general, pues como veremos nuestro derecho reconoce además su extinción en la medida que cambien las circunstancias que llevaron a su dictación.

Este principio encuentra su reconocimiento en material civil en el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), según el cual “Todas estas medidas son esencialmente

---

<sup>17</sup> LORCA FERRECCIO, Rocío, 2020. Libertad personal y seguridad individual: una revisión del artículo 19 número 7 de la Constitución Política de Chile. *Revista de estudios de la justicia*. Santiago: N° 32, p. 73.

<sup>18</sup> MARÍN, J., Op. Cit., p. 78.

<sup>19</sup> MARIN GONZÁLEZ, Juan, 2015. *Tratado de las medidas cautelares: doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*. Segunda Edición. Santiago: Editorial Jurídica, p. 194.

<sup>20</sup> CALAMANDREI, P., Op. Cit., pp. 36-37.

provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes”. Lo que según MARÍN<sup>21</sup> demuestra que nuestro legislador optó por regular la provisionalidad no en el sentido general de desvincularse de la providencia principal, si no que independiente de ese arribo, las medidas cautelares pueden ser antes dejadas sin efecto si cambian las circunstancias por las cuales se han dictado.

Mientras que en materia penal se reconoce en el artículo 122 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) que regula la finalidad y alcance de estas medidas y según el cual “(...) solo durarán mientras persista la necesidad de su aplicación”.

En segundo lugar, encontramos el principio de la instrumentalidad, muy ligado al anterior, según el cual estas siempre están sujetas a una providencia principal cuyos resultados buscan asegurar<sup>22</sup>. Es decir, la dictación de estas medidas siempre va unida al procedimiento de cognición principal y no tienen una finalidad en sí misma, de ahí el término instrumental.

Si bien en materia civil este principio no encuentra reconocimiento expreso, la doctrina ha construido esta característica bajo el alero de diversas normas. Al respecto, un ejemplo importante, ya que, en principio podría entenderse como una excepción a esta característica, es la solicitud y posterior dictación de las medidas prejudiciales precautorias, pues estas se conceden previo a la existencia de un procedimiento principal, pero justamente es un requisito esencial, que posteriormente, dentro del plazo que la ley establece, se presente la correspondiente demanda<sup>23</sup>, e incluso de no presentarse, la medida se extingue de manera automática.

Mientras en que en materia penal se reconocen en el mismo artículo 122 del CPP según el cual “Las medidas cautelares personales solo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento”.

### **3. Principios de las medidas cautelares en general**

Por otro lado, encontramos que existen en común principios a los que deben acogerse los jueces al momento de la dictación de estas medidas, estos van justamente en la línea de su finalidad y las características que antes mencionamos.

---

<sup>21</sup> MARIN, J., Op. Cit., pp. 193-195.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 99.

<sup>23</sup> Ibidem, , p. 205.

En primer lugar, nos encontramos con la proporcionalidad, según lo cual el juez debe conceder la medida adecuada para situación específica que se trate de cautelar y bajo las condiciones de las circunstancias en particular<sup>24</sup>. Es decir, si bien el legislador no solo debe procurar una sentencia justa para las partes, sino que además debe asegurar que estas sentencias sean oportunas y que lo ordenado en el respectivo fallo pueda cumplirse con eficacia<sup>25</sup>, esto no puede significar, sin embargo, en ningún caso que estas medidas sean utilizadas más allá de lo estrictamente necesario.

En palabras de MARÍN la aplicación de este principio busca que los jueces limiten al máximo el componente opresivo que toda manera cautelar lleva consigo; de este modo, el tribunal debería solo conceder aquellas medidas estrictamente necesarias y que guarden proporción con la pretensión hecha valer por el demandante<sup>26</sup>. Diversos ejemplos prácticos podemos describir en este sentido, típicamente ocurre que se busca por las partes dictaciones de medidas sobre bienes que sobrepasan por mucho el valor del derecho deducido en juicio, lo que sin duda será rechazado por los jueces basado en este principio.

En segundo lugar, existe el principio de la responsabilidad, el cual puede entenderse en distintos sentidos, por un lado, significa que las medidas se conceden por cuenta y riesgo de quien las solicita, y que por lo mismo, los tribunales en el momento de tomar la decisión deben analizar el comportamiento que ha tenido el demandante, observar el interés que ha mostrado en el progreso de la causa, estudiar especialmente cuál ha sido la conducta que ha tenido con posterioridad a la concesión de la medida<sup>27</sup>, y por otro lado, que estas medidas no pueden utilizarse de forma abusiva.

#### **4. Elementos esenciales que configuran la tutela cautelar**

La tutela cautelar, para ser dictada por el tribunal en sus diversas áreas, requiere de diversos requisitos, sin embargo, dos de ellos han sido establecidos por la ley como esenciales<sup>28</sup>, es decir, podemos reconocer que ninguna medida cautelar será o debería ser dictada sin el cumplimiento de ellos. Podríamos señalar que estos son los requisitos generales, que deben analizarse en todos los casos, más allá de que cada medida cautelar tendrá además requisitos especiales según de cual se trate.

---

<sup>24</sup> ROMERO, A., Op. Cit., p. 50.

<sup>25</sup> MARIN, J., Op. Cit., p. 216.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>28</sup> Así se refleja en los distintos presupuestos que establece el Código de Procedimiento Civil y el Código Procesal Penal, los que revisaremos en detalle.

El *periculum in mora* o peligro en la demora se refiere tal como su nombre lo indica a la situación de peligro que se busca evitar con la concesión de la medida<sup>29</sup>. Según CORTEZ<sup>30</sup> sus elementos configuradores son la demora y el daño, que si bien abstractamente pueden analizarse por separado requieren en esta materia necesariamente ir unidos en una relación consecucional, pues el daño se produce producto de la demora. Este daño, incluye el temor de que la sentencia que se pronuncie sea ineficaz<sup>31</sup>, lo que puede derivar de diversas situaciones, como que el deudor entre en estado de insolvencia o el imputado salga del país.

Este presupuesto se recoge en cada una de las medidas cautelares que existen, ya sean en materia civil o penal, e incluso en aquellas no descritas por la ley, aunque se utilicen diversos presupuestos para cada una, lo que hay detrás es la idea general del peligro en la demora.

Además, la existencia deberá ser probada por el solicitante, basándose en elementos objetivos, pues no basta el mero temor, lo cual tendrá suma relevancia en el derecho a la prueba que analizaremos de manera posterior.

Por otro lado, el *fumus bonis iuris* es el juicio de verosimilitud acerca de la existencia del derecho que se reclama<sup>32</sup>, y nos indica que es necesaria una presunción grave del derecho que se pretende invocar.

Este presupuesto tiene importantes consecuencias probatorias, pues significará que el solicitante de dicha medida cuenta con elementos que permitan presumir, que el derecho que se invoca a través de la pretensión es verosímil, lo que a su vez no significa que exista un juicio adelantado por parte del tribunal, sino una mera presunción<sup>33</sup>. Por lo que en este punto convergen medios de prueba tales como las presunciones (que algunos casos serán legales, pues por ejemplo en materia penal la misma ley señala elementos específicos que deben considerarse para declarar al imputado como un peligro para la sociedad) y otros medios de prueba, tales como documentos, lo que revisaremos en el segundo capítulo de esta memoria.

Ahora bien, ya hemos dado una pincelada a los aspectos que comparten las medidas cautelares tanto en materia penal como civil, por lo que ahora es necesario hacer la distinción, pues a su vez ambas buscan resguardar distintos bienes jurídicos y por lo mismo, tienen distintos presupuestos.

---

<sup>29</sup> CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, 1999. La configuración del *periculum in mora* en el régimen cautelar chileno. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. Concepción: n° 205, pp. 99-114.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 99-114.

<sup>31</sup> ROMERO, A., Op. Cit., p. 43.

<sup>32</sup> ARANZI, Rolando, 1999. *Medidas Cautelares*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, p. 7.

<sup>33</sup> ANABALÓN SANDERSON, Carlos, 2015. *El juicio ordinario de mayor cuantía*. Santiago: El Jurista, p. 58.

## **5. Ámbitos de la tutela cautelar**

### **5.1. Medidas cautelares en materia civil**

Las medidas cautelares en materia civil son “los medios que la ley franquea al demandante para que asegure el resultado de la acción que ha interpuesto”<sup>34</sup>. Por el ámbito en el cual nos encontramos es claro que estas tienen a proteger intereses meramente patrimoniales, y el bien jurídico que afectan es el principio general del derecho civil de la libre circulación de los bienes y la autonomía de la voluntad.

El primer elemento que distingue a las medidas cautelares civiles son sus finalidades particulares, según revisaremos a continuación.

#### **5.1.1. Finalidades de las medidas cautelares civiles en particular**

Como mencionamos, uno de los elementos relevantes que determinan que los procesos no sean eficaces es el paso del tiempo. Por ello la filosofía de los códigos decimonónicos fue la de generar mecanismos procesales que resguarden los derechos patrimoniales del demandante, y evitar de esta manera fraudes a la acción de la justicia, sin introducir innovaciones en la posesión de los bienes mientras se tramita el procedimiento<sup>35</sup>. Desde este mismo período se dividieron las finalidades que tendrían las medidas cautelares civiles, lo cual determina a su vez su contenido, es decir, los efectos que provocan con su dictación<sup>36</sup>, división que fue por primera vez establecida por el autor CARNELUTTI<sup>37</sup>.

#### **I) Finalidad Conservativa**

Esta finalidad se manifiesta en las resoluciones que cumplen el objeto tradicional de las medidas, es decir, aquellas que buscan facilitar el resultado práctico de la eventual sentencia, evitando que los bienes objeto de la misma se dispersen<sup>38</sup>. En palabras de ROMERO<sup>39</sup> buscan generar una situación de hecho que evite la consumación del presupuesto general del *periculum in mora*, y en particular que desaparezcan los bienes del deudor eventualmente condenado. En nuestro ordenamiento esta finalidad la cumplen todas aquellas medidas del artículo 290 y ss. del CPC., por tanto, son la base esencial del sistema cautelar civil.

---

<sup>34</sup> CASARINO, Mario, 2005. Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil, Tomo III. Editorial Jurídica. p. 190.

<sup>35</sup> MARIN, J., Op. Cit., p. 231.

<sup>36</sup> ROMERO, A., Op. Cit., p. 44.

<sup>37</sup> CARNELUTTI, Francisco, 1944. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Uteha, pp. 248-249.

<sup>38</sup> CALAMANDREI, P., Op. Cit., p. 48.

<sup>39</sup> ROMERO, A., Op. Cit., p. 44.

Existen autores que consideran que esta debería ser siempre la única finalidad<sup>40</sup>, ya que responden al criterio de la mínima injerencia, y señalan que por lo mismo son tan aceptadas sin ninguna discusión.

## **II) Mantenimiento del *statu quo***

Una segunda finalidad es la de mantenimiento del *statu quo*, que se da en aquellas resoluciones en que se “evita que una parte unilateralmente pueda poner término a un contrato o que con su conducta altere la situación de hecho existente”<sup>41</sup>. Un ejemplo en nuestra legislación es la orden de no innovar que se puede dictar en la acción de protección por parte de las Cortes de Apelaciones.

La diferencia con la finalidad anterior es que estas si bien mantiene su finalidad conservativa inicial, dan un paso más allá, pues en muchos casos la situación que se preserva es justamente la misma que se pretende por parte del demandante con su pretensión<sup>42</sup>. Así, por ejemplo si se está demandando por una de las partes el ejercicio abusivo por la otra de la cláusula resolutoria y por ello busca ser indemnizada, esta finalidad de mantenimiento del *statuto quo* no solo se limitará a una medida cautelar sobre algún bien de la demandada para asegurar el cumplimiento de una posible indemnización, sino además mantener vigente el contrato mientras se lleve a cabo el procedimiento que determinará si se ejerció o no de manera abusiva la facultad de ponerle fin de manera unilateral.

## **III) Finalidad Anticipativa**

Esta finalidad de las medidas es bastante excepcional, pues tal como indica su nombre, son aquellas que anticipan efectos que si fuesen dictados en el momento que les corresponde no podrían ser eficaces<sup>43</sup>. Estas medidas han sido altamente cuestionadas por la doctrina, pues se señala que corresponden a una ejecución sin título<sup>44</sup>, sin embargo lo relevante a considerar es que estas siguen siendo medidas cautelares, y como tal, siguen cumpliendo los principios que hemos mencionado al iniciar esta memoria, dentro de los que encontramos la provisionalidad, pues al no contarse aún con título ejecutivo, la sanción se da en el ámbito cautelar y no de ejecución<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> ORTERS, Manuel y CALDERÓN, María, 1996. *La tutela judicial cautelar en el derecho español*. España: Comares, p. 18.

<sup>41</sup> MARIN, J., Op. Cit., p. 235.

<sup>42</sup> ORTERS, M. y CALDERÓN, M., Op. Cit., p. 19.

<sup>43</sup> CARNELUTTI, F., Op. Cit., p. 250.

<sup>44</sup> MARIN, J., Op. Cit., p. 238.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 240.

Señala MARÍN que en estos casos lo relevante es que la justificación para romper con una situación preestablecida debe ser una buena excusa, y por tanto, esta anticipación se encuadra en asuntos que tienen características particulares, y que han sido regulados de manera expresa por el legislador.<sup>46</sup>

Un ejemplo al respecto son los alimentos provisorios en materia de familia, pues de acuerdo al artículo 327 del Código Civil (en adelante CC), el juez debe ordenar que se den alimentos de manera provisorio con el solo mérito de los antecedentes y documentos presentados, pero esto sin perjuicio de poder solicitar una posterior restitución si la persona demandada resulta obtener sentencia absolutoria. Este ejemplo demuestra por una parte, entonces que si bien estas medidas cautelares anticipan los efectos de la (posible) providencia definitiva, no son parte de la ejecución, pues hay posibilidad de restitución., y, por otra, que se establecen de manera expresa por el legislador habiendo razones de fondo, como en materia de familia podemos reconocer el bien jurídico protegido del interés superior del niño, niña o adolescente, o bien la posibilidad de vida íntegra de una persona.

### **5.1.2. Requisitos generales para la dictación de una medida cautelar en materia civil**

#### **I) Demanda**

El primer requisito común para la dictación de la medida cautelar civil es que exista una demanda, la cual no necesariamente debe haber sido notificada al demandado<sup>47</sup>. Así lo establece el artículo 290 de CPC al disponer “Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda (...)”.

La salvedad que debe hacerse en este caso es el tipo de medidas cautelares que se dan de manera prejudicial, aunque si bien aún no existe demanda (pues son una forma distinta de iniciar el procedimiento), la ley establece la obligación de presentarla en cierto plazo.

#### **II) Petición del demandante**

Por otro lado, se requiere que estas sean solicitadas por el demandante del procedimiento, lo cual resulta ser una consecuencia obvia al ser su pretensión la que se busca proteger. Sin embargo, de este requisito además se desprende que el tribunal no puede otorgarlas de oficio, en línea con el principio dispositivo de las partes en materia civil.

---

<sup>46</sup> Ibidem, p. 240-241.

<sup>47</sup> ANABALÓN, C., Op. Cit., p. 57.

Es relevante además mencionar que estas solo proceden contra el demandado, y no se dictan en ningún caso contra terceros<sup>48</sup>.

### **III) Bienes del demandado no son suficientes para el cumplimiento de la eventual sentencia definitiva**

Este elemento se desprende del requisito general de toda medida cautelar de existir el *periculum in mora* que antes hemos revisado.

### **IV) Acompañar comprobantes que constituyan al menos presunción grave del derecho que se pretende invocar**

En los mismos términos lo establece el artículo 298 del CPC. Según ANABALÓN<sup>49</sup> estos comprobantes que el demandante debe acompañar de manera natural serán aquellos que a su vez sustenten la demanda, aunque pueden acompañarse otros adicionales que demuestren elementos tales como la solvencia del demandado o el riesgo de ocultación de bienes.

Por otro lado, la presunción grave, según el mismo autor se refiere a un semi-prueba que debe presentarse al tribunal respecto al derecho que se alega<sup>50</sup>. Lo común como medio de prueba será la documental, y la presunción como se expresa en el mismo artículo, aunque como veremos en el siguiente capítulo, se discute si esta consiste en un medio de prueba.

Existe, sin embargo, una excepción a este requisito, que se encuentra en el artículo 299 del CPC, según el cual el tribunal de todas maneras puede decretar estas medidas, aunque falten los comprobantes requeridos, pero solo por un término de diez días mientras se presentan, exigiendo caución.

### **V) Demandante debe rendir caución en los casos que la ley lo exija**

El término caución viene de cautela, significa tomar precaución y precaver cualquier daño, y se otorga para eximir de alguna obligación<sup>51</sup>, en el ámbito procesal en general se traduce en el establecimiento de alguna garantía ante el tribunal.

La regla general es justamente que no es necesaria la caución para la dictación de medidas cautelares, sin embargo, existen dos casos en que podría ser indispensable. En el primer supuesto la caución es

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>51</sup> TALANCÓN ESCOBEDO, Jaime, 2017. CAUCIÓN. *Revista De La Facultad De Derecho De México*. México: vol. 63, N° 260, pp. 513–522.

obligatoria y se refiere al recién mencionado artículo 299 del CPC que permite decretar la medida cautelar aún sin los comprobantes que constituyen presunción grave del derecho que se invoca, siempre que se rinda caución. Y en el segundo caso es facultativa del tribunal, y se trata de las medidas cautelares innominadas (es decir, que no están expresas en nuestra legislación), las cuales deben ir siempre acompañadas de una garantía si el tribunal así lo exige<sup>52</sup>.

### **5.1.3. Las medidas cautelares civiles en particular**

Ahora, pasaremos a hacer una clasificación según el origen de las medidas cautelares en materia civil, y daremos una breve explicación respecto a cada una de ellas. Si bien sabemos que existen arduas discusiones y clasificaciones para cada una, lo relevante para efectos de esta memoria es conocer en general sus presupuestos y los medios de prueba que pueden presentarse en caso de estar señalados por la ley, ya que, esto nos permitirá aplicarles posteriormente el derecho a la prueba.

#### **I) Consagradas en el Título 5° Libro II del CPC**

##### **1) Secuestro de la cosa que es objeto de la demanda**

El Código Civil define el secuestro como 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 (art 2249 CC).

El secuestro judicial se encuentra regulado en el CPC en el artículo 291 y 292 del CPC. Los requisitos para su dictación se reducen a que en primer lugar la acción tenga por objeto una cosa mueble corporal determinada y en segundo lugar el temor de que se pierda o deteriore en poder del demandado (manifestación del *periculum in mora*)<sup>53</sup>.

Existen dos casos en que procede su dictación, el primero de ellos se da en cuanto la acción deducida por el demandante es una reivindicatoria, y, el segundo, es la regla supletoria de que existan otras acciones que tengan por objeto bienes muebles corporales y se cumplan los requisitos<sup>54</sup>.

##### **2) El nombramiento de uno o más interventores**

---

<sup>52</sup> MARIN, J., Op. Cit., pp. 257-258.

<sup>53</sup> CASARINO, M., Op. Cit., p. 191.

<sup>54</sup> ROMERO, A., Op. Cit., p. 52.

El interventor judicial es aquella persona que el juez designa con el objeto de que controle la administración de los bienes materia del juicio que se hallan en poder del demandado<sup>55</sup>. Las facultades de este interventor son más bien inspectivas, no de administración, y si este notare cualquier falta o abuso por parte del demandado respecto de los bienes deberá dar aviso inmediato al tribunal, pudiendo este decretar medidas más rigurosas<sup>56</sup>.

Los supuestos para el nombramiento del interventor se reducen a cinco según lo establece el artículo 293 del CPC, el primero, se refiere a la demanda del dominio o cualquier otro derecho real sobre un bien, el segundo, al reclamo de una herencia ocupada por otro, el tercero, al comunero que demanda la cosa común, el cuarto, es el supuesto genérico que permite solicitarlo siempre que exista temor de que se deteriore la cosa objeto del juicio, y, el quinto, se refiere a todos los otros casos establecidos por la ley. De lo expuesto se deduce que la regla general es la procedencia de esta medida en todos los juicios que versen sobre una cosa, y que basta con probar que hay temor en que esta se vea menoscabada en manos del demandado, lo que no es más que la manifestación del requisito general del *periculum in mora*.

### **3) La retención de bienes determinados**

Según lo regula el artículo 295 del CPC, la retención como medida precautoria solo recae sobre dinero o cosas muebles. La diferencia con la medida del secuestro radica en que este siempre recae sobre las especies objeto del juicio, mientras que en la retención las cosas retenidas pueden asegurar indirectamente la eficacia de la acción, en aquellos casos en que recaen sobre bienes que no son objeto del juicio<sup>57</sup>.

Junto con los requisitos comunes de las medidas precautorias, el Código señala que además debe añadirse que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía, que exista motivo para creer que el mismo ocultará sus bienes o los demás casos establecidos por la ley. Justamente en este caso entonces, tiene aplicación, lo que antes mencionamos, respecto a que los comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se invoca no se reducirán al sustento de la demanda, sino que incluirán pruebas respecto a la situación económica del demandado.

### **4) La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados**

---

<sup>55</sup> CASARINO, M., Op. Cit., p. 192.

<sup>56</sup> ANABALÓN, C., Op. Cit., p. 65.

<sup>57</sup> CASARINO, M., Op. Cit., p. 193.

Esta medida establecida en el artículo 296 del CPC consiste en el impedimento que se le establece al demandado de celebrar cualquier acto o contrato sobre determinados bienes. Según CASARINO<sup>58</sup> en este punto corresponde al demandante, al solicitar la medida expresar concretamente que acto o contrato desea que se prohíba celebrar, aunque por cierto lo más común será la prohibición de gravar o enajenar, entendiendo esta última como transferir el dominio o constituir cualquier otro derecho real sobre el bien<sup>59</sup>.

