



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS
MAGISTER EN DERECHO**

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LA TUTELA CAUTELAR. APLICACIÓN A LA LEGISLACIÓN CIVIL Y DE QUIEBRAS EN CHILE

Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho
Económico

**Tesis ASOCIADA A PROYECTO FONDECYT N ° 1100530: “HACÍA UNA
NUEVA JUSTICIA CONCURSAL”**

TESISTA: NICOLÁS IGNACIO ARIEL CARRASCO DELGADO

PROFESOR GUÍA: RAÚL NUÑEZ OJEDA

**SANTIAGO – CHILE
2011**

INDICE

	Pág.
INDICE	1 a 4
INTRODUCCIÓN.....	5 a 9
 CAPITULO I	
ASPECTOS GENERALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y PROBLEMÁTICA ACERCA DE SU APLICACIÓN COMO CRITERIO NORMATIVO DE DECISIÓN JURISDICCIONAL	
§. 1 El Análisis Económico del Derecho.....	10 a 23
§. 2 Análisis Económico del Derecho Normativo y Positivo.....	23 a 26
§. 3 Instrumentos Analíticos Económicos utilizados por el Análisis Económico del Derecho.....	26 a 58
§ 4. El Análisis Económico del Derecho y su mirada Consecuencialista-normativa en Chile.....	58 a 77
§.5 Críticas al Análisis Económico del Derecho.....	77 a 83

CAPITULO II

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA TUTELA CAUTELAR

§.1 Aspectos Preliminares.....	84 a 91
§. 2 El Debido Proceso Legal.....	91 a 101
§. 3 Las metas económicas del Derecho Procesal.....	11 a 111
§. 4 La tutela provisional y la paradoja de garantías.....	111 a 119
§. 5 El Derecho Norteamericano como antecedente de la propuesta de Análisis Económico del Derecho en materia de Tutela Provisional.....	119
§.5.1 Introducción.....	119
§.5.2 El Derecho Norteamericano y el problema De las Medidas Cautelares.....	119 a 138
§.5. 3 El parámetro Posner-Leubsdorf.....	138 a 143
§.5.4 La fórmula Posner-Leubsdorf de la prohibición Preliminar y la obtención de los objetivos Procesales del Análisis Económico del Derecho.....	144 a 150
§.5.5 La crítica al parámetro Posner-Laubsdorf Desde la eficiencia y la superación del criterio De los cuatro factores.....	150 a 159
§.6. La propuesta de Análisis Económico del Derecho de Francisco Ramos Romeu, respecto de las medidas cautelares,	

y su énfasis en el régimen de responsabilidad versus el control judicial.....	159 a 160
§.6.1 Propuesta de Francisco Ramos Romeu respecto De las medidas cautelares. Primacía del sistema de Responsabilidad por sobre sistema de control judicial.	160 a 172
§.6.2 Críticas al planteamiento de Francisco Ramos Romeu.....	172 a 185
§.7. Síntesis y propuesta de Análisis Económico del Derecho de las Medidas Cautelares.....	185 a 186
§.7.1 Síntesis.....	186 a 188
§.7.2 Propuesta de Análisis Económico del Derecho Sobre medidas cautelares.....	188 a 204
§.7.3 Consideraciones previas a la propuesta de Lege ferenda.....	204 a 208
§.7.4 Propuesta de Lege ferenda.....	209 a 219

CAPITULO III

LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE MEDIDAS CAUTELARES A LA LUZ DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

§.1 Introducción.....	220
§.2 Las medidas cautelares en el sistema procesal chileno	220 a 255
§.3 Deficiencias de la regulación nacional sobre medidas Cautelares.....	255 a 266

§.4 El Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil en Materia de Medidas Cautelares.....	266 a 276
§.5 Adecuación de la normativa nacional existente y proyectada sobre medidas cautelares a nuestra propuesta de Análisis Económico del Derecho sobre la materia.....	276 a 282

CAPITULO IV

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE QUIEBRAS. UNA MIRADA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

§.1 Planteamiento del problema.....	283 a 284
§.2 La naturaleza jurídica de la quiebra como procedimiento Concursal.....	284 a 292
§.3 La sentencia que declara la quiebra y sus efectos.....	292 a 293
§.3. 1 ¿Desde cuando surge el estado de quiebras?...	293 a 298
§.3. 2 Los efectos que produce la sentencia que declara La quiebra.....	298 a 308
§.3. 3 Las medidas cautelares en el proceso de quiebras	308
§.3. 3.1 Procedencia de las medidas cautelares En el proceso de quiebras chileno.....	308 a 313
§.3. 3.2 Procedencia de las medida cautelares en el Derecho español y alemán.....	313 a 323

§.4 El Análisis Económico de las medidas cautelares en el proceso de Quiebras.....	323
§.4.1 El derecho concursal como ámbito de aplicación del Análisis Económico del Derecho.....	324 a 326
§.4.2 Análisis Económico del Derecho Concursal...	326 a 339
§.5 ¿Cómo mejorar el sistema concursal con la ayuda de la tutela cautelar desde el Análisis Económico del Derecho?.....	339 a 343
§.6 Propuesta.....	343 a 350
CONCLUSIÓN.....	350 a 379
BIBLIOGRAFÍA.....	380 a 398