Según el mismo artículo esta puede recaer sobre bienes objeto de la demanda o no, lo cual tiene importancia para efectos de determinar los requisitos de su dictación. En el primer caso además de los requisitos generales basta que el demandado señale que son los bienes objeto de la demanda, y en el segundo caso se debe probar, además, de los requisitos generales, que las facultades del demandado no ofrecen garantía suficiente para asegurar el resultado del procedimiento, e incluso la jurisprudencia ha establecido como requisito adicional en estos casos, que los bienes sean claramente determinados<sup>60</sup>

## **II) Prejudiciales precautorias**

Este tipo de medidas precautorias, como indica su nombre, son prejudiciales, es decir, son solicitadas y dictadas de manera previa al juicio<sup>61</sup>. Se trata de las mismas medidas que acabamos de estudiar del Título IV del Libro II del CPC, pero con la particularidad de solicitarse antes de que exista demanda.

Deben concurrir tres requisitos para que estas puedan decretarse, en primer lugar, debe haber motivos graves y calificados para solicitarlas, en segundo lugar, debe ser determinado el monto de los bienes sobre los que recaerán, y, en tercer lugar, se debe rendir fianza u otra garantía<sup>62</sup>. Además, una vez que son decretadas, le imponen la obligación al demandante de presentar la demanda en un plazo determinado bajo apercibimiento de extinguirse y considerarse dolosa su actuación (artículo 280 del CPC).

## **III) Medidas consagradas en otros procedimientos dentro del mismo Código de Procedimiento Civil**

Dentro del mismo CPC se han regulado por separado distintas medidas cautelares, sobre las cuales solo haremos una breve mención, pues nuestro estudio se centrará en aquellas reguladas en el Título 5º que

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>59</sup> VIAL DEL RÍO, Víctor, 2006. *Teoría general del acto jurídico*. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 170.

<sup>60</sup> ROMERO, A., *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>61</sup> CASARINO, M., *Op. Cit.*, p. 206.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 207.

acabamos de revisar porque se trata de aquellas de orden general, por lo cual, lo dicho respecto a ellas aplica también para las especiales.

En este apartado nos encontramos con el artículo 565 del CPC, que establece la suspensión decretada en la denuncia de obra nueva, seguido por el artículo 571 del mismo Código, que consagra la medida urgente de suspensión de obra peligrosa<sup>63</sup>.

#### **IV) Leyes especiales**

Un listado muy amplio es el que podríamos generar bajo este apartado, pero aquello traspasaría la necesidad de nuestro estudio. Sin embargo, una medida cautelar que nos parece sumamente relevante de mencionar, por lo común que resulta y el impacto que puede tener en cuanto a la aplicación del derecho a la prueba en ella, es la orden de no innovar en el marco de la acción de protección establecida en la Constitución.

##### **1) La orden de no innovar**

Se ha definido como “aquella medida cautelar destinada a suspender o paralizar el acto arbitrario o ilegal – o sus efectos- que priva, perturba o amenaza el legítimo ejercicio de algunos de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política de la República, mientras se tramita el recurso”<sup>64</sup>. Sin embargo de la sola definición resulta criticable que se señale que el acto que se suspende es arbitrario o ilegal, pues se olvida de que estamos frente a una medida cautelar, y por lo tanto, aún no existe resolución de la cuestión principal por parte del tribunal que considere como ilegal o arbitrario el acto, por lo que más bien podríamos remplazar ese extracto de la definición y señalar que se trata de aquella medida cautelar destinada a suspender o paralizar el acto que se reputa arbitrario o ilegal por parte del demandante.

Un problema respecto a esta medida es que tiene una regulación general, no existiendo supuestos especiales en que rijan. De esta forma el Auto Acordado que fija las formas de la acción de protección señala en el artículo 3 que “El tribunal cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar orden de no innovar”, lo cual ha facilitado que tenga efectos muy amplios y ha permitido efectos inéditos en nuestro ordenamiento, tales como suspender la tramitación de actos administrativos<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> MARIN, J., Op. Cit., pp. 558-561.

<sup>64</sup> PINOCHET CANTWELL, José, 2020. *El recurso de protección*. Santiago: El Jurista, p. 556.

<sup>65</sup> ROMERO, A., Op. Cit., p. 52.

Sin embargo, existe acuerdo en que al tratarse de una medida cautelar para su dictación se debe cumplir con los requisitos generales de las mismas que hemos antes revisado.

## **5.2. Medidas cautelares en materia penal**

En materia penal, también existe la tutela cautelar, y las medidas cautelares buscan de la misma manera contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso, el imputado pueda realizar actos o adoptar conductas que impiden o hagan más difícil la ejecución de la sentencia<sup>66</sup>. Ahora, sin embargo, deben tomar en consideración un doble objeto: por una parte, la satisfacción de la pretensión penal, que se refiere a la imposición de una pena, y, por otro lado, la satisfacción de una pretensión civil, consistente en la restitución de una cosa o reparación de los daños que el hecho punible ha causado<sup>67</sup>.

Lo anterior da paso a una de sus clasificaciones, aquella según su objeto. Así, tendremos por una parte, las medidas cautelares reales, que son aquellas “destinadas a asegurar los bienes del imputado y de los demás comprometidos de las consecuencias dañinas del delito, a fin de hacer efectivas sus respectivas responsabilidades civiles indemnizatorias”<sup>68</sup>, y por otra, las personales que son aquellas “destinadas a asegurar la persona del imputado con respecto al estado de sujeción a que lo somete la imputación, para los efectos de la investigación del delito, la determinación del delincuente y la imposición de la pena”<sup>69</sup>. Es decir, tal como señalan sus nombres, las primeras recaen sobre los bienes (derechos reales) del imputado y su regulación se remite, por tanto, a las medidas precautorias civiles, especialmente a las reguladas en el Título II del Libro 5º del CPC que hemos revisado, mientras que las segundas recaen sobre la persona del imputado, y se encuentran reguladas en el Código Procesal Penal, siendo estas últimas en las cuales nos detendremos.

### **5.2.1. Las medidas cautelares personales**

El proceso penal es la forma en la cual un estado de derecho impone de manera legítima una pena que priva de libertad a una persona. En principio la interposición de una privación o restricción de libertad de forma anterior a la dictación de la sentencia definitiva, pareciera ir en contra de los derechos fundamentales del derecho al juicio previo, es decir, la necesidad de una sentencia condenatoria para imponer una pena al imputado, y el principio de inocencia, es decir, el derecho del imputado a ser tratado

---

<sup>66</sup> RAMÍREZ TAGLE, Cristián, 2022. *Curso de derecho procesal penal*. 2ª edición. Santiago: El Jurista, p. 32.

<sup>67</sup> HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, 2003. *Derecho Procesal Chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 343.

<sup>68</sup> NUÑEZ VÁSQUEZ, Cristóbal, 2009. *Tratado del Proceso Penal y del juicio oral*. Santiago: Jurídica de las Américas, p. 288.

<sup>69</sup> NUÑEZ, C., Op. Cit., p. 288.

como inocente hasta que exista esa sentencia condenatoria<sup>70</sup>, sin embargo, se han aceptado estas medidas en diversos tratados como forma de proteger los fines inherentes al procedimiento.

## **I) Finalidades**

Según el artículo 122 del CPP las medidas cautelares personales solo se pueden interponer cuando resulten indispensables para asegurar los fines del procedimiento. Si bien en principio, podría pensarse que esta finalidad es exclusivamente asegurar el cumplimiento de la sentencia, la doctrina penal ha desarrollado otras finalidades.

En general se dice que son dos las finalidades del procedimiento penal que buscan cautelarse: el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal<sup>71</sup>. El correcto establecimiento de la verdad, por una parte, puede estar en riesgo por la negativa del imputado a comparecer a los actos del proceso y por la ocultación o destrucción de prueba por su parte, por lo las sub-finalidades protegidas son la comparecencia del imputado y la rendición de la prueba. Por otro lado, la actuación de la ley penal supone que el sujeto esté disponible para la imposición y ejecución de la pena, viéndose en riesgo si hay peligro de fuga de su parte, por lo cual contiene la sub-finalidad de que el imputado sea habido<sup>72</sup>.

## **II) Requisitos**

Los requisitos para la interposición de las medidas cautelares personales son los generales de las medidas cautelares, es decir, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, que en la materia se traducen el primero en la necesidad de efectuar un juicio de probabilidad sobre la necesidad de cautela, y el segundo en la existencia de presupuestos materiales o elementos que puedan llevar a establecer una posible responsabilidad penal<sup>73</sup>.

Adicionalmente, sin embargo, se añade como requisito su carácter de excepcional, es decir, que su interposición es una medida ineludible y estrictamente necesaria para asegurar los fines del procedimiento<sup>74</sup>.

## **III) Principios**

---

<sup>70</sup> HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., Op. Cit., p. 346.

<sup>71</sup> MANZINI, Vincenzo, 1952. *Tratado de derecho procesal penal*. En: HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, 2003. *Derecho Procesal Chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 248.

<sup>72</sup> HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., Op. Cit., p. 348.

<sup>73</sup> RAMÍREZ, C., Op. Cit., p. 123.

<sup>74</sup> HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., Op. Cit., p. 345.

Las medidas cautelares penales personales en particular, además de los requisitos mencionados, en su dictación deben adecuarse o cumplir ciertos principios.

### **1) Principio de legalidad**

Se manifiesta en que toda medida cautelar personal tiene reserva legal, es decir, solo puede estar establecida en la ley<sup>75</sup>. Esta regla se manifiesta tanto en la Constitución Política de la República (en adelante CPR) en su artículo 19 n°7, letra b según el cual ninguna persona puede ver restringida o privada su libertad personal sino en los casos establecidos por la misma Constitución o la ley, y más específicamente, en el artículo 5 del CPP que señala que ninguna persona puede ser sometida a una medida cautelar personal, sino en los casos que establece la CPR y la ley.

### **2) Principio de jurisdiccionalidad**

Este principio se manifiesta en el artículo 122 del CPP que exige que todas las medidas cautelares personales sean siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada. Aunque esta facultad se contradice por las excepciones que la misma ley y la Constitución establecen<sup>76</sup>, tales como la detención en flagrancia por parte de Carabineros.

### **3) Principio de excepcionalidad e instrumentalidad**

En virtud del mismo artículo 122 del CPP se reconoce el principio de excepcionalidad, que también es un requisito, referido a que solo serán dictadas cuando resulten indispensables, y el principio de instrumentalidad, que hace referencia a que buscan asegurar la realización de los fines del procedimiento que antes revisamos.

### **4) Principio de provisionalidad**

Dispone que las medidas solo se mantienen mientras permanezca la necesidad de su aplicación y esté pendiente el procedimiento penal al que acceden<sup>77</sup>, es decir, al igual que en materia civil, si cambian las circunstancias que llevaron a su aplicación la medida está destinada a extinguirse.

### **5) Principio de proporcionalidad**

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 351.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 352.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 353-354.

Este principio se refiere a que las medidas que se adopten deben ser proporcionales con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga, lo que se traduce en la interposición preferente de las medidas menos gravosas para la libertad del imputado<sup>78</sup>.

### **5.2.2. Las medidas cautelares personales en particular**

#### **I) La citación**

Se encuentra regulada en el artículo 123 del CPP y consiste en la orden de comparecencia dictada por el Juzgado de Garantía o el Tribunal Oral en lo Penal respecto del imputado, con la finalidad de que comparezca a una audiencia, bajo apercibimiento de dictarse una medida más gravosa<sup>79</sup>.

#### **II) La detención**

Consiste en la privación transitoria de la libertad<sup>80</sup>, la cual tiene por finalidad principal asegurar la comparecencia del imputado ante el tribunal para alguna actuación esencial del procedimiento. Según los principios que antes revisamos la regla general es que sea decretada por orden del tribunal, aunque hay situaciones excepcionales en que puede ejercerse por la policía o los civiles sin resolución previa, siendo estas los casos de flagrancia.

Lo relevante para efectos de nuestra memoria es que luego de concretada la detención se llevará a cabo ante el Juzgado de Garantía el control de la misma, extinguiéndose de manera posterior la medida, ya sea porque realizado el control de detención el imputado queda en prisión preventiva o bien porque es dejado en libertad, pues no proceden los presupuestos para dictar una medida más gravosa.

#### **III) La prisión preventiva**

Para efectos de nuestro estudio, será esta la cautelar en la cual pondremos el énfasis en materia penal, pues las dos anteriores como se mencionó tienen por principal finalidad que el imputado comparezca ante el tribunal para algún trámite o audiencia, mientras que la prisión preventiva como veremos, significa que el imputado se mantendrá en un recinto penitenciario durante todo el curso del procedimiento o hasta que cesen las circunstancias para su dictación, y por los efectos que esto tiene, nos resulta muy relevante aplicar en ella el derecho a la prueba.

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, pp. 354-355.

<sup>79</sup> RAMÍREZ, C., *Op. Cit.*, p. 123.

<sup>80</sup> NUÑEZ, C., *Op. Cit.*, p. 294.

Se define como aquella medida cautelar personal que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la duración del procedimiento penal en su contra, con el fin de asegurar los fines del procedimiento<sup>81</sup>. Tiene como características ser doblemente excepcional, pues, por un lado, sigue la excepcionalidad como parte de las reglas generales de estas medidas, y, por otro lado, solo procede cuando las demás no han sido suficientes para asegurar los fines del procedimiento<sup>82</sup>.

### 1) Requisitos para su procedencia

La doble excepcionalidad, que mencionamos anteriormente posee la medida cautelar de la prisión preventiva determina que sus requisitos de procedencia sean muy estrictos y estén regulados específicamente en la ley, y que incluso, dentro de algunos requisitos generales, existan presupuestos especialmente definidos y regulados como pasaremos a revisar.

Según RAMÍREZ<sup>83</sup> siete son los requisitos generales para su procedencia, los cuales enumeraremos a continuación:

En primer lugar, se requiere, que exista formalización de la investigación. El artículo 229 del CPP señala que consiste en aquella comunicación que efectúa el fiscal al imputado en presencia del juez de garantía, mediante la cual le da a conocer que hay una investigación en curso en su contra. Esto le permite al imputado conocer el contenido de la imputación, y, por lo mismo, la información necesaria para poder formular su defensa<sup>84</sup>, por lo cual para la dictación la prisión preventiva es esencial que el imputado ya conozca dicho contenido.

En segundo lugar, como toda medida cautelar requiere de petición de los intervinientes, esta puede solicitarse por el Ministerio Público como representante de la sociedad y el interés general, o por el querellante<sup>85</sup>. Y en todos los casos debe ser dictada en audiencia con comparecencia del imputado<sup>86</sup>.

En tercer lugar, todas las demás medidas cautelares deben ser insuficientes<sup>87</sup>, lo cual es la manifestación del principio de excepcionalidad, es decir, los tribunales solo pueden decretarla cuando el resto de las medidas no han sido suficientes para asegurar los fines del procedimiento penal. El resto de las medidas

---

<sup>81</sup>RAMÍREZ, C., Op. Cit., pp. 142-143.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 143.

<sup>83</sup> Ibidem, pp. 144-145.

<sup>84</sup> FALCONE SALAS, Diego, 2014. Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Santiago: Universidad Católica del Norte, N° 2, p. 185.

<sup>85</sup> RAMÍREZ, C., Op. Cit., pp. 142-144.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 143.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 144.

se refiere a las que ya revisamos y al listado del artículo 155 del CPP, donde encontraremos la prohibición de comunicaciones, arresto domiciliario, firma mensual, etc.

En cuarto lugar, debe ser procedente conforme a la ley, pues existen situaciones en las que expresamente no podrá dictarse, y se refieren, en virtud del artículo 141 del CPP a los casos en que el imputado solo arriesga penas pecuniarias, los delitos de acción penal privada y si el imputado se encontrare ya cumpliendo una pena privativa de libertad.

En quinto lugar, deben existir antecedentes que justifiquen la existencia del delito, lo cual es una manifestación del *fumus bonis iuris*.

En sexto lugar, deben existir antecedentes que permitan presumir que el imputado ha participado en el delito, ya sea en calidad de autor, cómplice o encubridor.

Y en séptimo lugar, deben existir antecedentes que permitan al tribunal considerar que es indispensable.

Todos estos requisitos generales, como mencionamos al inicio, cuentan con presupuestos especiales, y tienen su concreción en lo que se han denominado los presupuestos materiales específicos para la procedencia de la prisión preventiva.

## **2) Presupuestos materiales para la dictación de la prisión preventiva**

En primer lugar, se requiere que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare, ya en este punto RAMÍREZ<sup>88</sup> reconoce un problema en materia probatoria, que se refiere al estándar de convicción necesaria para que se por cumplido este primer presupuesto.

En segundo lugar, deben existir antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, que en materia probatoria pareciera tener el mismo problema del presupuesto anterior.

Por último, en tercer lugar, se requiere de la necesidad de cautela, es decir, antecedentes que permitan al tribunal considerar que esta es indispensable para el éxito de la investigación, que la libertad del imputado supone riesgo para la seguridad del ofendido o de la sociedad, o que existe peligro de fuga. Al respecto el Código ha debido ir precisando en que supuestos se reconoce cada una de estas circunstancias y en base a que elementos se evalúa.

---

<sup>88</sup>RAMÍREZ, C., Op. Cit., p. 145.

### **2.1)El peligro para el éxito de la investigación**

Señala el artículo 140 del CPP que la prisión preventiva se considerará indispensables para el éxito de la investigación en los casos en que exista sospecha grave y fundada de que el imputado podría obstaculizar la investigación destruyendo, modificando, ocultando o falsificando pruebas.

### **2.2)El peligro para la seguridad del ofendido**

Señala el mismo artículo que se entenderá que existe peligro para la seguridad del ofendido en aquellos casos en que existen antecedentes calificados que permitan presumir que el imputado realizará atentados en contra de este, de su familia o sus bienes.

### **2.3)El peligro para la seguridad de la sociedad**

De gran relevancia resulta esta situación, pues el mismo Código con las diversas modificaciones de que ha sido objeto, ha ido señalando los elementos que deben considerarse y los casos en que se presume que existe este peligro.

Primero señala que se tomarán en consideración por el tribunal para determinar la peligrosidad del imputado para con la sociedad, la gravedad de la pena asignada al delito, el número de delitos y el carácter de ellos, la existencia de procesos pendientes y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Por otro lado, a continuación indica que se entenderá que constituye peligro especialmente si el delito tiene asignada pena de crimen, si el imputado ha sido condenado anteriormente con pena igual o superior, que se hayan cometido atentados contra fuerzas de orden y seguridad (tales como Carabineros de Chile, Gendarmería, etc.), si el imputado se encontrare cumpliendo una medida cautelar, libertad condicional o alguna salida alternativa a la privación de libertad, lo cual como veremos más adelante constituye una verdadera presunción aunque no se haya explicitado.

### **2.4)El peligro de fuga**

Ante el riesgo de fuga y para asegurar tanto la comparecencia del imputado, como la eventual sanción se permite su dictación.

## **IV) Las medidas del artículo 155 del CPP**

De manera previa a la interposición de la medida cautelar más gravosa antes revisada, el CPP pone a disposición otras menos restrictivas en su artículo 155, tales como la prohibición de comunicaciones, arresto domiciliario, firma mensual, etc. Las cuales, de no ser suficientes, darán paso a la dictación de la prisión preventiva.

## 6. La razón de estudio

En este apartado pretendemos de manera sintética explicar por qué hemos decidido aplicar el derecho a la prueba en las medidas cautelares, ya sea en materia civil y penal, y la razón es simple: por los bienes jurídicos en juego.

En materia civil los intereses protegidos que podemos reconocer son esencialmente dos, los que son parte de los principios ordenadores e inspiradores del derecho, por un lado, la autonomía privada entendida esta como la libertad y fuerza de las declaraciones de voluntad en materia patrimonial<sup>89</sup> y por otro lado, la libre circulación de la propiedad, la que incluye la libertad de adquirir bienes y disponer de ellos<sup>90</sup>.

Mientras que en materia penal según HORVITZ y LÓPEZ<sup>91</sup> las medidas cautelares personales son una privación o restricción del derecho fundamental a la libertad personal, el cual se reconoce en tratados internacionales y especialmente en el artículo 19, n°7 de la CPR.

Si bien a simple vista pareciera obvia la importancia en materia penal de la libertad personal, lo cual casi no requiere de explicación, al ser un derecho fundamental consagrado por la CPR que las personas tienen derechos a permanecer en cualquier lugar del país y trasladarse como estimen conveniente, también lo son en materia civil los principios que mencionamos, pues limitar la autonomía privada y la libre circulación de los bienes puede tener como efectos, que tanto personas naturales como jurídicas pierdan importantes oportunidades de negocios, que en muchos casos no se verán satisfechos con la sola indemnización.

Si bien las medidas cautelares son medidas en principio provisionales, en ambos casos, aunque sea temporalmente, en espera de la sentencia, estaremos privando a las personas de principios o derechos fundamentales que son la base de nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual, detrás no solo debe haber buenas razones, sino también formas de demostrar esas razones y de valorarse por parte de los tribunales.

---

<sup>89</sup> BARROS, Enrique, 2019. *Introducción al derecho privado*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 24.

<sup>90</sup> CORRAL, Hernán, 2018. *Curso de derecho civil*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 33-34.

<sup>91</sup>HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., *Op. Cit.*, p. 348.

## Capítulo 2: El derecho fundamental a la prueba

### 1. Los derechos fundamentales

En el capítulo anterior mencionamos la tutela judicial efectiva como aquella que permite a las personas acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener una respuesta fundada respecto a los intereses que han hecho valer<sup>92</sup>. En ese sentido es claro que no basta que nuestro ordenamiento jurídico otorgue respuesta a los justiciables, sino que es necesario además que esa respuesta ocurra con las formalidades necesarias para que la decisión sea justa e imparcial, esto es, con un debido proceso.

Sin embargo, antes de estudiar el debido proceso, debemos situarnos en la familia de la cual este es parte, es decir, los derechos fundamentales. Según BERNAL los derechos fundamentales son una clase de derechos subjetivos cuya diferencia específica estriba en su carácter de fundamental<sup>93</sup>, lo que significa que estos vinculan al legislador y, por lo tanto, limitan los procesos democráticos de toma de decisiones<sup>94</sup>. Estos tienen las características de ser universales, absolutos e inalienables, es decir, todas las personas los ostentan sin importar su condición<sup>95</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentran consagrados principalmente en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, y además en los diversos tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales pasan a formar parte de nuestra legislación en base al artículo 5 de la Constitución que luego de expresar que estos derechos son la limitación a la soberanía señala que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Dentro de estos tratados podemos señalar La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1990 y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1990.

De esta manera para configurar el contenido de las garantías fundamentales nos debemos remitir a nuestra Carta Magna y a los instrumentos internacionales de los que Chile es parte, contexto en el cual aparece el derecho fundamental del debido proceso.

---

<sup>92</sup> DIEZ PICAZO, Luis, 2008. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, p.425.

<sup>93</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, 2015. *Derechos Fundamentales*. EN: FABRA ZAMORA, Jorge y RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: vol. 2, p. 1571.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 1573.

<sup>95</sup> SQUELLA, Agustín, 2011. *Introducción al Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 214.

## 2. El debido proceso

Este relevante concepto tiene su origen en el *common law*, específicamente en la Carta Magna *Linbertatum* de 1215 que señalaba que ningún hombre puede ser privado de libertad sino en virtud de un juicio legal por sus pares y por la ley del territorio<sup>96</sup>, ingresando a nuestro continente con su propia denominación cuando se aprobaron las primeras diez enmiendas de la Constitución de Estados Unidos<sup>97</sup>, pues se indicaba en la quinta enmienda que ninguna persona será privada de libertad sin el debido proceso judicial.

Se ha definido este derecho fundamental como aquel que una vez que se ha accedido a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario<sup>98</sup>. Nuestra Carta Magna lo consagra en su artículo 19 número 5 que establece que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, y, aunque si bien no utiliza la denominación de debido proceso, establece como garantía fundamental un procedimiento racional y justo, lo que el propio Tribunal Constitucional ha señalado como “Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso”<sup>99</sup>.

Ahora bien todas las consideraciones que hemos enmarcado siguen siendo abstractas, por lo cual es necesario aterrizar el concepto y determinar que significa en la práctica para nuestra judicatura el cumplir con un debido proceso.

### 2.1. El contenido del debido proceso

Como todo derecho fundamental, a este concepto se le ha dotado de contenido a partir de la ley, la doctrina, los tratados internacionales y las interpretaciones del Tribunal Constitucional<sup>100</sup>. A continuación, pasaremos a exponer sus distintos presupuestos y sus distintas consagraciones, para, posteriormente centrarnos en particular en aquel referente al derecho a la prueba, materia de estudio de

---

<sup>96</sup> PINOCHET CANTWELL, Francisco, 2020. *El recurso de protección*. Santiago: El Jurista, p. 39.

<sup>97</sup> CARBONELL, Flavia y LETELIER, Raúl, 2020. Debido proceso y garantías jurisdiccionales. En: CONTRERAS, Pablo y SALGADO Constanza, 2020. *Curso de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 346.

<sup>98</sup> CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y GARCÍA PINO, Gonzalo, 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Estudios Constitucionales*. Santiago: N°2, p. 257.

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1838, de 7 de julio de 2011, c. 10.

<sup>100</sup> CONTRERAS, P. y GARCÍA, G., Op. Cit., p. 258.

esta memoria. Para ello nos basaremos en la reconstrucción de contenido realizada por CARBONELL y LETELIER, quienes proponen una concepción unitaria y minimalista aplicable a los procedimientos civiles, penales y administrativos, y no como comúnmente se hace en referencia al proceso penal<sup>101</sup>. Esta concepción minimalista nos servirá para dotar de contenido al debido proceso en general, por lo que lo dicho resultará aplicable a las materias civiles y penales objeto de nuestro estudio.

### **2.1.1. El derecho a un juez independiente, imparcial, predeterminado por la ley y competente**

La existencia de un juez independiente significa que este adopta decisiones libres de influencias de todo tipo, ya sea provenientes de otros poderes del Estado, sus pares del Poder Legislativo o cualquier ciudadano<sup>102</sup>, y su imparcialidad está referida a que resuelve el caso sin intereses particulares de cualquier especie<sup>103</sup>. En nuestro país la independencia la consagra nuestra Carta Magna en su artículo 76 y la imparcialidad el desarrollo legislativo, especialmente en el Código Orgánico de Tribunales, además de encontrarse expresamente, ambos elementos, en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y el artículo 14.1 de el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP).

Por otro lado, la predeterminación por la ley del juez que conocerá el asunto es lo que se conoce como juez natural, y, determina, que el órgano judicial debe haber sido creado previo a los hechos, y dentro de eso fijada su competencia e investido de jurisdicción por ley<sup>104</sup>, lo cual se encuentra reconocido expresamente en el artículo 19 n°3 de la CPR.

### **2.1.2. Derecho a un proceso previo legalmente tramitado**

Esta garantía obliga a los jueces a seguir las respectivas reglas legales de tramitación del proceso en su función de conocer y juzgar los asuntos que se han sometido a su conocimiento<sup>105</sup>, lo cual no es más que una expresión del principio de legalidad con que deben actuar todos los órganos del Estado<sup>106</sup>. La consagración de este elemento la entrega de manera expresa el artículo 19 n°3 inciso 6 de nuestra Constitución.

---

<sup>101</sup> CARBONELL, F. y LETELIER, R., Op. Cit., p. 360.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 362.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 362.

<sup>104</sup> CONTRERAS, P. y GARCÍA, G., Op. Cit., p. 258.

<sup>105</sup> CARBONELL, F. y LETELIER, R., Op. Cit., p. 364.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 364.

### 2.1.3. Derecho a un proceso público

Este elemento es quizás el más novedoso introducido por los autores, lo cual tiene su base en el artículo 8 número 2 de la CPR que establece que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, junto con sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, lo que consideran, es sin duda aplicable a la jurisdicción<sup>107</sup>, en concordancia además con el artículo 14 del PIDCP que consagra la publicidad de los juicios y las sentencias como regla general.

### 2.1.4. El derecho a la defensa

Para los términos de nuestro estudio el derecho a la defensa es sin duda la garantía parte del debido proceso más importante, pues consiste en que las partes o los intervinientes de un procedimiento civil o penal, respectivamente, puedan hacer valer las oportunidades y los medios legales para acreditar la existencia efectiva de los hechos cuya subsunción en la norma jurídica invocada en el proceso les permite satisfacer sus intereses<sup>108</sup>. Este derecho a su vez se divide en dos tipos, por un lado, la defensa material que consiste en la posibilidad de presentar pretensiones que busquen la declaración o protección de un derecho, o defenderse de pretensiones hechas valer en su contra<sup>109</sup>, y, por otro lado, la defensa técnica, que se refiere a la posibilidad del demandado o imputado de conducir su defensa con asistencia técnica especializada<sup>110</sup>. Para efectos de nuestro estudio, es decir, centrarnos en el derecho a la prueba, nos detendremos en el primer tipo.

Dentro de la defensa material, se han configurado elementos especiales que permiten desarrollar en la práctica esta garantía fundamental, los cuales pueden resumirse en: el derecho a ser oído en un plazo razonable, el derecho a formular alegaciones, el derecho a ofrecer y rendir prueba, el derecho de contradicción o bilateralidad y el derecho a una sentencia motivada<sup>111</sup>.

El derecho a ser oído en un plazo razonable no es más que la consagración de la idea de que nadie puede ser condenado sin ser oído anteriormente<sup>112</sup>, es decir, de los orígenes en el *Common Law* del debido proceso. Dicho elemento reconoce tanto en el artículo 8.1 de la CADH y en el artículo 14.1 del PIDCP.

---

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 365.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 366.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 366.

<sup>110</sup> CONTRERAS, P. y GARCÍA, G., *Op. Cit.*, p. 262.

<sup>111</sup> CARBONELL, F. y LETELIER, R., *Op. Cit.*, p. 367.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p.367.

Por otra parte, la posibilidad de formular alegaciones se refiere a que las partes deben tener la posibilidad de presentar sus alegaciones y defensas<sup>113</sup>, lo cual podemos reconocer ha consagrado nuestro legislador de manera implícita al regular y establecer los distintos procedimientos, pues en todo ámbito podemos reconocer la posibilidad de discusión entre las partes o intervinientes, por ejemplo en los períodos de contestación, réplica y dúplica en materia civil y juicio oral en materia penal.

El derecho a ofrecer y rendir prueba es la aptitud procesal para presentar las pruebas que permitan probar los hechos que se alegan, es decir, demostrar su efectividad y además impugnar aquellas pruebas que sean contrarias a los intereses que se han hecho valer<sup>114</sup>. Esta memoria tiene como objetivo particular demostrar que este sub-derecho dentro del derecho fundamental al debido proceso, también aplica en las llamadas medidas cautelares, por lo cual a continuación le dedicaremos un capítulo especial.

Para finalizar con los elementos de la defensa material encontramos la bilateralidad, es decir, que las partes o intervinientes de un proceso deben ir tomando conocimiento de las decisiones que toma el juez, pues es lo que les permite contradecirlas o impugnarlas<sup>115</sup>, y, el derecho a la sentencia motivada, que se refiere a que la parte o interviniente de un proceso debe obtener del tribunal una sentencia fundamentada sobre el objeto de fondo que ha sido puesto en su conocimiento<sup>116</sup>, lo cual incluye explicitar las razones fácticas y jurídicas sobre las que se basa, y en caso de que estas sean insuficientes, habilitar los mecanismos correspondientes para su impugnación, es decir, los recursos<sup>117</sup>.

### **3. El derecho a la prueba**

#### **3.1. Concepto de prueba**

Según RUIZ la prueba judicial puede entenderse como los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos<sup>118</sup>. Las fuentes son lo que se conoce como medios de prueba, dentro de los cuales encontramos la testimonial, confesional, presunciones, entre otras. Estas pueden entenderse como el hilo

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 368.

<sup>114</sup> CONTRERAS, P. y GARCÍA, G., *Op. Cit.*, p. 267.

<sup>115</sup> CARBONELL, F. y LETELIER, R., *Op. Cit.*, p. 368.

<sup>116</sup> CONTRERAS, P. y GARCÍA, G., *Op. Cit.*, p. 269.

<sup>117</sup> CARBONELL, F. y LETELIER, R., *Op. Cit.*, p. 368.

<sup>118</sup> RUIZ JARAMILLO, Luis, 2007. *El derecho a la prueba como un derecho fundamental*. Estudios de Derecho. Medellín: vol. 74, N° 143, p. 184.

conductor entre los hechos y el juez, pues a través de estas se intenta por las partes o intervinientes demostrar la efectividad de la ocurrencia de un hecho que determinará la aplicación de una norma de carácter material, por lo que la prueba y sus fuentes son puente entre el derecho procesal y sustancial<sup>119</sup>.

El concepto de prueba que nos entrega este autor reúne tres acepciones de cómo puede ser entendida la prueba judicial, es decir como argumentos sobre la existencia de los hechos, como instrumentos que contienen tales argumentos y cómo convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de los argumentos<sup>120</sup>, esto es lo que más adelante veremos como las etapas de la actividad probatoria.

### **3.2. La prueba como un derecho fundamental y su justificación**

Para PICÓ el derecho a la prueba consiste en “aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios de probatorios necesarios para formar la convicción del juez o tribunal acerca de lo discutido en el proceso”<sup>121</sup>

Particularmente el derecho fundamental a la prueba se configura como la posición jurídica fundamental que posee, en razón de la Constitución y la ley, aquel que tiene el carácter de parte o de interviniente o que pretendo serlo en el futuro, consistente en la exigencia al juez del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta con el fin de propender por la formación de la convicción de éste sobre la verdad de los hechos, que son presupuestos del derecho o del interés material que se disputa<sup>122</sup>. Este es un derecho típicamente individual, inherente a la persona, de aplicación directa y justiciable mediante la acción de tutela<sup>123</sup>.

Anteriormente demostramos que su categoría de derecho fundamental se forma al encontrarse dentro de las garantías del debido proceso, y aunque no está específicamente constitucionalizado, pues nuestra Constitución solo asegura un justo y racional procedimiento, éste se incorpora por las declaraciones internacionales de derechos humanos y la idea de garantías mínimas para un proceso equitativo<sup>124</sup>.

La pregunta ahora resulta entonces en la razón de su configuración como garantía mínima, que elemento es determinante para señalar que sin este derecho no hay proceso racional y justo, y autores como RUIZ han buscado ese fundamento detrás.

---

<sup>119</sup> RUIZ, L., Op. Cit., p. 188.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>121</sup> PICÓ I JUNOY, Jean, 1996. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J. M<sup>a</sup> Bosch, pp. 18-19.

<sup>122</sup> RUIZ, L., Op. Cit., p. 184.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>124</sup> PICÓ I JUNOY, Jean, 2021. El derecho a la prueba. En: PICÓ I JUNOY, Jean; MENDOZA DÍAZ, Juan y MANTECÓN RAMOS, Ariel. *La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos*. Barcelona: Bosch Editor, p. 21.

El hecho de que, el derecho a probar sea fundamental se enmarca en un plano filosófico, radica en que la dignidad humana está en íntima conexión con el establecimiento de la verdad jurídica y la verdad fáctica en los procesos judiciales, por lo tanto está íntimamente ligada al uso que de la prueba se haga y de la justicia de la decisión sobre la existencia de los hechos por parte del juez<sup>125</sup>, pues conocer la verdad respecto a determinados hechos partes de un proceso, permite que la decisión que se adopte por parte del juez sea hecha en conocimiento pleno, por lo cual será la decisión más justa posible. Lo anterior es un lineamiento o principio no solo de nuestro ordenamiento jurídico en particular, sino que también de la raza humana, es aquello para lo cual los seres humanos se agrupan y deciden someter su comportamiento. En palabras de BORDALÍ la búsqueda de la verdad y la toma de decisiones en base a ella, es hacer justicia en una sociedad democrática organizada como Estado de derecho<sup>126</sup>.

La obligación directa para el legislador entonces es crear normas que en esa línea permitan acercarse el máximo posible a la realidad<sup>127</sup>, y como veremos esta obligación no solo afectará a la prueba que deba rendirse para la decisión final que se traduce en una sentencia, sino también en aquellas medidas temporales que se vayan adoptando, con fundamento en hechos.

Así, si bien la búsqueda de la verdad es el fin principal del proceso, también existen otros con los que debe conjugarse<sup>128</sup>, entre ellos encontraremos la celeridad del procedimiento, la paz social, y la protección de derechos individuales<sup>129</sup>, los que en ciertos casos se traducirán en límites al derecho a la prueba.

### **3.3. La clasificación del derecho a la prueba**

Si bien muchas veces las clasificaciones determinan que enmarquemos ciertos elementos y por ello no puedan desarrollarse, en este caso es esencial que lo hagamos, pues su finalidad radica, en reconocer e identificar en cual aspecto del derecho a la prueba han fallado (o no) nuestros tribunales o el legislador en materia de dictación de medidas cautelares.

Para esta clasificación utilizaremos la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional español, según el cual todos los derechos fundamentales tienen, por un lado, una vertiente objetiva, según la cual se

---

<sup>125</sup> RUIZ, L., Op. Cit., p. 190.

<sup>126</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, 2016. *Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria*. Revista de derecho. Universidad Católica del Norte. Chile: N° 1, p. 176.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>129</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, 2007. *La valoración racional de la prueba*. Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 31-32.

conforman como garantía esencial con fuerza vinculante directa y, por otro lado, una vertiente subjetiva, la cual le otorga al litigante el poder de ejercitarlos y reclamar su protección<sup>130</sup>.

### **3.3.1. La vertiente objetiva del derecho a la prueba**

El derecho a la prueba es parte de las garantías de los derechos fundamentales, por lo cual los particulares pueden exigir su cumplimiento, y en esa línea PICÓ señala que se siguen diversas consecuencias de ello.

En primer lugar, nos encontramos con que existe una necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias tendiente a permitir la máxima actividad probatoria de las partes<sup>131</sup>. En nuestro ordenamiento esto lo podemos ver reflejado sobre todo en los procedimientos reformados, en los cuales comienza a tener importancia la libertad probatoria, es decir, no existe una limitación a los medios de prueba tradicionales, un ejemplo de esto es el procedimiento laboral.

Por otro lado, menciona que significa hacer una interpretación restrictiva de aquellas normas que limiten la eficacia del derecho a la prueba<sup>132</sup>, lo cual también se puede ver reflejado en nuestro sistema jurídico incluso con discusiones acerca de la admisión de prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, haciendo una ponderación de derechos.

En tercer lugar, se señala la necesidad de subsanabilidad de los efectos procesales en materia probatoria, es decir, que el órgano jurisdiccional debe permitir que se subsane cualquier defecto que afecte a la prueba presentada mientras esto no signifique la afectación de otro derecho fundamental<sup>133</sup>. El mismo autor señala, como ejemplo, que exista una pregunta mal formulada a un testigo, ante lo cual el tribunal debe otorgar la oportunidad de reformular, concretamente esto lo podemos observar en nuestro derecho en las audiencias en materia laboral, pues en ellas según el artículo 454 del Código del Trabajo, no se pueden realizar preguntas inductivas, es decir, que induzcan una respuesta a los testigos, y en caso de que ocurra el tribunal debe informarlo y pedir su reformulación.

Por último, señala la irrenunciabilidad del derecho a la prueba, esta discusión se da principalmente en materia civil, pues si bien es cierto que lo discutido, por regla general será disponible para las partes, esto no puede decirse del proceso<sup>134</sup>, y en particular del derecho a la prueba, pues una de las características de los derechos fundamentales es precisamente la irrenunciabilidad, por lo cual todo pacto en ese sentido será nulo al ser contrario al ordenamiento jurídico chileno.

---

<sup>130</sup> PICÓ, J., Op. Cit., p. 22.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 30.

Dicho lo anterior, podemos concluir que, desde una vertiente objetiva, el derecho fundamental a la prueba significa en nuestros propios términos, que como garantía básica este debe en cada vértice ser lo más eficaz posible, y por ello tal como expresa nuestra Carta Magna en su artículo 19 número 26, cada limitación no debe afectar la esencia de dicho derecho, es decir, permitir a las partes demostrar la efectividad de los intereses que defienden. Si bien en el capítulo 3 nos encargaremos de analizar si aplica el derecho a la prueba en las medidas cautelares, y una vez determinada su aplicación, si esto se cumple en el ordenamiento jurídico chileno, podemos adelantar que el aspecto objetivo no es problemático, por lo que centraremos nuestro análisis en el aspecto que veremos a continuación.

### **3.3.2. La vertiente subjetiva del derecho a la prueba**

El contenido subjetivo del derecho a la prueba se traduce, como en todo derecho fundamental, que este se atribuye y tiene como titular a los sujetos individualmente determinados<sup>135</sup>. Especialmente en materia procesal dicha titularidad recae en ambas partes<sup>136</sup> o intervinientes.

Para determinar su contenido nos remitiremos a la definición antes entregada, según la cual, el derecho a la prueba consiste en aquel que posee cada litigante para formar la convicción del tribunal<sup>137</sup> de la efectividad de los hechos cuyo acaecimiento traería como consecuencia la aplicación de la norma jurídica invocada en juicio.

Para PICÓ esto se traduce en un triple contenido escalonado: la admisión de la prueba, la práctica de la prueba y su valoración<sup>138</sup>. Sin embargo, modernamente diversos autores han ido añadiendo momentos a la actividad probatoria o más bien modificando la denominación de cada uno, tomando como punto de partida los ya planteados. En esta ocasión nos remitiremos tanto a lo señalado por PICÓ, complementado por FERRER, dos importantes exponentes en la materia, concluyendo entonces que existen a efectos de este estudio tres momentos probatorios a los que tienen derecho los sujetos procesales: la conformación, práctica y admisibilidad de la prueba, su valoración y la decisión en base al estándar probatorio<sup>139</sup>.

La relevancia de esta diferenciación radica, en que permite percibir las diferentes incidencias que tienen las reglas jurídicas sobre la prueba en cada una de las fases y la aplicación de diferentes estándares de racionalidad en cada una de ellas<sup>140</sup>. En particular para efectos de nuestra memoria, nos resultará sumamente relevante, pues centraremos el análisis en cada momento probatorio para determinar si existe

---

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>137</sup> *Ibidem*, pp. 18-19.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>139</sup> FERRER, J., *Op. Cit.*, p. 41.

<sup>140</sup> *Ibidem*, pp. 67-68.

actualmente cumplimiento del derecho a la prueba en la dictación de las medidas cautelares en nuestro país.

#### **D) La conformación, admisibilidad y práctica de la prueba**

Naturalmente para poder presentar pruebas en un procedimiento, en primer lugar, estas deben conformarse, labor que le corresponde a cada parte o interviniente de manera particular según los intereses que persigue en juicio<sup>141</sup>.

Posterior a ello, toma un rol importante el tribunal a través de la admisión y práctica de la prueba, lo que debe permitir conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis de los hechos sobre el caso<sup>142</sup>.

La admisión de la prueba se configura como la obligación del órgano jurisdiccional de aceptar toda prueba que respete los límites que se le han establecido, los cuales como señalamos en su aspecto objetivo deben respetar la esencia del derecho<sup>143</sup>. Dichas barreras se clasificarán en límites intrínsecos y extrínsecos, los primeros son inherentes a la prueba y se traducen en su pertinencia y utilidad, y los segundos son externos y se traducen en formalidades para su ejercicio válido<sup>144</sup>, estas reglas de exclusión protegerán valores diferentes al de la averiguación de la verdad, tales como la intimidad, autonomía y las relaciones familiares<sup>145</sup>.

De esta manera, de parte del tribunal, el conjunto de elementos que deben ser tomados en cuenta está formado únicamente por las pruebas aportadas y admitidas al proceso<sup>146</sup>. Esta es justamente la clave de la especificidad de la prueba jurídica, pues el conjunto de elementos a valorar por la judicatura es un subconjunto de la totalidad de los elementos disponibles: aquellos que han sido incorporados al expediente judicial<sup>147</sup> bajo las reglas de admisibilidad.

Por otro lado, la práctica de la prueba se incluye naturalmente como consecuencia de la admisibilidad, según lo cual, el tribunal tiene la obligación de desarrollar toda actividad que estime necesaria para no frustrar la práctica efectiva de la prueba<sup>148</sup>, además se incluye la exigencia de asegurar la intervención de la prueba de la contraparte, es decir, el derecho a intervenir contradictoriamente<sup>149</sup>. En este punto

---

<sup>141</sup> *Ibidem*, pp. 41-42.

<sup>142</sup> FERRER, J., *Op. Cit.*, p. 41.

<sup>143</sup> PICÓ, J., *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>145</sup> FERRER, J., *Op. Cit.*, p. 43.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>148</sup> PICÓ, J., *Op. Cit.*, p. 40.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 41.

podemos señalar y reiterar la importancia además, de la intervención del legislador, pues no solo basta con que el tribunal permita la práctica de la prueba, sino que debe ser el primero quien otorgue los momentos procesales pertinentes para aquello.

## **II) La valoración de la prueba**

Una vez que ya nos encontramos con el subconjunto de elementos que han sido conformados, admitidos y practicados dentro del proceso, el segundo momento es la valoración de dichos medios de prueba disponibles<sup>150</sup>, labor que le corresponderá de manera exclusiva al órgano jurisdiccional, y que tendrá por finalidad lograr su convencimiento<sup>151</sup>.

En este momento le corresponde al tribunal evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos aporta a una determinada hipótesis o a su contraria<sup>152</sup>, en nuestras palabras, debe comparar los hechos alegados por las partes o intervinientes y los medios de prueba disponibles, clasificando si determinado hecho cuenta o no con apoyo empírico, y de ser afirmativa la respuesta, en qué grado.

Inevitablemente surge la pregunta respecto a si esto significa que el juez debe valorar expresamente toda prueba ya admitida y practicada, es decir, en la práctica, si al momento de la adopción de una decisión debe referirse a cada prueba admitida y la forma en que esta fue valorada o no. Se considera que si bien es lo deseable, resulta suficiente que explicité aquellos resultados que le han permitido lograr la convicción sobre los hechos del caso, debiendo entenderse implícitamente que los demás se han valorado pero en un sentido negativo<sup>153</sup>, lo cual va de la mano con otros fines del proceso como la celeridad, y con la garantía de la sentencia motivada, que también es parte del debido proceso, pues lo relevante resultará entender como el juez o jueza logró su convicción para adoptar un decisión, bastando por ello referirse a la prueba valorada en un sentido positivo.

Es relevante mencionar que la valoración de la prueba puede estar guida jurídicamente, es decir, que las normas pueden imponerle al juez un resultado probatorio, es lo que se denomina prueba legal o tasada. Este tipo de valoración existe en nuestro ordenamiento en materia civil, pues en dicho procedimiento, es el legislador quien entrega reglas respecto al valor que tendrán los diferentes medios de prueba. Por la senda contraria, encontramos la forma de valoración de la libertad probatoria, libertad que se da solo en el sentido de que las normas no predeterminan la forma de valoración, la cual, sin embargo, si se registrá

---

<sup>150</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 45.

<sup>151</sup> PICÓ, J., Op. Cit., p. 42.

<sup>152</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 46.

<sup>153</sup> PICÓ, J., Op. Cit., p. 43.

por normas de racionalidad comunes a los seres humanos<sup>154</sup>, lo que en nuestro derecho se traduce en la sana crítica que se aplica en el ámbito penal, sistema que si bien permite valorar la prueba de manera libre por el tribunal tendrá como límites la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados según el artículo 297 del CPP.

### III) La decisión en base al estándar probatorio

La valoración de la prueba habrá otorgado a cada una de las hipótesis un grado de confirmación, por lo que en este tercer momento habrá que decidir si la hipótesis puede o no declararse probada con ese grado de confirmación de que se disponga, lo cual va a depender del estándar de prueba que se utilice<sup>155</sup>.

Es importante mencionar entonces, que la sola valoración de la prueba que se obtiene en el segundo momento no implica por sí misma nada respecto a la decisión que se va a adoptar, pues requiere de la intervención de un estándar<sup>156</sup>, es decir, de un umbral que deba sobrepasarse para dar por probados ciertos hechos.

La definición concreta de cada estándar es una decisión que le corresponde al legislador<sup>157</sup>, pues es un mecanismo que permite distribuir los errores judiciales en la declaración de los hechos probados<sup>158</sup>. Pudiéndonos enfrentar a dos escenarios, por un lado, un falso positivo, que es una declaración que se da por probada no siendo verdadera y por otro, un falso negativo, que es una hipótesis que se declara no probada siendo verdadera<sup>159</sup>. Esta distribución de riesgos se hará según los fines e intereses que se persigan en cada procedimiento, bajo el principio de que mientras mayor es el estándar, menores son las probabilidades de obtener resultados erróneos.

En el ámbito civil es común que opere el estándar de la prueba prevaleciente, de modo que se considera que una determinada hipótesis está probada siempre que su grado de confirmación sea superior a la hipótesis adversa<sup>160</sup>. En cambio, en el ámbito penal opera el estándar que exige que una hipótesis esté probada más allá de toda duda razonable que puede justificarse en una mayor protección a la libertad personal<sup>161</sup>.

---

<sup>154</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 46.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>160</sup> TARUFO, Michele, 2008. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, p. 250.

<sup>161</sup> *Ibidem*, , pp. 47-48.

En nuestro ordenamiento. los estándares probatorios han sido un tema ampliamente discutido por la doctrina, primeramente, en materia civil debido a que no existe una regulación expresa de nuestros códigos al respecto, ya que para la ley procesal civil que se implementó a inicios del siglo XXI no era relevante<sup>162</sup>, y por lo mismo no existe una respuesta clara respecto a cuál es el estándar que utilizan nuestros tribunales<sup>163</sup>. Incluso al ir más allá se reconoce incluso una confusión, pues los jueces consideran que la libertad probatoria significa que deben determinar según su convicción de manera objetiva o bien hacen aplicable el estándar penal<sup>164</sup>. Sin embargo, tal como plantea LARROCAU, se cree que el estándar que más satisface los intereses en materia civil es el de la probabilidad prevaeciente, pues maximiza las decisiones correctas de los tribunales y no produce un trato indiferenciado a las partes<sup>165</sup>, y de manera procesal consigue que las personas evalúen de mejor manera si van a juicio<sup>166</sup>. Podemos ya reconocer que, del hecho de que no exista un estándar de prueba en materia civil regulado en nuestra legislación, necesariamente se sigue, que, por tanto, este aspecto subjetivo del derecho a la prueba no se ve satisfecho en las medidas cautelares civiles, sobre lo cual, sin duda ahondaremos más adelante.

Por otro lado, en materia penal el estándar de prueba está expresamente señalado en el artículo 340 del CPP, y se trata de la convicción más allá de toda duda razonable, lo que permite disminuir el margen de error, pues se requerirá de una prueba de gran contundencia para dar por probada una proposición fáctica<sup>167</sup>, sin embargo, a su vez el riesgo de declarar como no probada una proposición que en la realidad si ocurrió es más alto, pues aún si las pruebas disponibles corroboran una determinada proposición de manera más fuerte que su negación o cualquiera incompatible discutida en el proceso, no se tendrán por probadas mientras no satisfagan el umbral señalado en la ley<sup>168</sup>, lo cual se justifica como mencionamos en los intereses que se protegen en materia penal (la libertad). Conociendo que existe un estándar regulado en materia de prueba penal, ahora la pregunta nos remitirá a si dicho estándar es o no aplicable también a las medidas precautorias, y de serlo si es efectiva su aplicación por nuestros tribunales.

#### **4. Los medios de prueba**

---

<sup>162</sup> LARROCAU TORRES, Jorge, 2012. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*. Chile: vol. 39, N°3, p. 786.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 786.

<sup>164</sup> LARROCAU, J., Op. Cit., , p. 786.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p.789.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p.790.

<sup>167</sup> ACCATINO, Daniela, 2011. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso: N°37, p. 487.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 487.

En la definición que entregamos de prueba señalamos que ésta puede entenderse como los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso<sup>169</sup>, de la cual se reconoce que existe un puente entre los hechos que las partes alegan y la forma en que estos pueden ser conocidos por el tribunal, y estos son los medios de prueba<sup>170</sup>. Por lo cual nos parece relevante hacer una breve referencia a ellos, al ser el pilar y lo que permite finalmente que se haga efectivo el derecho a la prueba.

En materia civil, las formas de probar las distintas preposiciones fácticas que han sido deducidas por las partes en juicio están ampliamente regladas, existiendo limitaciones respecto a que medios podrán presentarse, de tal manera que el artículo 341 del CPC prescribe “Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones.”, y de manera posterior incluso se le da valor probatorio a cada uno.

Caso distinto es el proceso penal donde el artículo 295 del CPP establece el principio de la libertad de prueba según el que “Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.”, de lo cual se desprende que existen los medios de prueba expresamente regulados por ley, los no regulados pero mencionados en la ley y los no regulados ni mencionados por la ley que son aptos para producir fe<sup>171</sup>

En el análisis precedente nos centraremos en aquellos medios de prueba mencionados en el CPC pues se trata de los principales, y más utilizados incluso existiendo libertad de prueba en materia penal. Dichos medios de prueba serán además sumamente relevantes a efectos de nuestro estudio, pues son los que se utilizan para dar cuenta de que se cumplen los requisitos para que el tribunal declare una medida precautoria. Hacemos el alcance, sin embargo, que haremos especial detención es las presunciones, pues como se puede observar en el capítulo uno, son sumamente mencionadas en los presupuestos de la tutela cautelar, aunque exista discusión respecto a si son medios de prueba propiamente tales y parte de la doctrina las considera simples inferencias probatorias<sup>172</sup>.

#### **4.1. La prueba documental**

---

<sup>169</sup> RUIZ JARAMILLO, Luis, 2007. *El derecho a la prueba como un derecho fundamental*. Estudios de Derecho. Medellín: vol. 74, N° 143, p. 184.

<sup>170</sup> NUÑEZ, C., Op. Cit., p. 325.

<sup>171</sup> *Ibidem*, pp. 333-334.

<sup>172</sup> CARBONELL, Flavia, 2021. Presunciones y razonamiento probatorio. En: EZURMENDIA, Jesús, 2021. *Proceso, prueba y epistemología. Ensayos sobre derecho probatorio*. Santiago: Tirant Lo Blanch, p. 381.

Se trata de la prueba compuesta por cualquier clase de instrumento o documento, aunque los Códigos se limitan a regular el instrumento, que se define como todo acto escrito y/o firmado por alguien llamado a dar fe de un hecho<sup>173</sup>.

Estos pueden ser de dos clases, los primeros son los instrumentos públicos que según el artículo 1699 del CC es aquel autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario, el cual evidentemente al tener contar con ciertos requisitos la ley le ha otorgado mayor valor al momento de su valoración pudiendo incluso llegar a constituir plena prueba según si se considera entre las partes o frente a terceros<sup>174</sup>, y, por otro lado, encontramos los instrumentos privados, que a contrario sensu son aquellos que cumpliendo con la definición de instrumento no han sido autorizados con las correspondientes solemnidades por el competente funcionario, ANABALÓN lo define como todo libro, registro, papel o documento emanado de las partes o de terceras personas por haberlas confeccionado, escrito o firmado<sup>175</sup>, en este caso el valor probatorio asignado por la ley es bastante menor, y para poder tener el de un instrumento público requiere ser reconocido por la contraparte, de lo contrario la carga de demostrar su veracidad está en la parte que lo presenta<sup>176</sup>

#### **4.2. Prueba testimonial**

La prueba testimonial consiste en la declaración que realizan personas ajenas al juicio, reuniendo las condiciones establecidas en la ley y que deponen en la forma en que ella misma señala sobre los hechos que las partes se encuentran discutiendo<sup>177</sup>, el valor probatorio posible de este tipo de prueba se configura según los requisitos señalados en la ley pudiendo llegar a producir semi o plena prueba.

Lo anterior depende al ser una prueba enfocada en la persona, del tipo de testigo que se trate, de esta manera tendremos a testigos que percibieron los hechos con sus propios sentidos, o bien, por los sentidos de un tercero<sup>178</sup>, los que se llamarán testigos directos o de oídas respectivamente.

Se regulación la encontramos en el CPC en los artículos 356 y siguientes, y en el CPP en los artículos 298 y siguientes.

#### **4.3. Prueba confesional**

---

<sup>173</sup> ANABALÓN, C., Op. Cit., p. 225.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 263.

<sup>177</sup> CASARINO, M., Op. Cit., p. 73.

<sup>178</sup> GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, 2022. *Nuevas perspectivas sobre los medios de prueba*. España: Bosch Editor, p. 66.

Se trata del reconocimiento que una parte hace de un hecho discutido en el procedimiento susceptible de producir consecuencias jurídicas en su contra<sup>179</sup>, por lo cual sus elementos esenciales son, por un lado, que la parte declare sobre hechos personales y, por otro, que esos hechos sean perjudiciales<sup>180</sup>, indudablemente esto dará lugar a un alto valor probatorio, pues se trata de una manifestación de voluntad.

La regulación en el CPC se encuentra en los artículos 385 y siguientes, sin embargo, en materia penal no se reconoce como medio de prueba la sola confesión del imputado, por lo que se señala por los autores que ingresaría por los artículos 295 y 297 que establecen la libertad probatoria<sup>181</sup> y por lo mismo ella no basta para ser la base de la dictación de la sentencia definitiva, lo que deriva del derecho fundamental a la no autoincriminación reconocido en el artículo 19, numeral 7, letra f de la CPR.

#### **4.4. Inspección personal del tribunal**

Tal como su nombre lo indica este medio de prueba significa que el tribunal asiste de manera presencial a revisar hechos o circunstancias que han sido conflictivas dentro del procedimiento<sup>182</sup>. Si bien es parte de las posibilidades sería difícil que este medio de prueba se utilizara en las medidas cautelares por los requisitos que cada una de ellas tienen según lo que hemos revisado.

En materia civil se regula en los artículos 403 y siguientes del CPC, mientras que en materia penal si bien no está expreso, podría solicitarse por el principio de libertad probatoria antes mencionado.

#### **4.5. Informe de perito**

Los peritos son las personas expertas en una determinada ciencia o arte, y su informe consiste en la presentación al juicio de una opinión respecto a hechos controvertidos relacionados a su área de expertiz<sup>183</sup>. En nuestra legislación, en los procedimientos reformados, el perito no solo entrega su informe, sino que, además, este muchas veces puede derivarse en una declaración en juicio<sup>184</sup>.

Este medio de prueba tiene en común que, en ambas materias se valora conforme a la sana crítica según su regulación en el CPC en los artículos 409 y siguientes, y en el CPP en los artículos 314 y siguientes.

Por el costo que este tipo de prueba significa, ya sea monetario y de tiempo es una prueba muy poco común en sede de medidas precautorias.

---

<sup>179</sup> CASARINO, M., Op. Cit., p. 89.

<sup>180</sup> GONZÁLEZ, M., Op. Cit., p. 91.

<sup>181</sup> DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, 2009. *Proceso Penal*. México: Jurídica de las Américas, p. 471.

<sup>182</sup> CASARINO, M., Op. Cit., p. 107.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>184</sup> GONZÁLEZ, M., Op. Cit., pp. 43-44

#### 4.6. Presunciones

La prueba por presunciones se define como aquella que emplea elementos conocidos para inferir de ellos, sea obra del juez o del legislador, un hecho desconocido y controvertido en pleito<sup>185</sup>, así lo señala el artículo 47 del CC. A partir de esta definición podemos clasificarlas en dos tipos, aquellas realizadas por el juez (judiciales) o aquellas realizadas por el legislador (legales) y, por tanto, establecidas en la ley.

Han existido diversas discusiones en la doctrina respecto a definir como un todo a las presunciones, y modernamente se ha diferenciado. GAMA señala que el concepto de presunción como inferencia que antes hemos señalado es adecuado para explicar las presunciones formuladas por el juez, sin embargo, que no resulta adecuado para las presunciones legales<sup>186</sup>, pues en este último caso lo que existe es una regla jurídica que dispensa de la necesidad de acreditar un hecho y que traslada al oponente la carga de la prueba de lo contrario<sup>187</sup>. Por otro lado, CARBONELL critica la idea de concebir a las presunciones judiciales como medios de prueba, señala que es un error por parte del legislador y que más bien en este caso nos encontramos ante inferencias probatorias, es decir, una operación que realiza el juez a través de la cual a partir de pruebas que permiten dar por probado un hecho extrae conclusiones acerca de la efectividad de un hecho desconocido, en que la conexión se realiza asumiendo una generalización empírica (máximas de la experiencia)<sup>188</sup>.

Sin duda, en el ámbito de las medidas cautelares, el foco se encuentra en las presunciones judiciales como medios de prueba, siguiendo a la doctrina clásica o como inferencias probatorias siguiendo a la moderna, pues será el juez quien a partir de hechos conocidos que las partes deben acreditar por otros medios de prueba, extraerá como conclusiones, hechos desconocidos a través de las máximas de la experiencia, lo cual sin embargo no excluye las presunciones legales como veremos a continuación.

En el ámbito civil, reconocimos como requisito general para la dictación de toda medida cautelar la existencia de comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se pretende invocar. En este sentido, se le exige al tribunal la existencia de una presunción como medio de prueba para la dictación de una cautelar, y además se le señala un estándar a dicho medio de prueba, su carácter de grave. GAMA señala que el grado de aceptabilidad de una presunción está determinado por el contenido y la naturaleza de la máxima de la experiencia que se utilice<sup>189</sup>, por lo tanto, que la presunción

---

<sup>185</sup> CASARINO, M., Op. Cit., p. 117.

<sup>186</sup> GAMA LEYVA, Raymundo, 2013. Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental. *Revista de Estudios de la Justicia*. Santiago: N°19, p. 74.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>188</sup> CARBONELL, F., Op. Cit., p. 381.

<sup>189</sup> GAMA, R., Op. Cit., p. 85.

sea grave significa que la conclusión que se extrae de la inferencia será la más probable en comparación a las otras<sup>190</sup>. Sin duda volveremos sobre este aspecto en la aplicación de cada etapa del derecho a la prueba en las medidas cautelares, ya que, de manera encubierta podría existir un estándar de prueba con la exigencia de la gravedad de una presunción en que el hecho desconocido siempre será la posible ineficacia de la sentencia de ocurrir ciertas circunstancias.

Por otro lado, en el ámbito penal, existe el requisito general de la existencia de antecedentes que justifiquen la existencia de un delito, y particularmente en la prisión preventiva la necesidad de cautela que se evaluará en base a el peligro para el éxito de la investigación, la seguridad del ofendido o de la sociedad, y el peligro de fuga, y particularmente en este segundo presupuesto nos encontraremos ante casos especiales señalados por la ley en que se presume dicha inseguridad.

Podemos entonces señalar de modo preliminar que el medio de prueba (según sigamos a la doctrina clásica) más relevante en las medidas cautelares será la presunción, por lo cual en el tercer capítulo haremos un análisis más pormenorizado de ella y su aplicación.

---

<sup>190</sup> *Ibíd*em, p. 87.

## Capítulo 3: La aplicación del derecho a la prueba en las medidas cautelares

### 1. Procedencia del derecho a la prueba en las medidas cautelares

De manera precedente realizamos un análisis respecto a las medidas cautelares, sus principios y procedencia en nuestro ordenamiento jurídico tanto en materia civil como en penal, y posteriormente nos referimos al derecho a la prueba, las formas en que este converge en nuestro derecho y qué significa su existencia y aseguramiento a los particulares. Por lo tanto, ahora lo que corresponde es hacer confluir ambas ideas y demostrar por qué el derecho a la prueba no solo aplica en aquellos hechos que buscan probarse para la dictación de la sentencia definitiva, sino también en los hechos que deben probarse para la dictación de medidas cautelares por parte de los tribunales.

#### 1.1. La justificación del acto probatorio

Para cumplir con el objetivo hay una pregunta que debemos hacernos de manera previa, la cual consiste en el por qué de la prueba. Esto pues ya sabemos que donde existe prueba, podremos hacernos la pregunta posterior de si existe el derecho fundamental a la prueba que protege a las partes o intervinientes de un proceso, por tanto, para calificar que se aplica a las medidas precautorias debemos señalar que existe en ellas la necesidad de probar.

Nuestro modelo probatorio se basa en un silogismo práctico en que la premisa mayor es una norma que asigna una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho y la premisa menor es la que reconoce que un supuesto de hecho concreto puede calificarse en el supuesto de hecho abstracto de la premisa mayor<sup>191</sup>, en palabras simples, la norma jurídica establece supuestos de hecho que de subsumirse a ellos los hechos concretos de la realidad darán lugar a consecuencias jurídicas.

Como señala FERRER, no es necesario elaborar una argumentación jurídica detallada para demostrar que aquello que debe ser probado en juicio depende de los supuestos que las normas jurídicas señalen, por lo cual en todo proceso debe probarse la proposición que afirma la ocurrencia del hecho, para aplicar la consecuencia jurídica que el derecho considera<sup>192</sup>. Es decir, cada vez que la norma señale un hecho del que se derivan consecuencias jurídicas, deberemos probar dicho hecho.

---

<sup>191</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, 2010. *Los hechos en el derecho*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, p. 45.

<sup>192</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, 2002. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, p. 55.

Ahora bien, las normas que van a definir dichos hechos lo pueden hacer de manera muy distinta, pues hay hechos que serán definidos de manera descriptiva, es decir, aquellos en que la identificación del supuesto de hecho se hace a través de datos empíricos y los que serán definidos de manera valorativa, que utiliza precisamente elementos valorativos<sup>193</sup>.

Es claro que, en materia de medidas cautelares, existen supuestos de hecho que deberán probarse por las partes para que el tribunal acceda a la dictación de cada medida, como revisamos en el primer capítulo de esta memoria. Sin embargo, existen tres particularidades relevantes que los diferencian de los hechos que las partes o intervinientes podrían buscar probar durante el procedimiento para la dictación de la sentencia definitiva: en primer lugar, la existencia de una sola y la misma consecuencia jurídica provisional de darse la comprobación, en segundo lugar, la existencia de supuestos de hecho preminentemente valorativos, y en tercer lugar, que los hechos que se buscan probar son hechos futuros, por lo cual visten de una complejidad mayor<sup>194</sup>. Para la explicación de cada una de estas características iremos distinguiendo entre materia civil y penal de manera sintética, pues el detalle de los supuestos se encuentra en el primer capítulo de esta memoria.

### **1.1.1. Una consecuencia jurídica**

En primer lugar, el puntapié inicial es comprender que para la dictación de una determinada sentencia definitiva las consecuencias jurídicas posibles serán de diferente índole y naturalmente permanentes. Por ejemplo, en la sentencia definitiva en materia civil puede ser que se ordene una indemnización, y en materia penal que una persona sea culpable o inocente, teniendo una vez firme y ejecutoriada el carácter de permanente la decisión, lo cual marca la primera diferencia con las medidas cautelares, pues en este último caso la consecuencia jurídica será siempre la misma: la dictación de una medida provisional que afectará la libertad de disposición o desplazamiento de una determinada persona.

De esta manera, en las medidas cautelares podemos reconocer la existencia, por un lado, de los supuestos de hecho para su dictación, y, por otro, la consecuencia jurídica, que como mencionamos resulta ser la dictación de la medida de manera provisional. Recordemos que para toda medida cautelar existen en primer lugar dos supuestos de hecho que deben cumplirse, esto es, el *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*, lo cuales se desarrollan en cada ámbito del derecho según su regulación lo establezca.

---

<sup>193</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy, 1971. Legal decisión and its Justification. *Logique et Analyse*. Bélgica: vol. 14, Nº 53/54, p. 108.

<sup>194</sup> HUNTER AMPUERO, Iván, 2015. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Chile: Nº 1, p. 213.

Así, en toda medida cautelar dictada en materia civil se requiere como supuestos de hecho de fondo (que separaremos de los de forma) que los bienes del demandado no sean suficientes para el cumplimiento de la eventual sentencia definitiva y que se acompañen antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se pretende invocar, y, se añadirán en cada tipo de medida requisitos adicionales o bien la concreción de los dos anteriores, tales como, por ejemplo, la demostración de que hay motivos para creer que el demandado esconderá sus bienes en el caso de la retención de bienes determinados, regulada en el artículo 295 del CPC. Mientras que, en materia penal, específicamente en la prisión preventiva se requiere de antecedentes que permitan al tribunal justificar la existencia del delito, que el imputado ha participado en este y que la medida resulta indispensable.

En ambos casos entonces nos encontramos con diferentes supuestos de hecho, que, sin embargo, darán lugar a la misma consecuencia jurídica, es decir, la interposición de la una medida provisional que busca resguardar el cumplimiento de una eventual sentencia definitiva.

### **1.1.2. Hechos valorativos preeminentes**

En segundo lugar, un elemento que marca la diferencia en materia cautelar resulta ser que, en base a la diferenciación antes expuesta de hechos descriptivos y hechos valorativos, de la sola lectura de los supuestos de la dictación de medidas en materia precautoria podemos reconocer la preeminencia de este segundo tipos de supuestos, pues nos encontramos con términos como que los bienes no sean suficientes, la necesidad de presunción grave o ya dentro de los supuestos de necesidad de la prisión preventiva, incluso encontramos ideas como el peligro para la seguridad de la sociedad.

Señala FERRER, sin embargo, en ese sentido, que el hecho de que sean valorativos los supuestos no significa que los hechos que deban probarse sean indeterminados<sup>195</sup>, si no que más bien se produce una definición del supuesto de hecho en dos partes, la primera identifica un hecho genérico y la segunda restringe la aplicación de la norma jurídica a aquellos que merezcan una determinada valoración<sup>196</sup>.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento podemos añadir que si bien existen hecho valorativos, preferentemente en materia penal muchas veces el legislador opta por otorgar definiciones o consideraciones que deben tenerse en cuenta para otorgar dicha valoración, un ejemplo es justamente el peligro para la sociedad que podría causar el imputado, pues como antes revisamos la misma ley señala

---

<sup>195</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 56.

<sup>196</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 56.

que deberán tomarse en consideración en este supuesto la cantidad de delitos, las penas asociadas, haber obrado en grupo o pandilla, etc.

### **1.1.3. Se prueban hechos futuros**

La tercera diferencia, que, sin duda es la más relevante, es el tipo de hechos que se busca probar, pues en la mayoría de los supuestos que dan lugar a consecuencias jurídicas dictadas en una sentencia definitiva encontraremos como base hechos pasados, sin embargo, en las medidas cautelares todo lo que se debe probar se refiere a hechos futuros<sup>197</sup>.

Dicha situación ha dado paso a debate respecto de la dificultad probatoria que esto genera, sobre el cual haremos una breve referencia, no sin antes distinguir ambas materias (civil y penal) pues tanto los supuestos son diferentes, como también sus consecuencias.

#### **D) Los hechos futuros en materia civil**

Autores como HUNTER han estudiado las dificultades probatorias en materia civil, identificando diversas hipótesis en que esto puede darse durante el proceso. En primer lugar, se refiere a la existencia de hechos que por su naturaleza compleja o la definición que entrega el legislador son difíciles de probar, grupo dentro del cual se encuentran los hechos futuros y, en segundo lugar, los hechos que no dejan huellas<sup>198</sup>.

Los hechos futuros serán aquellos que no han sucedido, pero dado el estado en que se encuentran las cosas se espera que en un futuro existan<sup>199</sup>. En las medidas cautelares civiles, si atendemos a los supuestos de hecho de fondo básicos, es decir, el peligro en la demora de la dictación de la sentencia y la existencia del derecho que se invoca, que se manifiestan en particular en que los bienes del demandado no sean suficientes para el cumplimiento de la eventual sentencia definitiva y que se acompañen antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se pretende invocar, podemos identificar la existencia esencial de hechos futuros.

En primer lugar, pues la exigencia del peligro en la demora de la dictación de la sentencia y la demostración de que los bienes del demandando no son suficientes para el cumplimiento de la eventual sentencia, atiende esencialmente a lo que podría ocurrir, es decir, debe presumirse que en el futuro de

---

<sup>197</sup> VALENZUELA, Jonatan, 2023. Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política Criminal*. Talca: N° 35, p. 837.

<sup>198</sup> HUNTER, I., Op. Cit., p. 213.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 220.

dictarse una sentencia por el tribunal esta no será susceptible de cumplirse, y se transformará en lo que denomina sentencia de papel<sup>200</sup>, y en segundo lugar la demostración de la existencia del derecho que se invoca de la mano de acompañar antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave de este, supone necesariamente que se considere de manera anticipada la existencia del derecho que sirve de base para la pretensión de la parte demandante, cuya determinación definitiva se dará de manera posterior.

Su dificultad probatoria radica entonces en que al tratarse de hechos que no han sucedido, resulta imposible su prueba de manera directa<sup>201</sup>, pues no podemos probar directamente que una vez dictada la sentencia civil que reconoce la existencia de las pretensiones de parte demandante esta no se podrá cumplir pues el demandado no ostenta de bienes para hacerlo. Por ello la acreditación se realiza a través de ciertos datos objetivos que, si son susceptibles de prueba directa, es decir, se establece un hecho base a partir del cual es posible proyectar un hecho futuro<sup>202</sup>. Sin embargo, poco se ha estudiado dicho aspecto en materia cautelar civil, aunque podemos aproximarnos a que los hechos base serán, por un lado, la demostración de la cantidad de bienes que ostenta el demandado y la existencia de una obligación incumplida para con el demandante de un determinado valor, el cual debe ser superior o igual al valor de los bienes del demandado y tal como señala AMPUERO el juez al respecto no puede exigir una probabilidad muy elevada<sup>203</sup>.

Las soluciones que se entregan las podemos dividir en dos grupos, por un lado, la que entrega el legislador, donde gran relevancia tendrán las presunciones legales, las cuales son justamente entendidas como una herramienta legislativa de facilitación probatoria<sup>204</sup>, que sin embargo en materia cautelar civil poco podemos observar, y, un segundo grupo de soluciones que han sido utilizadas por la doctrina, tales como la prueba prima facie, en que basta que las partes prueben la apariencia de cierto hecho, o incluso la conducta de las partes<sup>205</sup>. Sin embargo, reiteramos, que dichas soluciones no han sido particularmente estudiadas en el ámbito cautelar, por lo cual no existe claridad y sistematización respecto a la forma de solucionar esta dificultad probatoria.

## II) Los hechos futuros en materia penal

---

<sup>200</sup> MARIN, J., Op. Cit., p. 216.

<sup>201</sup> HUNTER, I., Op. Cit., p. 221.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>203</sup> *Ibidem*., p. 221.

<sup>204</sup> MORENO, Juan, 2007. Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil. En: CORTÉS, Valentín; GONZÁLEZ, Piedad; ÁLVAREZ, Pedro; PÉREZ, Gilberto y MORENO, Juan, 2007. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 17.

<sup>205</sup> HUNTER, I., Op. Cit., pp. 230-232.

En materia cautelar penal se debe probar, como antes señalamos, la probabilidad de la existencia del delito y la participación del imputado en él (y que, por lo tanto, es probable que se dicte una sentencia en su contra), además de la probabilidad de que su libertad afecte el proceso, ya sea porque puede afectar la prueba, hay peligro de fuga o resulta ser un peligro para la víctima o la sociedad, de lo cual salta a la vista que existe prueba sobre hechos futuros, en el primer caso ligado más bien a una probabilidad de que exista cierta situación (sentencia condenatoria) y en el segundo respecto a riesgos que podrán ocurrir en el futuro<sup>206</sup>.

La dificultad se plantea principalmente en el segundo caso, pues nos encontramos ante hipótesis de segundo orden en que el pronóstico no solo se da respecto a la creación de cierta secuela, sino también respecto al hecho base<sup>207</sup>, por ejemplo, en el caso del peligro de fuga, debe en primer lugar, considerarse la existencia de la posibilidad de que el imputado pueda fugarse, y en segundo lugar, la probabilidad de que efectivamente se fugue.

La forma en que se ha solucionado la dificultad en la materia ha sido a través de inferencias probatorias, que en base al modelo de TOULMIN utilizan cuatro elementos de razonamiento: pretensión, razones, garantía y respaldo<sup>208</sup>. Lo cual aplicado a las medidas cautelares se manifiesta en que la pretensión sería la hipótesis inicial, las razones son el supuesto de hecho aplicable al caso, las garantías lo que une y explica los dos anteriores y el respaldo la base de la garantía<sup>209</sup>. Lo más relevante resulta ser la garantía y su correspondiente respaldo, en lo cual los tribunales aplican las presunciones o las máximas de la experiencia<sup>210</sup>.

Nuestro CPP señala indicios tipo para cada hipótesis de que la libertad del imputado afecte el proceso, los que pueden entenderse como presunciones legales pues son circunstancias que deberán tomarse especialmente en cuenta<sup>211</sup> por el tribunal para la dictación de la medida. Además, por otra parte, se acude por parte del órgano jurisdiccional a máximas de la experiencia, entendidas como regularidades empíricas que permiten obtener una conclusión a partir de una base<sup>212</sup>. La relación entre máximas de la experiencia e inferencias probatorias en este ámbito ostenta una relación género especie, debido a que se

---

<sup>206</sup> MORA SÁNCHEZ, Jeffrey, 2021. Predictibilidad conductual y proceso penal: algunos apuntes sobre el fundamento epistémico de los hechos futuros en las medidas cautelares. *Revista Internacional sobre razonamiento probatorio*. Madrid: N° 2, p. 44.

<sup>207</sup> DEI VECCHI, Diego, 2015. *La peligrosidad judicial: Sobre la justificación de la premisa fáctica de la prisión preventiva en la decisión judicial y algunas críticas no tan frecuentes*. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 3.

<sup>208</sup> TOULMIN, Stephen, 2007. Los usos de argumentación. En: MORA SÁNCHEZ, Jeffrey, 2021. Predictibilidad conductual y proceso penal: algunos apuntes sobre el fundamento epistémico de los hechos futuros en las medidas cautelares. *Revista Internacional sobre razonamiento probatorio*. Madrid: N° 2, p. 43.

<sup>209</sup> MORA, J., Op. Cit., pp. 45 46.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>212</sup> *Ibidem*, , p. 49.

entiende que las presunciones son máximas de la experiencia revestidas de autoridad<sup>213</sup>. Por lo tanto, en cualquier caso, se trata de un vínculo conceptual en el que según la doctrina no existe un razonamiento probatorio propiamente tal, sino que una simple calificación o interpretación de los hechos<sup>214</sup>.

MORA en ese sentido, plantea como crítica y punto determinante, la pregunta de si dentro de un sistema de prueba libre, que requiere en esencia razones epistémicas para fundar las decisiones adoptadas por el tribunal pueden utilizarse presunciones o definiciones legales como enlace de la inferencia<sup>215</sup> que servirá como garantía y respaldo de la dictación de una medida cautelar, considerando los bienes jurídicos que están en juego en su dictación. Y responde señalando que las características de las presunciones y las máximas de la experiencia como garantías las tornan inviables para servir de enlace es una inferencia relativa a medidas cautelares penales<sup>216</sup> en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la necesidad de fundamentar adecuadamente resoluciones que pueden afectar los Derechos Humanos.

## **1.2. El derecho a la prueba aplica siempre allí donde se debe probar un hecho**

Del apartado anterior podemos reconocer la existencia de diversos supuestos de hecho en materia cautelar, los que necesariamente requerirán del acto probatorio de las partes o los intervinientes para ser acogidas por el tribunal. Esto, aún con ciertas características que los diferencian, tales como la existencia de una consecuencia jurídica temporal, supuestos preeminentemente valorativos y el desafío de la prueba de los hechos futuros. Cabe hacerse ahora la pregunta de si de dicha conclusión, se desprende inmediatamente que aplica también la garantía fundamental del derecho a la prueba en las medidas cautelares.

Si volvemos a la definición de derecho a la prueba nos encontraremos que esta consiste en aquel que tienen las partes o intervinientes de un procedimiento para exigir al juez el aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta con el fin de propender a la formación de convicción de este sobre la verdad de los hechos que son presupuesto del derecho o del interés material que se disputa<sup>217</sup>, y podemos identificar que el elemento relevante es que existan hechos que son presupuestos del derecho o del interés material que se disputa, y como demostramos en el ápice anterior aún con sus

---

<sup>213</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, 2013. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. 1ª ed. Méjico: Editorial Fontamara, p. 59.

<sup>214</sup> GONZÁLEZ, D., Op. Cit., p. 44.

<sup>215</sup> MORA, J., Op. Cit., p. 47.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>217</sup> JARAMILLO, L., Op. Cit., pp. 184-185.

particularidades las medidas cautelares consagradas en la ley tienen presupuestos de hecho a los que deberán subsumirse los hechos de la realidad para su dictación por los tribunales. Por lo cual, en base a ese razonamiento deductivo también aplica en ellas el derecho fundamental a la prueba, lo que se ve apoyado por autores como JARAMILLO quien justamente señala que los ámbitos de aplicación del derecho fundamental a la prueba son todos los órdenes jurisdiccionales, incluyendo las actividades extraprocesales o las diligencias que realizan los jueces de garantía con respecto a decisiones que afecten derechos fundamentales<sup>218</sup>, añade además que si bien esta garantía se configura típicamente en torno al proceso penal, por el principio de igualdad no es posible discriminar en materia civil, resultando completamente aplicable a dicho ámbito también<sup>219</sup>.

Lo dicho se ve reforzado si nos referimos al fundamento por el cual se prueba, y cuál es la razón de que sea un derecho fundamental, lo que es justamente la búsqueda de la verdad<sup>220</sup> como principio en nuestra legislación, el cual se vuelve ampliamente relevante en materia cautelar, pues, aunque si bien de manera provisional, se afectarán derechos fundamentales como la administración de los bienes o la libertad personal.

### **1.3. Respuesta a la interrogante**

Podemos concluir entonces, según lo que hemos revisado, que en las medidas cautelares el legislador ha configurado supuestos de hecho con ciertas características especiales que requerirán de la prueba de las partes o intervinientes del proceso. A su vez, que el derecho a la prueba como derecho fundamental en su configuración no hace distinción respecto al momento procesal de su aplicación, por lo cual, será considerado en toda actividad probatoria de las partes o intervinientes. Por lo tanto, el derecho a la prueba como garantía fundamental aplica en el momento de la dictación de las medidas cautelares.

Lo dicho tiene como consecuencia que ambos aspectos del derecho a la prueba, esto es, el objetivo y subjetivo, deben ser respetados en la dictación de medidas cautelares, y nos lleva a preguntarnos si esto se da de manera efectiva en nuestra legislación y práctica jurisdiccional, que será a lo que dirigiremos nuestro estudio a continuación.

## **2. La aplicación del derecho a la prueba en las medidas cautelares**

---

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>220</sup> FERRER, J., *Op. Cit.*, p. 30.

Una vez que reconocimos que el derecho a la prueba en las medidas cautelares sí es aplicable, nos corresponde analizar qué significado tiene esto a nivel legal y en la práctica jurisprudencial. Nos referiremos tanto a lo abstracto de nuestras normas jurídicas y nuestros procedimientos, como a analizar la realidad y práctica de nuestros tribunales, diferenciando las dos materias de estudio,

Al hablar de derechos fundamentales y en particular del derecho a la prueba, pudimos reconocer la existencia de dos vertientes relevantes, su aspecto objetivo y su aspecto subjetivo, y, si bien ambos convergen, son estudiados desde perspectivas diferentes. Por lo mismo nuestro análisis se centrará en primer lugar en el aspecto objetivo del derecho a la prueba tanto en materia civil y penal, y, posteriormente en el aspecto subjetivo en las mismas materias, sobre lo cual adelantamos, que este último resulta problemático.

## **2.1. El aspecto objetivo de la prueba en las medidas cautelares**

Reconocer los derechos fundamentales en su aspecto objetivo significa concebirlos como un orden de principios y valores que irradian nuestro ordenamiento jurídico y que se encuentra consagrados en la parte dogmática de nuestra Constitución<sup>221</sup>, uno de esos principios y valores, por lo tanto, será el debido proceso, y por lo mismo, en la materia que nos interesa, el derecho a la prueba.

A modo general, esto significa que estos principios y valores deben considerarse como un límite al legislador, y a la eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales<sup>222</sup>. Particularmente PICÓ reconoce cuatro reglas en materia probatoria con las que debe cumplir nuestro ordenamiento para dar cumplimiento a este aspecto. Estas son en primer lugar la necesidad de efectuar una lectura amplia de las normas probatorias a efectos de permitir la mayor actividad probatoria, en segundo lugar, interpretar de manera restrictiva las normas que limitan el derecho a la prueba, en tercer lugar, subsanar cualquier defecto que afecte la prueba presentada y en cuarto lugar la irrenunciabilidad de este derecho<sup>223</sup>. Sobre lo cual nosotros añadiremos, antes que todo lo señalado, la necesidad del legislador de establecer las oportunidades probatorias para las partes.

---

<sup>221</sup> SALEM GESELL, Catalina, 2017. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales como parámetro de legitimidad material en el Estado constitucional de Derecho. *Revisa de Derecho Público*. Santiago: N° 86, p. 105.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>223</sup> FERRER, J., *Op. Cit.*, pp. 22-28.

De manera particular nos corresponde analizar si estas reglas se cumplen en materia de medidas cautelares, y de cumplirse, la forma en que esto se manifiesta en nuestra legislación. Por lo cual, a continuación haremos la distinción entre las medidas cautelares civiles y penales.

### **2.1.1. El aspecto objetivo en las medidas cautelares civiles**

En materia civil el tribunal competente para conocer de la solicitud de una medida precautoria es el tribunal que conoce el juicio ya sea en primera o única instancia. Y respecto a su forma de tramitación el artículo 302 del CPC señala:

“El incidente a que den lugar las medidas de que se trata este título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.

Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podría ampliar este plazo por motivos fundados. (...)”.

Esta redacción ha dado lugar a discusión en la doctrina y la jurisprudencia, respecto a cuál es la regla general mediante la cual se deben tramitar las medidas cautelares.

Una primera posición, señala que, en virtud del primer inciso, la regla general, es que se tramiten de manera incidental en cuaderno separado sin suspender el procedimiento, por lo tanto, la resolución que dictará el tribunal será traslado<sup>224</sup>. De esta manera, la posibilidad que otorga el inciso segundo de dictar la medida sin previa notificación del demandado constituye una excepción.

El procedimiento incidental se encuentra regulado en el artículo 89 del CPC, según el cual se otorgan 3 días a la otra parte para que pueda contestar, plazo en que el tribunal puede, por un lado, resolver de manera inmediata si considera que no hay necesidad de prueba, o bien por otro, ordenar que se reciba el incidente a prueba de acuerdo con las normas del artículo 90 del CPC.

La forma que el tribunal tiene para decidir si recibe o no el incidente de prueba no se encuentra expresamente regulada en el Código, por lo cual, en virtud del artículo 3 del mismo se deben aplicar las normas del procedimiento ordinario, según el cual juez debe abrir término probatorio siempre que existan

---

<sup>224</sup> MARIN, J., Op. Cit., p. 266.

hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos<sup>225</sup>. La resolución que reciba la causa de la prueba fijará los puntos a probar, y una vez notificada se abrirá un término probatorio de 8 días, pudiendo presentarse lista de testigos dentro de los primeros 2 días<sup>226</sup>.

Una segunda posición es semejante a la anterior, sin embargo, interpreta de manera distinta el inciso segundo, entendiendo que ante la petición del demandante y existiendo razones graves, el tribunal puede conceder de forma inmediata y previsional la medida precautoria mientras se resuelve el incidente<sup>227</sup>, siendo una suerte de medida precautoria dentro de una medida precautoria.

Por último, una tercera posición y la que actualmente tiene aplicación en nuestro ordenamiento, señala que el tribunal debe pronunciarse de plano sobre la solicitud, ordenando la formación de un cuaderno separado, por lo cual no se otorga traslado, si no que de manera inmediata dictará un resolución que dé o no lugar a la medida, y solo una vez decretada, el demandado podrá pedir el alzamiento de ella, generándose un incidente que se tramitará por las reglas generales que antes hemos señalado<sup>228</sup>. Esta tesis tiene su base en tres elementos, en primer lugar pone el acento en que la norma no dice que se tramita conforme a los incidentes, sino que en conformidad a las reglas generales, en segundo lugar, considera que el concepto de incidente debe entenderse en un sentido amplio como cuestión accesoria al juicio que requiere especial pronunciamiento del tribunal y, en tercer lugar, se basa en que la audiencia no es un elemento esencial del concepto de incidente, por lo cual el tribunal puede resolver de plano<sup>229</sup>.

Esta considera, además, que es relevante señalar que el principio de bilateralidad de la audiencia (también dentro de los derechos fundamentales del debido proceso) según el cual el órgano jurisdiccional ha de dar a las partes la oportunidad de hacer valer sus argumentos alegaciones, y de poder presentar alegaciones y defensas<sup>230</sup> se cumple a cabalidad, pues se debe diferenciar entre que la medida cautelar se resuelva de plano, y que tenga efecto, pues esto último solo ocurrirá con la notificación al demandado. Por lo anterior, el inciso segundo del artículo 302 del CPC es una verdadera excepción en que se permite que la medida tenga efecto previa notificación, pero de todas maneras está presente el principio de la bilateralidad, aunque de manera posterior, pues según el mismo inciso antes mencionado se da un plazo breve de 5 días para notificar, y de no realizarse dicha notificación las medidas decretadas quedarán sin efecto.

---

<sup>225</sup> CASARINO, M., Op. Cit., p. 150.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>227</sup> MARIN, J., Op. Cit., p. 268.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 270.

<sup>229</sup> BENITEZ RAMÍREZ, Eugenio, 2007. Reflexiones en torno a la propuesta de reforma al Procedimiento Civil Chileno. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago: vol. 34, Nº 3, p. 592.

<sup>230</sup> SILVA MONTES, Rodrigo, 2009. *Manual de procedimiento laboral*. Santiago: Editorial Jurídica, p. 20.

Si analizamos lo antes dicho, en virtud del primer presupuesto del derecho fundamental a la prueba desde su mirada objetiva, es decir, la necesidad de establecer oportunidades probatorias para las partes, nos encontramos con que cada posición nos presenta una solución distinta, pero todas tienen en común que otorgan la posibilidad a las partes de presentar prueba, aunque sea en distintos momentos. Especialmente si nos referimos a la posición actualmente dominante, reconocemos que si bien en un primer momento no permite a la parte demanda oponerse a la dictación de la medida y por lo mismo, presentar pruebas que sustenten sus alegaciones, esto ocurre ya que existe una confrontación de derechos, entre la necesidad de efectividad de la medida y el principio de bilateralidad propiamente que engendra la posibilidad de presentar pruebas, lo cual solo de manera excepcional y previsional es resuelto a favor del primero. Por lo cual en términos generales podemos afirmar la existencia de cumplimiento de este aspecto del derecho a la prueba según las normas de nuestro CPC.

En un segundo plano, la regla que establece PICÓ de interpretar de manera amplia las normas que regulan la prueba permitiendo la realización de la mayor actividad probatoria en materia de medidas cautelares podemos aplicarla en el sentido de que como ya mencionamos, la etapa probatoria ocurrirá dentro del cuaderno separado que resuelve el incidente, cuyas reglas serán las de los procedimientos ordinarios, en los que se cumple este principio, lo que se demuestra, por ejemplo, en que se otorga a las partes la posibilidad de presentar pruebas en el período ordinario de la misma, pero también se abre un período extraordinario e incluso uno especial. El primero consiste en aquel que se abre para rendir prueba fuera del territorio jurisdiccional del tribunal, lo cual puede ser incluso dentro o fuera del territorio nacional<sup>231</sup> cuya duración dependerá justamente de este elemento. Este período tiene aplicación en las medidas cautelares según lo que señala el artículo 90 del CPC en su inciso tercero, con una duración máxima de 30 días. Por otra parte, el segundo, es decir, el término probatorio especial consiste en aquel que se abre de manera excepcional en los casos en que ha habido accidentes que hayan impedido rendir la prueba a una de las partes<sup>232</sup>, y, si bien en materia cautelar, y, especialmente en el procedimiento incidental nada se señala, se ha interpretado ampliamente señalando que, por las reglas generales si sería procedente, bajo las mismas condiciones<sup>233</sup>.

Por lo tanto, es claro que incluso en materia de procedimiento incidental y materias cautelares nuestra legislación ha otorgado las herramientas para que se otorguen las mayores posibilidades a las partes para presentar pruebas, interpretándose de manera amplia, y por ello, cumpliéndose este primer aspecto.

---

<sup>231</sup> RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio, 2010. *Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. Santiago: Editorial Jurídica, p. 110.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>233</sup> CASARINO, M., *Op. Cit.*, 151.

A su vez, el principio de que las normas que limiten la actividad probatoria deben ser aplicadas de manera restrictiva, se refleja de manera indirecta a lo largo de nuestra legislación civil, pues no hay una gran cantidad de normas que traten especialmente sobre limitaciones a la prueba, y de existir tienen supuestos muy específicos, como por ejemplo los artículos 1708 y 1709 del Código Civil que señalan que no se admitirá prueba testimonial sobre aquellas obligaciones que versen sobre más de dos UTM, por lo tanto, en general, bastará con ceñirse a los medios y formas reguladas en el CPC para que la prueba se considere admisible. A mayor abundamiento, existe incluso, una interpretación amplia de la prueba que se puede presentar, pues por ejemplo, se entiende que cuando el CPC hace referencia al término comprobantes que constituyan presunción grave, no solo se refiere a documentos, sino a cualquier medio de prueba<sup>234</sup>.

Respecto a los requisitos de subsanar cualquier defecto de la prueba presentada y la irrenunciabilidad del derecho a la prueba no existe tampoco norma especial en materia de medidas cautelares civiles, por lo cual deberemos referirnos a las reglas generales del procedimiento. Respecto al primer aspecto, podemos establecer que, lo antes mencionado respecto a los distintos periodos probatorios que se han reconocido en nuestro ordenamiento permite que se subsanen los defectos de la prueba presentada o que se pretende presentar, principalmente en el señalado periodo probatorio especial, que se establece para rendir prueba que con anterioridad se vio impedida. Además, por otro lado, respecto a la irrenunciabilidad podemos reconocer que esta existirá en todos los casos en materia civil, ya que, como hemos señalado latamente probar se trata de un derecho fundamental dentro de la garantía del debido proceso, por lo cual tiene la característica de ser irrenunciable<sup>235</sup>, lo cual es concordante con nuestro sistema, pues de aceptarse lo contrario el procedimiento se vería completamente desnaturalizado.

### **2.1.2. El aspecto objetivo en las medidas cautelares penales**

En materia penal, la solicitud de la medida cautelar de prisión preventiva según el artículo 142 del CPP puede plantearse verbalmente en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral y en el juicio oral, por lo tanto, en los primeros dos casos será competente el Juez de Garantía respectivo, y, en el tercer caso el Tribunal Oral en lo Penal. Además, señala el precepto que una vez formalizada la investigación se puede solicitar la medida en cualquier etapa, caso en el cual el juez fijará una audiencia, citando al imputado, su defensor y los demás intervinientes. Es relevante

---

<sup>234</sup> MARIN, J., Op. Cit., p. 253.

<sup>235</sup> ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo, 2002. Sobre el carácter irrenunciable de los derechos humanos. *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho [en línea]*. Madrid: N° 2 [consulta: abril de 2024]. ISSN 1138-9877- Disponible en: <https://www.uv.es/CEFD/5/inigoalvarez.htm>.

mencionar que, el mismo artículo antes citado establece que son requisitos de validez la presencia del imputado y su defensor.

Respecto al procedimiento de dictación el artículo 142 en su inciso 4º señala que:

“Una vez expuestos los fundamentos de la solicitud por quien la hubiere formulado, el tribunal oirá en todo caso al defensor, a los demás intervinientes si estuvieren presentes y quisieran hacer uso de la palabra y al imputado.”

A continuación, respecto a la resolución del tribunal que se pronuncia sobre la prisión preventiva el artículo 143 señala:

“Resolución sobre la prisión preventiva. Al concluir la audiencia el tribunal se pronunciará sobre la prisión preventiva por medio de una resolución fundada, en la cual expresará claramente los antecedentes calificados que justificaran la decisión.”

Si bien volveremos sobre este punto en el aspecto subjetivo del derecho a la prueba, debemos destacar que ambos artículos nos permiten determinar la existencia de una oportunidad probatoria para los intervinientes, ya sea por un lado por quien presenta la solicitud, y, por otro, por quien es contrario a que se pronuncie, pues hay una audiencia que exige su presencia, en la cual se debe hacer una solicitud de manera fundada (es decir, es necesario probar los hechos que una vez subsumidos en la norma jurídica dan lugar a la aplicación de la medida) y en la que, una vez finalizada, el tribunal debe dictar una resolución explicitando las razones para acceder o no a la petición.

Ahora bien, respecto a las otras cuatro reglas, estos artículos de tramitación de la prisión preventiva nada señalan por lo que deberemos acudir a las reglas generales.

Sobre la necesidad de efectuar una lectura amplia de las normas probatorias a efectos de permitir la mayor actividad probatoria podemos reconocer que en materia penal es donde se encuentra consagrada esta regla de la mejor manera, pues como hemos señalado el artículo 195 del CPP asegura la libertad de prueba, lo que significa que todos los hechos y circunstancias pueden ser probados por cualquier medio mientras se incorporen conforme a la ley. Por lo que si aplicamos dicha regla a la dictación de la prisión preventiva, en concordancia con las normas de los artículos antes citados, los intervinientes durante la audiencia de discusión respecto a su dictación podrán presentar cualquier medio de prueba que demuestre que se cumplen los presupuestos materiales, es decir, que existe un delito y que el imputado ha tenido participación en este, y que la prisión preventiva es indispensable pues existen peligros asociados a la libertad del imputado y ninguna otra medida es suficiente. Por otro lado, la defensa podrá también presentar todos los medios de prueba que permitan excluir dichas afirmaciones. Por lo cual, durante este

momento los intervinientes son libres para desplegar toda la actividad probatoria que estimen conveniente.

Por el principio anterior las normas de exclusión probatoria se interpretan de manera restrictiva, dichas normas se consagran en el artículo 276 del CPP en el marco de la regulación del juicio oral y la fase de prueba, lo que por falta de normativa expresa debemos transportar a la audiencia de la dictación de la prisión preventiva.

En primer lugar, se excluye aquella prueba que resulta impertinente, es decir, si no se refiere a los hechos que han sido alegados dentro del procedimiento, en materia de medidas cautelares esto se traduce en excluir la prueba de hechos que no tengan que ver con los presupuestos alegados para la dictación de la medida o bien para la defensa de la aplicación de la misma. En segundo lugar, también debe excluirse la prueba sobre los hechos que resultan públicos y notorios según las reglas generales por el principio de economía procesal. En tercer lugar, se rechaza la prueba que busca tener efectos dilatorios, es decir, la presentación de múltiples testigos o documentos que deseen acreditar los mismos hechos. Para finalizar, en cuarto lugar nos encontramos con la exclusión de la prueba ilícita. Dicha exclusión contiene dos hipótesis, por un lado, las actuaciones o diligencias que hubieran sido declaradas nulas, siendo la nulidad procesal un mecanismo que se establece para remediar un defecto de procedimiento que ocasiona perjuicio (que, en este caso, será el atentado contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes)<sup>236</sup>, y por otro lado, la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, entendiéndose estas como las consagradas en la CPR y Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos<sup>237</sup>.

Respecto a las últimas dos reglas podemos señalar que la subsanación de los defectos de la prueba presentada es un principio general en materia penal que puede traducirse en la obligación del tribunal de asegurar la rendición de la prueba durante la etapa de audiencia de preparación del juicio oral, pues desde la perspectiva del imputado, en caso de que este no pueda ofrecer prueba durante esta etapa por causas que le sean inimputables el juez puede suspender la audiencia hasta por 10 días según los artículos 10 y 278 del CPP, y, en lo referente a la irrenunciabilidad del derecho a la prueba nos remitiremos a lo ya señalado en materia civil, pues se produce por el solo hecho de tratarse de un derecho fundamental.

Como antes habíamos adelantado el aspecto objetivo del derecho a la prueba en la dictación de las medidas cautelares es poco problemático, por lo cual en este apartado más bien nos dedicamos a

---

<sup>236</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, 2005. La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno. *Colección de investigaciones jurídicas*. Santiago: N° 2, pp. 44-45.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 52.

ejemplificar las razones por las que podemos dar por cumplido este ámbito. Ahora, pasaremos a revisar el aspecto subjetivo en que las respuestas que daremos serán distintas.

## **2.2. El aspecto subjetivo de la prueba en las medidas cautelares**

Como ya revisamos, el aspecto subjetivo de los derechos fundamentales sitúa en el análisis al sujeto de derecho como el centro, en virtud del cual, los individuos tienen la posibilidad de ejercitar y exigir la protección de los derechos<sup>238</sup>. En el ámbito del derecho fundamental a la prueba, esto significa que el ordenamiento jurídico crea una posición jurídica de un sujeto procesal de exigir la prueba frente a otro, el juez, quien actúa como obligado<sup>239</sup>.

Según la mayoría de los autores que se han dedicado a estudiar este aspecto, esto se traduce en que el derecho fundamental a la prueba tiene diversas aristas respecto a su contenido<sup>240</sup>, siendo estas, la conformación de la prueba, la admisión de la misma, la valoración y la aplicación del estándar. Por lo tanto, nos corresponde ahora analizar la existencia de estas diversas etapas probatorias en los procedimientos de dictación de medidas cautelares objeto de nuestro estudio.

Este aspecto resulta más problemático en nuestra legislación, pues nuestras normas jurídicas no reconocen necesariamente de manera expresa este contenido subjetivo del derecho a la prueba. Además, es necesario observar como ocurre esto en la práctica jurisprudencial, por lo mismo, en este capítulo haremos una breve ejemplificación con algunas resoluciones de tribunales en la materia. Para iniciar, como ya ha sido necesario, haremos la división según el procedimiento del que se trata.

### **2.1.1. El aspecto subjetivo del derecho a la prueba en materia civil**

En el procedimiento civil la dictación de medidas cautelares en cuanto a procedimiento, está regulada en el artículo 302 del CPC, oportunidad en que las partes pueden efectivamente presentar prueba. Por lo cual al analizar los puntos posteriores debemos estar situados en esa oportunidad procesal.

#### **I) La conformación, admisibilidad y práctica de la prueba**

En primer lugar, el proceso debe permitir a través de la proposición y práctica de la prueba conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis de los hechos al caso<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> RUIZ, L., Op. Cit., p. 185.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p.186.

<sup>240</sup> PICÓ, J., Op. Cit., p. 37.

<sup>241</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 42.

En la dictación de medidas cautelares, esta oportunidad de conformación probatoria ocurre en dos momentos. Para el demandante al momento de la presentación de la solicitud y para el demandado, según la doctrina mayoritaria, ocurre una vez que el tribunal ya ha resuelto de plano el incidente a que da lugar la solicitud de una medida cautelar, y en caso de que exista oposición por su parte<sup>242</sup>, pues de considerarlo necesario el tribunal abrirá una etapa probatoria.

La decisión judicial solo puede tomarse y fundarse en aquellos elementos de prueba que han sido efectivamente aportados al procedimiento<sup>243</sup>, por lo cual durante esta etapa existirá una exclusión de cierta prueba, ya sea por elementos de forma o fondo, es decir, sus límites intrínsecos y extrínsecos<sup>244</sup>. Los cuales podemos clasificar según a quien afectan.

### **1) Limitaciones comunes a la presentación de la prueba**

Como parte del aspecto objetivo del derecho a la prueba, revisamos que la exclusión de la prueba debe ser realmente excepcional, teniendo diversas causales que deben interpretarse de manera restrictiva<sup>245</sup>, y, como nuestro Código no hace una referencia explícita en la materia debemos referirnos a las reglas generales, que en primera instancia han sido estudiadas por PICÓ.

En primer lugar, los límites intrínsecos son la pertenencia y utilidad de la prueba presentada<sup>246</sup>. El primero de ellos se refiere a la relación que debe guardar la prueba respecto a los hechos que se buscan probar<sup>247</sup>, es decir, una prueba será relevante si aporta apoyo o refutación de algunas de las hipótesis fácticas del caso<sup>248</sup>. Lo cual aplicado a las medidas cautelares resulta sencillo, pues por una parte quien la solicita debe presentar pruebas relacionadas al cumplimiento de los diversos presupuestos establecidos en la ley, mientras que, quien de manera posterior, se opone debe demostrar que los hechos de la realidad no son subsumibles a las hipótesis establecidas en la ley, todo esto con las particularidades en materia cautelar, siendo la principal, que nos encontramos ante la existencia de hechos futuros.

Por otro lado, la utilidad está muy relacionada a lo anterior, y significa que la prueba propuesta pueda ayudar a esclarecer los hechos controvertidos<sup>249</sup>, por lo tanto, resulta un poco más amplio que el primer límite, pues la prueba podría estar refiriéndose a elementos accesorios que no prueban de manera directa la hipótesis legal, pero que son sustento de ella. En materia cautelar civil, por ejemplo, es común que se

---

<sup>242</sup> MARIN, J., Op. Cit., p. 270.

<sup>243</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 42.

<sup>244</sup> PICÓ, J., Op. Cit., p. 37.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>248</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 42.

<sup>249</sup> PICÓ, J., Op. Cit., p. 46.

acompañen antecedentes como el avalúo fiscal de un inmueble, que de manera autónoma no se relaciona a la hipótesis para su dictación, pero es la base de uno de los presupuestos materiales, por lo cual cumple con ser pertinente y útil.

Respecto a los límites extrínsecos, podemos reconocer que se trata, de que cada derecho de contenido procesal lleva consigo la necesidad de adecuarse a las formas del procedimiento<sup>250</sup>. En primer lugar, encontramos los límites genéricos, es decir, aquellos que afectarán a cualquier medio probatorio y, en segundo lugar, los límites específicos cuando inciden sobre un tipo de prueba<sup>251</sup>.

Dentro de los primeros se encuentran la licitud de la prueba, es decir, que esta se haya obtenido con respeto de los derechos fundamentales, lo que en materia cautelar no significa más que una aplicación de las normas generales, y que en materia civil no genera gran discusión. Además, encontramos el requisito de la legitimación, según el cual las personas que pueden solicitar válidamente la actividad probatoria serán aquellas que son parte del proceso<sup>252</sup>, lo cual en las medidas cautelares queda plasmado en las normas en la materia, pues quienes pueden solicitarlas y oponerse son solo las partes. Por último encontramos los requisitos temporales o de forma, según el momento y forma en que deben presentarse las pruebas, lo que revisaremos en los límites impuestos a cada parte en materia cautelar a continuación.

Por otro lado, los límites específicos varían según el tipo de medio probatorio que se está presentando, siendo nuevamente una aplicación de las reglas generales, es decir, tanto en la solicitud de la medida como en su oposición se deben respetar las formas, requisitos y admisión de cada medio de prueba.

## **2) Limitaciones a la presentación de la solicitud de medida cautelar**

En este apartado haremos referencia principalmente a los límites temporales y formales de la prueba acompañada al momento de la dictación de la medida cautelar.

En virtud del artículo 290 del CPC para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aunque no esté contestada la demanda, solicitar la declaración de una medida cautelar. Por lo cual, en el ámbito temporal, lo relevante es que la solicitud se haga de manera posterior a la presentación de la demanda, con la sola excepción de las medidas prejudiciales precautorias, en virtud de las cuales la solicitud se puede hacer incluso de manera previa según lo señalado en el artículo 279 del CPC. Por lo tanto, el límite temporal resulta sumamente amplio para la presentación de prueba.

---

<sup>250</sup> *Ibidem*, p.64.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 69.

Por otro lado, el demandante, tiene limitaciones formales, y en ese sentido debemos volver en primer lugar, a los presupuestos básicos de las medidas. Como ya hemos revisado en reiteradas ocasiones en primer lugar debe existir el peligro en la demora, que se traduce en que los bienes del demandado no son suficientes para el cumplimiento de la eventual sentencia y, en segundo lugar, el *fumus bonis iuris* en virtud del cual se deben acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se pretende invocar. De lo que se desprende que el legislador impuso a la parte demandante la carga de probar de manera previa que, a lo menos hay presunción grave del derecho que invoca, por lo tanto, esto funciona como un límite formal, ya que de no presentarse prueba al respecto la sanción es que la medida no podrá ser admitida. En ese sentido existe acuerdo en la doctrina, que el término comprobantes no solo se refiere a documentos, sino a cualquier medio de prueba<sup>253</sup>.

### 3) Limitaciones a la oposición de la dictación de la medida cautelar

En cuanto a los límites temporales, como hemos mencionado, el artículo 302 del CPC ha sido objeto de ardua discusión doctrinal, sin embargo, en la actualidad la posición dominante consiste en que el tribunal resolverá de plano la solicitud de medida cautelar, y solo una vez acogida podrá oponerse el demandado. Sin embargo, no será en la misma oposición en la que tendrá la oportunidad de presentar prueba, sino, siguiendo las reglas generales de la tramitación incidental, una vez que el tribunal reconoce la necesidad de iniciar un término probatorio, por la existencia de hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos según señala el artículo 90 del CPC. Por lo cual, esta es la oportunidad procesal con que cuenta el demandado para desvirtuar los antecedentes que dieron lugar a la dictación de la medida y por ello de no presentarse la prueba en dicho periodo necesariamente la medida seguirá vigente, pudiendo abrirse periodos extraordinarios solo en casos sumamente excepcionales.

Respecto a los límites formales no existen normas en la materia por lo cual debemos remitirnos a las reglas generales, pudiendo por ello el demandado utilizar todos los medios de prueba disponibles.

En general, por lo tanto, podemos reconocer que nuestra legislación ha consagrado un periodo de conformación y admisión de la prueba para las partes en la dictación de medidas cautelares en el derecho civil, lo cual, a su vez se condice con el aspecto objetivo del derecho fundamental a la prueba, pues la lectura e interpretación de las normas que buscan su limitación es restrictiva.

## II) La valoración de la prueba

---

<sup>253</sup> MARIN, J., Op. Cit., p. 253.

El segundo momento relevante de la actividad probatoria es la valoración de la misma, en la cual el tribunal debe evaluar el apoyo empírico que el conjunto de elementos que se han admitido como prueba entregan a las hipótesis planteadas por las partes<sup>254</sup>, es decir, el nivel de apoyo que las pruebas presentadas por el demandante y demandado le otorgan a las hipótesis de que los bienes del demandando no son suficientes para el cumplimiento de la sentencia y la existencia de la presunción grave de los derechos que se invocan según las reglas del CPC.

En esta etapa ocurre el razonamiento probatorio, pues el tribunal deberá explicitar las razones por las cuales determinado elemento de juicio apoya o refuta las distintas hipótesis. Dicho razonamiento puede hacerse en base a dos modelos: el tomista y el holista<sup>255</sup>. El primero de estos se estructura bajo la forma de un relato o narración global de los hechos y las razones relevantes para la decisión probatoria<sup>256</sup>, es decir, el razonamiento es general. Mientras que, en el segundo la valoración se hace de manera individual relacionando cada medio de prueba con las diversas proposiciones que integran el proceso<sup>257</sup>, por lo que podríamos señalar que el razonamiento es particular.

Respecto al valor que tendrá cada medio de prueba, podemos hacer referencia a las reglas generales ya que nuestro proceso civil se encuentra mayormente bajo un sistema de prueba legal o tasada, en virtud del cual la valoración de los elementos de juicio estará guiada jurídicamente<sup>258</sup>, imponiendo el legislador un determinado resultado probatorio según el medio de prueba y las características que este tiene.

A partir de lo anterior, podemos señalar que en esta etapa para que exista un efectivo cumplimiento del derecho fundamental en la dictación de las medidas cautelares, los tribunales deberán relacionar los medios de prueba admitidos con los presupuestos de la medida según el valor que la ley les ha indicado, y al momento de emitir la resolución hacer una referencia general a todos los medios de prueba y como estos apoyan o refutan los hechos alegados por las partes, o bien, hacer una referencia a cada medio de prueba presentando relacionándolo con los hechos que afirma o refuta. Ahora bien, como nuestro legislador no ha explicitado las formas y requisitos de esta etapa en la ley, lo relevante será la práctica jurisprudencial. Por ello, revisaremos algunas resoluciones de los tribunales en materia civil en que acogen o rechazan la solicitud de la dictación de una medida cautelar, para afirmar si existe o no cumplimiento de los antes dicho.

---

<sup>254</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 46.

<sup>255</sup> ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, 2014. Atomismo y holismo en la justificación probatoria. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*. Londres: N° 40, p. 18.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>258</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 45.

A modo meramente ejemplar revisaremos 3 resoluciones de tribunales en que se acogen medidas cautelares.

En el primer caso el 12° Juzgado Civil de Santiago acoge una medida prejudicial precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos señalando: “A lo principal: Atendido el mérito de autos y lo dispuesto en los artículos 290 no 4, 296, 297, 298 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, ha lugar a la medida precautoria solicitada consistente en la prohibición de celebrar actos y contratos sobre el departamento (...)”<sup>259</sup>. De manera posterior, la parte demandada apela a la sentencia interlocutoria a lo cual la Corte de Apelaciones de Santiago indica “Se confirma, en lo apelado, la resolución de seis de marzo de dos mil dieciocho, dictada por el 12 Juzgado Civil de Santiago”<sup>260</sup>. Durante el curso del procedimiento nuevamente la parte demandada solicita el alzamiento de la medida, a lo cual el tribunal a quo responde “A LO PRINCIPAL Y PRIMER OTROSÍ, En atención al mérito de autos, no ha lugar por ahora”<sup>261</sup>, contra dicha resolución se presenta recurso de reposición con apelación en subsidio, el primero rechazándose por el tribunal de primera instancia, y el segundo se declarándose inadmisibile al considerarse por la Corte de Apelaciones de Santiago que la resolución que rechazó inicialmente el alzamiento se trataba de un auto, no siendo por tanto, procedente el recurso de apelación conforme a la ley.

En el segundo caso, el Juzgado de Letras de Villarrica en autos caratulados Ayulef/Ayulef señaló “Al otrosí, Atendido el mérito de los autos, como se pide, decretase la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre el inmueble (...)”<sup>262</sup>. Posteriormente, la parte afectada presentó un escrito en el que solicitaba el alzamiento de la medida precautoria en virtud de diversas consideraciones de hecho y derecho, sobre lo cual el tribunal indicó sin abrir un término probatorio de por medio “Atendido el mérito de los antecedentes, de los cuales se desprende que no ha desaparecido el peligro que ha procurado evitar ni se ha otorgado cauciones suficientes, en los términos del artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve: Que, se rechaza sin costas la solicitud de alzamiento de medida precautoria”<sup>263</sup>. Contra dicha resolución se interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio, este último conocido por el tribunal de alzada fue simplemente confirmado sin mayores consideraciones.

A mayor abundamiento, en tercer lugar, nos referiremos también a la resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción en la cual se acoge la procedencia de una Orden de No Innovar

---

<sup>259</sup> 12° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. Causa rol C-5.830-2018 caratulado Rosas contra Toro, 6 de marzo de 2018.

<sup>260</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Causa rol C-17.751-2023 caratulado Rosas contra Toro, 22 de mayo de 2018.

<sup>261</sup> 12° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. Causa rol C-5.830-2018 caratulado Rosas contra Toro, 6 de marzo de 2018.

<sup>262</sup> JUZGADO DE LETRAS DE VILLARRICA. Causa rol C-129-2014 caratulado Ayulef con Ayulef, 8 de septiembre de 2015.

<sup>263</sup> JUZGADO DE LETRAS DE VILLARRICA. Causa rol C-129-2014 caratulado Ayulef con Ayulef, 8 de septiembre de 2015.

fundamentado que “se decide que se hace lugar a dicha orden, en cuanto se ordena paralizar la ejecución de las obras materiales señaladas en el recurso”<sup>264</sup>.

Esta memoria en ningún caso pretende ser un estudio de jurisprudencia, sin embargo, nos parece relevante reconocer que es común a lo largo de nuestros tribunales de todo el país la vaga fundamentación de la declaración o falta de ella respecto a una medida cautelar en materia civil, lo cual no solo afecta la bilateralidad y fundamentación de las decisiones de los tribunales, sino además lo relevante para nuestros efectos, el derecho fundamental a la prueba. Pues por un lado, no se abren términos probatorios para las partes del conflicto, y por otro, aun presentándose antecedentes estos no son valorados por parte del tribunal de manera expresa.

### **III) Estándar de prueba**

Como bien revisamos en el capítulo anterior, este punto en la dictación de medidas cautelares no es difícil de analizar, pues a falta de norma expresa, deberíamos recurrir a las normas generales, sin embargo, en materia civil el estándar probatorio no se encuentra regulado, por lo cual la doctrina ha sido quien ha establecido que aceptamos el estándar de la probabilidad prevaleciente<sup>265</sup>. Resulta relevante mencionar que la definición concreta de cada estándar es una decisión que le corresponde al legislador<sup>266</sup>, pues es un mecanismo que permite distribuir los errores judiciales en la declaración de los hechos probados<sup>267</sup>, por lo cual será necesaria su regulación.

Si bien, podemos señalar que la necesidad de una presunción grave del derecho que se invoca podría asemejarse a un estándar, debemos recordar que este es solo uno de los requisitos generales para la dictación de las medidas cautelares, y aunque se señala presunción grave, no hay definición respecto a que se entiende por esto, y ha sido nuevamente la doctrina la que ha venido a completar el concepto como antes revisamos.

Por lo dicho de manera anterior, podemos entonces concluir que en materia civil la dictación de medidas cautelares cuenta con diversas dificultades principalmente en sus etapas de valoración y estándar de prueba, lo que determina que los justiciables no vean cumplido de manera óptima y eficaz el derecho fundamental a la prueba en su vertiente subjetiva en materias relevantes en que la jurisdicción ordenará

---

<sup>264</sup> CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Causa rol Protección-11435-2020, 18 de junio de 2020.

<sup>265</sup> LARROCAU, J., Op. Cit., p. 789.

<sup>266</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 142.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 143.

limitaciones a la disposición o administración de sus bienes. Diversas soluciones al respecto podemos encontrar, sobre lo cual nos referiremos en el capítulo siguiente.

### **2.1.2. El aspecto subjetivo del derecho a la prueba en materia penal**

Las normas referentes a la dictación de medidas cautelares en el CPP se encuentran reguladas en el Título V, y especialmente la prisión preventiva en el párrafo cuarto, en el cual, como señalamos anteriormente el procedimiento tiene como principal característica una audiencia oral en la cual la presencia del imputado y su defensa son un elemento esencial.

Podemos adelantar que, debido a lo innovado del CPP en su regulación podemos reconocer de manera mucho más clara las diferentes etapas que veremos a continuación, y que el problema principal se encuentra en una de ellas, siendo esta el estándar de prueba, pues no existe una regulación al respecto.

#### **I) La conformación, admisibilidad y práctica de la prueba**

En materia penal, la etapa probatoria para la dictación de la prisión preventiva será una audiencia oral, por lo cual en ella los intervinientes presentarán sus pruebas, el tribunal revisará su admisibilidad y se practicará de manera inmediata. El mismo artículo 142 del CPP le reconoce a los intervinientes la posibilidad de ser oídos en sus alegaciones, y, por lo mismo fundar sus pretensiones en las distintas pruebas con las que puedan contar, esto ocurrirá de acuerdo a las normas generales en aquellos casos en que existan hechos controvertidos. Lo anterior nos permite concluir que el primer elemento de conformación, de manera clara existe y se cumple.

Por otro lado, respecto a la admisibilidad, tal como revisamos en el aspecto objetivo, no existe una regulación particular, por lo tanto, debemos acudir a las normas generales en materia penal, las cuales ya estudiamos y a las cuales solo haremos remisión en este punto para no hacer reiteraciones. En resumen, se excluye la prueba impertinente, sobre hechos públicos y notorios, la que busca dilatar el procedimiento y la prueba ilícita en base al artículo 276 del CPP, lo cual en concordancia con el elemento objetivo se interpretará de manera restrictiva, no siendo este aspecto problemático. De manera posterior, por lo tanto, se realiza la práctica de la prueba.

#### **II) La valoración de la prueba**

En la etapa de valoración de la prueba, el tribunal que esté presidiendo la audiencia deberá relacionar cada hipótesis con los determinados medios de prueba que se hayan presentado por los intervinientes, y

de la misma manera que en materia civil deberá al momento de entregar su decisión utilizar un método tomista u holista para justificar su decisión<sup>268</sup>.

Es relevante mencionar que más allá de la obligación general de la fundamentación de las decisiones judiciales, el artículo 143 del CPP le exige al órgano jurisdiccional que funde su resolución, y que en ella señale de manera expresa los antecedentes calificados que justificaren la decisión. Por ello, al menos normativamente nuestro ordenamiento jurídico reconoce de manera expresa esta etapa de la actividad probatoria, pues los antecedentes calificados que justifiquen la decisión estarán basados justamente en las pruebas aportadas por los intervinientes, debiendo hacer de manera necesaria referencia a estas y a la pretensión que fundan.

Así las cosas, la misma Corte Suprema conociendo de la apelación de un recurso de amparo resuelto por la Corte de Apelaciones de San Miguel por la dictación de la prisión preventiva en la causa rol N° 14.607-2024, señaló en su resolución de fecha 3 de mayo de 2024 que “la justificación de su decisión, esto es, la procedencia de la prisión preventiva, ya no puede efectuarse sólo mirando los antecedentes y argumentos de hecho y derecho invocados por el peticionario, sino que, necesariamente, le imponen igualmente el deber de expresar las razones por las que los antecedentes y argumentos de la defensa no fueron válidos, útiles o suficientes para desvirtuar aquéllos con independencia que todo ello se desarrolle en un único análisis global de las alegaciones de ambas partes, o se estudie sucesivamente”<sup>269</sup>, reconociendo por tanto, por una lado la necesidad de fundamentación de la decisión, y por otro, especialmente que esa fundamentación se refiera a los antecedentes de hecho presentados por los intervinientes, ya sea de manera particular o global, lo que conlleva implícitamente la posibilidad de usar los dos sistemas de valoración antes mencionados. Esto nos demuestra que esta etapa probatoria no solo está reconocida por el legislador, sino que también ha sido ampliamente recogida y reconocida por la jurisprudencia, no siendo entonces problemática.

### **III) Estándar de prueba**

Como hemos revisado, el estándar de prueba es una especie de umbral que debe sobrepasarse una vez que el tribunal ha valorado cada medio probatorio para dar por probada una hipótesis y por ello, ordenar la aplicación de ciertas consecuencias jurídicas<sup>270</sup>. En todo ámbito jurisdiccional, y especialmente en

---

<sup>268</sup> ACCATINO, D., Op. Cit., p. 18.

<sup>269</sup> CORTE SUPREMA. Causal rol 14.607-2024 caratulado De la Costa Lara Gonzalo contra 12° Juzgado de Garantía de Santiago. 3 de mayo de 2024, pp. 2-3.

<sup>270</sup> FERRER, J., Op. Cit., p. 48.

materia penal el riesgo de no contar con un estándar significa que las decisiones judiciales que se adopten sean medidas al azar, y den paso a la arbitrariedad<sup>271</sup>.

En materia penal las normas jurídicas no han hecho referencia al estándar de prueba que debe superarse para la dictación de las medidas cautelares, ni aún en el caso de la más gravosa que estudiamos, la prisión preventiva. La doctrina está, sin embargo, de acuerdo en que no es posible la aplicación del estándar más allá de toda razonable debido a las diferencias que existen entre la dictación de una sentencia definitiva y la medida cautelar<sup>272</sup>.

En primer término, se ha señalado que la decisión probatoria en materia cautelar debe incluir una evaluación de los enunciados respecto de hechos futuros<sup>273</sup>, en segundo lugar, que las medidas cautelares serán decisiones previsionales que no ponen en juego la presunción de inocencia como regla de juicio base en la materia, y, en tercer lugar, que se debe distinguir claramente entre los supuestos materiales y cautelares de la prisión preventiva<sup>274</sup>.

Por estas razones debe evaluarse en particular cual sería idealmente el estándar probatorio en materia cautelar. A lo cual nos avocaremos en el capítulo siguiente, pues algo que sí está claro es que es necesaria la regulación en este aspecto, pues permite otorgar seguridad a los sujetos dentro del procedimiento, y colabora en que las decisiones que toman nuestros tribunales sean racionales, cumpliendo y respetando el derecho fundamental a la prueba.

### **3. Una propuesta para subsanar los problemas**

Una vez que hemos estudiado las medidas cautelares, y la debida aplicación del derecho a la prueba en ellas, debemos reconocer que el ámbito objetivo del derecho a la prueba no genera mayores conflictos, no así el aspecto subjetivo en que podemos reconocer diversas falencias, que de manera directa o indirecta darán lugar a que no se cumpla a cabalidad el derecho fundamental a la prueba y por ello exista una infracción a los derechos fundamentales de las partes o intervinientes dentro de los diversos procedimientos. Por ello, parece procedente presentar una serie de propuestas o caminos que podemos seguir para subsanar las dificultades a las que nos hemos referido. Si bien, en la mayoría de los casos, la solución simple será mayor regulación, debemos atender a nuestra realidad como sistema jurídico, y la

---

<sup>271</sup> VALENZUELA, J., Op. Cit., p. 848.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 848.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 848.

<sup>274</sup> BELTRAN, Ramón, 2012. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. *Revista de Política Criminal*. Santiago: vol. 7, N° 14, p. 467.

dificultad de que se dicten normas en la materia, por lo cual, deberemos acudir a construcciones doctrinales o jurisprudenciales.

En general podemos señalar que en el procedimiento civil las dificultades se presentan en la etapa de valoración de la prueba y estándar probatorio, mientras que en el procedimiento penal se presentan esencialmente en la etapa de estándar de prueba.

### **3.1. Materia civil**

En esta materia pudimos anteriormente reconocer que la principal dificultad radica en el segundo y tercer elemento del aspecto subjetivo del derecho fundamental a la prueba. En ese sentido, claramente una fácil solución sería legislación al respecto, sin embargo entendiendo la dificultad de aquello y los costos aparejados, nos parece relevante señalar que una vez que los tribunales en Chile reconozcan la aplicación del derecho a la prueba en las medidas cautelares, necesariamente dicho razonamiento los debe llevar a concluir la aplicación de sus distintos aspectos y con ello especialmente la valoración y estándar de prueba (que de la misma forma que el estándar para la sentencia definitiva se tratará de una construcción doctrinal y jurisprudencial).

Ahora bien, a su vez conociendo que este es un tema con escaso interés sobre todo en el ámbito civil, en que lo que está en juegos son bienes y no personas, deberemos acudir necesariamente a las reglas generales y a los derechos fundamentales. Especialmente en el debido proceso, como revisamos, se encuentra consagrado el derecho a la fundamentación de las resoluciones judiciales, en el sentido de que cada decisión tomada por el tribunal debe estar de tal manera respaldada que cualquier persona que acceda a ella entienda el porqué de dicha decisión, y por otro lado, el principio de bilateralidad de la audiencia, en virtud del cual las partes deben tener la posibilidad de defensa, lo cual sin duda obligaría a los tribunales a por un lado abrir términos probatorios y por otro, dentro de ellos a valorar la prueba y fundamentar la decisión adoptada.

Ahora bien, poco valen estos derechos si no pueden hacerse valer, y por regla general contra la resolución que declara o rechaza una medida cautelar no procederán más recursos que la reposición y la apelación (incluso esta última es discutida), por lo cual no hay un control efectivo, lo que también podría estudiarse y repensarse.

Por último, respecto al estándar de prueba en base al mismo razonamiento anterior, lo más conveniente, sería acudir al que la doctrina ha reconocido para el procedimiento general, es decir, la probabilidad

prevaleciente<sup>275</sup>, pues en conjunto con la necesidad de presentar antecedentes que constituyan una presunción grave del derecho que se invoca nos parece segura al demandado que para que la medida sea acogida el demandante necesariamente deberá cruzar un umbral, aunque el más bajo que se conoce dentro de los ordenamientos, la presunción grave otorga un aseguramiento adicional.

### 3.2. Materia penal

Como hemos señalado, la doctrina concuerda en que el estándar probatorio en las medidas cautelares no puede asemejarse al del juicio oral en sí, por las diferencias que se presentan en ambas situaciones<sup>276</sup>, ello sin embargo, en ningún caso significa rebajarlo al estándar de la probabilidad prevaleciente debido a lo que está en juego, es decir, la libertad física de una persona durante una etapa que si bien es provisional, puede ser extensa, por ello es necesario reconstruir un posible estándar y una forma de que se aplique en nuestra jurisdicción.

VALENZUELA parte de la base de que el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable significa que la duda queda integrada por la capacidad que tienen las evidencias de apoyar una determinada hipótesis de hecho y desplazar las hipótesis que resulten compatibles con la inocencia del acusado<sup>277</sup>. Lo cual adecúa a las medidas cautelares señalando que el estándar de prueba presentado debe sostener que:

- a) Las hipótesis de hechos deben ser capaces de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente;
- b) Las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas;
- c) Deben formularse predicciones prospectivas basadas en las evidencias que permitan que se acepte como la hipótesis de mayor peso aquella compatible con la ocurrencia de un hecho en el futuro<sup>278</sup>.

A partir de estas reglas, podemos, en primer lugar, distinguir entre los supuestos materiales y cautelares de las medidas cautelares, lo que dará paso a que debemos aplicar, por las particularidades de cada uno, un estándar diferente. El criterio material es el que se encuentra recogido en el artículo 140 letras a) y b) del CPC<sup>279</sup>, es decir, que para que el juez pueda decretar la prisión preventiva debe demostrarse la existencia de un delito, y que el imputado ha tenido participación en este. Mientras que el criterio cautelar

---

<sup>275</sup> LARROCAU, J., Op. Cit., , p. 789.

<sup>276</sup> VALENZUELA, J., Op. Cit., p. 848.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 849.

<sup>278</sup> *Ibidem*, pp. 849-850

<sup>279</sup> BELTRAN, R., Op. Cit., p. 467.

es el que señala el artículo 140 letra c) del CPC, en que la prisión preventiva se presenta como un medio o instrumento afecto a un fin determinado<sup>280</sup>.

Podemos reconocer que las letras a) y b) antes presentadas son lo que se aplicará a los elementos materiales, debido a que nos encontramos con que deben aportarse antecedentes de modo que sean coherentes con una versión de los hechos acaecidos en el pasado permitiendo tenerlos por verdaderos de manera provisional<sup>281</sup>, y debido a que deben realizarse predicciones de nuevos datos que resulten confirmados, respectivamente. Es decir, la particularidad radica en que, se debe sustentar la existencia de una imputación seria en base a antecedentes sólidos que permitan proyectar la realización del juicio y una eventual condena<sup>282</sup>, y en ambos casos si bien se mira a lo que ocurre en el futuro, la base se encuentra en hechos ocurridos, pues por un lado debemos probar que existió un delito, y de ello predecir, indagando el pasado que el imputado tuvo participación<sup>283</sup>. Mientras que en el caso de la letra c), se debe realizar un ejercicio prospectivo que permite tener por verdadero un enunciado, pues resulta razonable esperar el acaecimiento de un hecho futuro. Lo cual a todas luces justifica un distinto tratamiento.

### **3.2.1. El estándar de prueba en el elemento material**

Una vez clara la diferencia antes planteada, BELTRÁN se avoca al estándar que deberemos seguir en el elemento material, señalado en primera instancia que es evidente que no puede exigirse más allá de toda duda razonable<sup>284</sup>, pues, por un lado la premura con que se desarrolla la evaluación de las medidas cautelares impide que se cuenta con pruebas relevantes<sup>285</sup>, y por otro, no estamos ante una antesala de la apreciación final de la actividad probatoria, sino ante una provisional y temporal de la misma, que puede deshacerse en cualquier momento<sup>286</sup>, no resultando razonable por lo tanto un estándar tan fuerte. Incluso señala que dotar de este estándar podría resultar perjudicial para el imputado, debido a que supondría proyectar la decisión de privación de libertad inicial a todas las etapas del procedimiento<sup>287</sup>, incluyendo la sentencia, lo cual a su vez podemos reconocer, afectaría la presunción de inocencia. De la misma forma el estándar de la probabilidad prevaleciente, como en reiteradas ocasiones hemos mencionado no resulta suficiente, pues no es acorde a las garantías fundamentales que se afectarán con la decisión.

---

<sup>280</sup> *Ibíd*em, p. 467.

<sup>281</sup> VALENZUELA, J., *Op. Cit.*, p. 850.

<sup>282</sup> BELTRÁN, R., *Op. Cit.*, p. 467.

<sup>283</sup> VALENZUELA, J., *Op. Cit.*, p. 850.

<sup>284</sup> BELTRÁN, R., *Op. Cit.*, p. 468.

<sup>285</sup> MORA, J., *Op. Cit.*, p. 40.

<sup>286</sup> BELTRÁN, R., *Op. Cit.*, p. 468.

<sup>287</sup> *Ibíd*em, p. 469.

Así las cosas, la respuesta obvia parece ser acudir al estándar llamado *clear, convincing and satisfactory* de origen inglés, el cual tiene como principio que la evidencia sea tan clara que no deje dudas sustanciales<sup>288</sup>. Sin embargo, a éste se le hacen principalmente dos críticas, la primera consistente en que no se han entregado mayores parámetros de cuál sería el valor numérico para tener por confirmada la tesis, y tampoco cual es el nivel de comparación para señalar una alta probabilidad de ocurrencia de los hechos<sup>289</sup>, por lo cual es imperante acudir a un mecanismo que entregue mayor seguridad. En ese sentido la doctrina, señala algo sumamente relevante, y es que esta decisión dependerá de los criterios político-criminales que estén detrás de la idea de culpabilidad o inocencia<sup>290</sup>, lo que nos lleva a la conclusión de que no solo establecer estándares de prueba es una tarea del legislador, sino que además el tipo de estándar dependerá de los lineamientos políticos que se representen, lo que nos puede dar una pista de la razón de la nula existencia de este en la actualidad, por la dificultad que significa acordarlo.

Al respecto el mismo autor plantea que el estándar que se siga debe establecer que no se puede no tener por probada aquella hipótesis que tenga un mayor grado de confirmación, y que adicionalmente alcance un valor de confirmación necesario<sup>291</sup>, lo cual no solo dependerá de la cantidad de pruebas aportadas, sino de la calidad de las mismas. No es necesario que exista certeza absoluta, sino evidencia de suficiente intensidad que aporte confirmación a la hipótesis formulada, y sobre la cual la defensa vea reducido su radio de acción, aceptando como verdadera la solicitud<sup>292</sup>.

Ahora la pregunta a la que debemos llegar es como esto podría ingresar a nuestra legislación, y la respuesta obvia es a través de una norma jurídica que lo incorpore, sin embargo, como se dijo la decisión política detrás no es tan simple. Por lo cual, por lo pronto, es importante, que los tribunales se refieran a los grados de confirmación de las hipótesis de los elementos materiales de la prisión preventiva, y las comparen con el resto de ellas, señalado de manera expresa ambos elementos, lo cual pueden incorporar, en base justamente a lo que hemos revisado en esta memoria, es decir, el derecho fundamental a la prueba.

### **3.2.2. El estándar de prueba en el elemento cautelar**

En este caso, el razonamiento probatorio supone anticipar el acaecimiento de ciertos hechos, por lo cual la forma de un estándar en estos supuestos depende de la racionalidad de la afirmación de la premisa

---

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 470.

<sup>289</sup> *Ibidem*, pp. 471-472.

<sup>290</sup> GASCÓN, Marina, 2005. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Revista Doxa*. Alicante: N° 28, p. 20.

<sup>291</sup> BELTRÁN, R., *Op. Cit.*, p. 473.

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 474.

sobre necesidad de cautela<sup>293</sup>. Justamente aquí es donde nuevamente surgen las máximas de la experiencia, la fuerza de la inferencia que se haga entonces depende a la fuerza que tenga la máxima de la experiencia, en el sentido de comprobación empírica. Así, VALENZUELA señala que lo relevante y razonable entonces es que el juez dirija sus esfuerzos a la definición de una máxima de la experiencia a través de la corroboración de la fuerza de los datos con que avala la conclusión que le permite afirmar como hipótesis aceptada la ocurrencia de un enunciado sobre los hechos que ocurrirá en el futuro<sup>294</sup>.

La forma de que nuestros tribunales se hagan cargo de este punto no es difícil, pues ha sido una discusión los problemas que podrían llevar aparejadas las máximas de la experiencia y las formas de afrontar aquellos, por lo cual es parte de la labor judicial, hacerse cargo de una máxima y justificarla con datos reales, lo cual no es necesario legislar en particular, sino que es aplicable por el principio general de que toda resolución judicial, y por ello, toda decisión judicial debe estar claramente fundada.

Ahora bien, entonces lo relevante en la materia, será que el órgano jurisdiccional distinga claramente entre el estándar de prueba de los elementos materiales de la prisión preventiva, que será una probabilidad que prevalezca por sobre todas las demás, pero que además cuente con un valor sobre cierto rango, y permita otorgar suficiente seguridad. Mientras que, en el caso del elemento cautelar, basta que las máximas de la experiencia que se apliquen para inferir el acaecimiento de hechos futuros se encuentren bien justificadas en datos empíricos tomados de forma expresa por parte del tribunal, lo cual respeta las particularidades de las medidas cautelares, y, sobre todo, las diferencias con la eventual sentencia.

---

<sup>293</sup> VALENZUELA, J., Op. Cit., p. 850.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 855.

## **Conclusión**

A través de este trabajo hemos podido reconocer la efectiva aplicación del derecho a la prueba en las medidas cautelares, esto, debido a la existencia de supuestos de hecho en las normas jurídicas que regulan su dictación, de los cuales se desprenden consecuencias jurídicas que serán reconocidas y ordenadas por el tribunal.

Al ser las consecuencias de las medidas cautelares especialmente gravosas, para el demandado, pues ve limitada su disposición patrimonial o imputado, pues ve limitada su propia libertad espacial, hemos considerado que es de especial relevancia centrar nuestro estudio en ellas. Como toda decisión judicial, para que el tribunal las ordene deberá asegurar que se cumple la premisa de hecho, y para ello, es una labor de las partes o intervinientes presentar las pruebas que lo sustenten. Al efecto, reconocimos que aún con las particularidades de que se tratará de medidas provisionales, que tienen como base hechos valorativos y futuros, existe actividad probatoria en la etapa cautelar. Por lo anterior y considerando que el derecho a la prueba no distingue etapa del procedimiento, y, por tanto, no se limita a la sentencia definitiva, necesariamente debemos concluir que en las medidas cautelares existe aplicación del derecho a la prueba, lo que significa que las partes o intervinientes tendrán derecho a presentar pruebas, que estas sean admitidas y valoradas por el tribunal.

A su vez, en el marco del derecho a la prueba, pudimos reconocer la existencia de dos aspectos, uno objetivo en que se reconoce como un principio o valor que irradia la legislación, y opera como límite al legislador. Lo cual no resulta problemático en el ámbito cautelar, pues nuestro ordenamiento reconoce oportunidades procesales para presentar pruebas, además de permitir efectuar lecturas amplias de la oportunidad de presentarlas, restringir su inadmisibilidad, subsanar los defectos probatorios y no permitir la renuncia a este derecho, tanto en materia civil como penal, como demostramos a lo largo de la memoria. Sin embargo, en su segundo aspecto, el subjetivo, en virtud del cual se concibe el derecho a la prueba como una facultad de las justiciables que pueden exigir de la jurisdicción y que engendra la posibilidad de conformar y presentar la prueba, que esta se valore por el tribunal, y que para adoptar la decisión se acuda a un determinado estándar ha generado mayores dificultades.

Lo anterior, pues, en el ámbito civil los tribunales más allá de las reglas generales no tienen la obligación particular de fundamentar la decisión que acoge una medida cautelar, ni aun existiendo prueba que deba valorarse, es decir, relacionarse para determinar si apoya o refuta determinado supuesto de hecho, lo cual, ha llevado, a que simplemente acojan o rechacen la medida sin mayores consideraciones, tal como se muestra en las resoluciones que tomamos como ejemplo. Además, de la misma manera que respecto a la sentencia definitiva, no existe una regulación del estándar probatorio, siendo este el umbral que debe

sobrepasarse para señalar que un hecho se da por probado. Mientras que el ámbito penal la dificultad radica únicamente en la etapa del estándar probatorio, pues no existe una regulación en el caso de las medidas precautorias y la doctrina es bastante unánime en señalar que el estándar general, de más allá de toda duda razonable, no es idóneo por diversas consideraciones.

Finalmente, y para entregar luces de esperanza, finalizamos presentando una serie de propuestas para mejorar lo anterior, más allá de las modificaciones legales, pues entendemos el tiempo y los costos que esto supone.

En el primer caso, indicamos por un lado, que, una vez que los tribunales civiles reconozcan la existencia del derecho fundamental a la prueba como parte de las garantías del debido proceso, aplicable a los procesos cautelares, necesariamente deberán reconocer su obligación de fundamentar las decisiones, y valorar las pruebas que se le presentan, esto, en la línea además con que el debido proceso tiene como otro de sus presupuestos la fundamentación de las resoluciones judiciales, lo que se traduce en que toda medida adoptada por el tribunal debe fundarse de manera de que cualquier persona que la revisara, entendería la racionalidad detrás. Por otro lado, respecto al estándar de prueba, al ser una materia que no encuentra regulación, ni aún para la dictación de una sentencia definitiva, la doctrina ha reconocido la aplicación de la probabilidad prevaleciente, lo que podremos extrapolar, pues sumado a la necesidad de acompañar antecedentes que constituyan presunción grave del derecho que se invoca, otorga una seguridad reforzada al demandando que, de ser acogida la medida, verá limitada su facultad de disposición.

Mientras que, en el segundo caso, propusimos distinguir entre los supuestos materiales y cautelares de la prisión preventiva, pues, en los primeros la prueba está basada en hechos del pasado, mientras que en los segundos su comprobación se basará necesariamente en presunciones acerca del futuro, por lo cual se acude a las máximas de la experiencia. Por lo tanto, se puede aplicar a los primeros un estándar de prueba que no es igual al de más allá de toda duda razonable, ya que esto supondría, por una parte, no reconocer que estamos en una etapa previa que tiene poca oportunidad de recabar una gran cantidad de antecedentes y por otro, adelantar la posible condena afectando la presunción de inocencia, lo que nos lleva a construir un nuevo estándar que mezcla, que se trate de la hipótesis más probable, con que deba alcanzar un valor de confirmación necesario. Mientras que en el elemento cautelar bastará como estándar, asegurar que las máximas de la experiencia tengan suficiente fuerza y grado de confirmación, y se encuentren lejos de sesgos y prejuicios.

## Bibliografía

1. ACCATINO, Daniela, 2011. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso: N°37, pp. 483-511.
2. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, 2014. Atomismo y holismo en la justificación probatoria. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*. Londres: N°40, pp. 17-59.
3. ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo, 2002. Sobre el carácter irrenunciable de los derechos humanos. *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho [en línea]*. Madrid: N° 2 [consulta: abril de 2024]. ISSN 1138-9877- Disponible en: <https://www.uv.es/CEFD/5/inigoalvarez.htm>.
4. ANABALÓN SANDERSON, Carlos, 2015. *El juicio ordinario de mayor cuantía*. Santiago: El Jurista, p. 57.
5. ARANZI, Rolando, 1999. *Medidas Cautelares*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea.
6. BARROS, Enrique, 2019. *Introducción al derecho privado*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 11-40.
7. BELTRÁN, Ramón, 2012. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. *Revista de Política Criminal*. Santiago: vol. 7, N° 14, pp. 454-479.
8. BENITEZ RAMÍREZ, Eugenio, 2007. Reflexiones en torno a la propuesta de reforma al Procedimiento Civil Chileno. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago: vol. 34, N° 3, pp. 591-593.
9. BERNAL PULIDO, Carlos, 2015. Derechos Fundamentales. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: volumen 2, pp. 1571-1594.
10. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, 2016. Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria. *Revista de derecho*. Universidad Católica del Norte. Chile: n° 1, pp. 173-198.
11. CARBONELL, Flavia, 2021. Presunciones y razonamiento probatorio. En: EZURMENDIA, Jesús, 2021. *Proceso, prueba y epistemología. Ensayos sobre derecho probatorio*. Santiago: Tirant Lo Blanch, p. 381.
12. CARBONELL, Flavia y LETELIER, Raúl, 2020. Debido proceso y garantías jurisdiccionales. En: CONTRERAS, Pablo y SALGADO Constanza. *Curso de derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 345-378.

13. CASARINO VITERBO, Mario, 2005. *Manual de Derecho Procesal*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica.
14. CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y GARCÍA PINO, Gonzalo, 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Estudios Constitucionales*. Santiago: N°2, pp. 229-280.
15. CORRAL, Hernán, 2018. *Curso de derecho civil*. Santiago: Thomson Reuters.
16. CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, 1999. La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. Concepción: n° 205, pp. 99-114.
17. DEI VECCHI, Diego, 2015. *La peligrosidad judicial: Sobre la justificación de la premisa fáctica de la prisión preventiva en la decisión judicial y algunas críticas no tan frecuentes*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
18. DELGADO CASTRO, Jordi, PALOMO VÉLEZ, Diego, DELGADO, German, 2017. Autotutela, solución adecuada del conflicto y reposición: revisión y propuesta. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Santiago: Universidad Católica del Norte, n° 2, pp. 265-289.
19. DIEZ PICAZO, Luis. 2008. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas.
20. DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, 2009. *Proceso Penal*. México: Jurídica de las Américas.
21. FALCONE SALAS, Diego, 2014. Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Santiago: Universidad Católica del Norte, N° 2, pp. 183-224.
22. FERRER BELTRÁN, Jordi, 2002. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
23. FERRER BELTRÁN, Jordi, 2007. *La valoración racional de la prueba*. Buenos Aires: Marcial Pons.
24. GAMA LEYVA, Raymundo, 2013. Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental. *Revista de Estudios de la Justicia*. Santiago: n°19, pp. 65-89.
25. GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, 2022. *Nuevas perspectivas sobre los medios de prueba*. España: Bosch Editor.
26. GASCÓN ABELLÁN, Marina, 2010. *Los hechos en el derecho*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons.
27. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, 2013. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. 1ª ed. México: Editorial Fontamara.
28. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, 2005. La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno. *Colección de investigaciones jurídicas*. Santiago: N° 2, pp. 1-100.

29. HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, 2003. *Derecho Procesal Chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
30. HUNTER AMPUERO, Iván, 2015. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Chile: N° 1, pp. 209-257.
31. LARROCAU TORRES, Jorge, 2012. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*. Chile: vol. 39, N°3, pp. 783-808.
32. MANZINI, Vincenzo, 1952. Tratado de derecho procesal penal. En: HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, 2003. *Derecho Procesal Chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 248.
33. MARIN GONZÁLEZ, Juan, 2015. *Tratado de las medidas cautelares: doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*. Segunda Edición. Santiago: Editorial Jurídica.
34. MORA SÁNCHEZ, Jeffrey, 2021. Predictibilidad conductual y proceso penal: algunos apuntes sobre el fundamento epistémico de los hechos futuros en las medidas cautelares. *Revista Internacional sobre razonamiento probatorio*. Madrid: n° 2, pp. 35-68.
35. MONTERO, Raúl, 2023. Capítulo II, Aseguramiento de los juicios, procedimientos cautelares [Diapositivas de PowerPoint]. Departamento de derecho Procesal, Universidad de Chile.
36. NUÑEZ VÁSQUEZ, Cristóbal, 2009. *Tratado del Proceso Penal y del juicio oral*. Santiago: Jurídica de las Américas.
37. LORCA FERRECCIO, Rocío, 2020. Libertad personal y seguridad individual: una revisión del artículo 19 número 7 de la Constitución Política de Chile. *Revista de estudios de la justicia*. Santiago: N° 32, pp. 71 a 104.
38. RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio, 2010. *Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. Santiago: Editorial Jurídica.
39. ROMERO SEGUEL, Alejandro, 2001. La tutela cautelar en el proceso civil chileno. *Revista de derecho y jurisprudencia*. Santiago: Universidad de los Andes, tomo 98, N°2, pp. 35-67.
40. RUIZ JARAMILLO, Luis, 2007. El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Estudios de Derecho*. Medellín: vol. 74, N° 143, pp. 183-206.
41. SALEM GESELL, Catalina, 2017. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales como parámetro de legitimidad material en el Estado constitucional de Derecho. *Revista de Derecho Público*. Santiago: N° 86, pp. 105-115.
42. SILVA MONTES, Rodrigo, 2009. *Manual de procedimiento laboral*. Santiago: Editorial Jurídica.

43. ORTERS, Manuel y CALDERÓN, María, 1996. *La tutela judicial cautelar en el derecho español*. España: Comares.
44. PICÓ I JUNOY, Jean, 1996. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J. M<sup>a</sup> Bosch
45. PICÓ I JUNOY, Jean, 2021. El derecho a la prueba. En: PICÓ I JUNOY, Jean; MENDOZA DÍAZ, Juan y MANTECÓN RAMOS, Ariel, 2021. *La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos*. Barcelona: Bosch Editor.
46. PINOCHET CANTWELL, Francisco, 2020. *El recurso de protección*. Santiago: El Jurista, pp. 39-64.
47. RAMÍREZ TAGLE, Cristián, 2022. *Curso de derecho procesal penal*. 2<sup>a</sup> edición. Santiago: El Jurista,
48. SQUELLA, Agustín, 2011. *Introducción al Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
49. TARUFO, Michele, 2008. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, p. 250.
50. TALANCÓN ESCOBEDO, Jaime, 2017. CAUCIÓN. *Revista De La Facultad De Derecho De México*. México: vol. 63, n° 260, pp. 513–522.
51. TOULMIN, Stephen, 2007. Los usos de argumentación. En: MORA SÁNCHEZ, Jeffry, 2021. Predictibilidad conductual y proceso penal: algunos apuntes sobre el fundamento epistémico de los hechos futuros en las medidas cautelares. *Revista Internacional sobre razonamiento probatorio*. Madrid: N° 2.
52. VALENZUELA, Jonatan, 2023. Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política Criminal*. Talca: N° 35, p. 836 a 857.
53. VIAL DEL RÍO, Víctor, 2006. *Teoría general del acto jurídico*. 5<sup>a</sup> ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 155-221.
54. WRÓBLEWSKI, Jerzy, 1971. Legal decisión and its Justification. *Logique et Analyse*. Bélgica: vol. 14, N° 53/54, PP. 409-419.