INTRODUCCIÓN

A través de esta tesis nos introduciremos en dos disciplinas jurídicas, el Análisis Económico del Derecho y el Derecho Procesal. En particular, la investigación se va a abocar a un aspecto especial del Derecho Procesal, cual es, el tema de las medidas cautelares, denominadas en nuestra legislación procesal civil, medidas precautorias. Para ello, y como objetivos generales de esta tesis, se pretende examinar la legislación actual sobre medidas cautelares civiles a la luz del análisis económico del derecho, a efecto de detectar sus deficiencias y posibles modificaciones, para proponer de *lege ferenda* una reforma legislativa.

La literatura del análisis económico del derecho utiliza diversas herramientas matemáticas en su estudio, tales como funciones, fórmulas y gráficos. Dichos instrumentos pueden resultar lejanos y extraños, sobretodo para los juristas. Incluso, puede pensarse que difícilmente el Derecho, como ciencia social, puede ser explicado a través de dichos medios. Así, normalmente, los agentes jurídicos tienden a pensar en razonamientos de justicia, antes que en pretensiones de eficiencia. Desde dicha perspectiva, se analizarán las críticas que es posible efectuar al análisis económico del derecho, cuya aplicación ha sido objetada en países de tradición romanista, más aún, si consideramos su variante normativa.

Ahora bien, lo ajeno que nos puede resultar el *law and economics*, en términos generales, se acrecienta, cuando trasladamos sus propuestas al ámbito del Derecho Procesal, en donde prima en nuestra dogmática un estudio mosaico y literal de las normas.

Es en esta rama jurídica, en donde la tradición del análisis económico del derecho nos ofrece una amplia gama de criterios y diseños que permiten entender el proceso, existiendo literatura relacionada con los costes del procedimiento, con la elección de alternativas entre negociar o ir a juicio, con el estudio de las reglas de carga de la prueba, de Standard de convicción, con el estudio de la apelación como forma de reducción de los errores judiciales, etc. Dentro de dichos tópicos, se tratan las denominadas prohibiciones preliminares, o medidas cautelares, y que se relacionan con el tema de la tutela provisional. Al respecto, debemos aclarar que el problema lo centraremos en el proceso civil.

Lo que nos ofrece el análisis económico del derecho respecto del tema de la presente investigación, son fórmulas de notación matemática que deberían ser usadas por el juzgador al momento de resolver sobre si conceder o no una medida precautoria o cautelar. Agrega el análisis económico del derecho que dicha fórmula, contiene ciertos elementos que deben ser valorados como complementos necesarios a las deficiencias que podamos detectar en nuestra legislación.

El problema que se nos presenta es que en el derecho procesal, existe una institución esencial en su desarrollo, cual es, el debido proceso, el cual determina exigencias y salvaguardas, que deben ser respetadas a lo largo de todo el *iter* del consecutivo legal, y dentro del cual, obviamente, se encuentran las medidas precautorias. Entonces, tenemos que despejar, en primer lugar, la legítima duda acerca de sí la fórmula matemática propuesta por el análisis económico del derecho, satisface las exigencias del debido proceso, sobre el entendido intuitivo que las tradiciones del debido proceso y del análisis económico del derecho son distintas, al provenir el primero de la ciencia jurídica, y el segundo, de las ciencias económicas. El problema se hace más complejo, si consideramos que en la actualidad existen fuertes críticas a la institución de la tutela provisional, en cuanto al respeto que brinda precisamente al debido proceso, al menoscabar en la práctica jurisprudencial y en las reformas legislativas llevadas a cabo

en diversos países, principios como la contrariedad del proceso y la bilateralidad de la audiencia. Para una mejor resolución de dichos problemas se efectuará un diagnóstico del estado actual de las principales dificultades dogmáticas y prácticas que es posible visualizar en lo que se refiere a dichos asuntos.

Asimismo, se desarrollará la manera en cómo la fórmula propuesta satisface o no las metas u objetivos del análisis económico del derecho procesal.

Una vez despejada dicha duda, el trabajo debe sortear un segundo problema, vinculado con el hecho de sí la fórmula matemática propuesta por el análisis económico del derecho, resulta posible de aplicar en nuestra legislación en atención a los intereses vinculados con el tema de la tutela provisional. En otras palabras, la dificultad se manifiesta en sí dicha fórmula resulta o no, acorde con nuestra tradición jurídica, en términos tales que presente una solución mejor que aquella que ofrece nuestra legislación.

En este punto, debemos efectuar un examen del estado de la cuestión en la legislación chilena. De dicha labor, resultarán conclusiones, que nos darán luces acerca de sí la fórmula puede ser utilizada como un instrumento útil por los jueces chilenos. Al respecto se estudiarán las normas contenidas en los anteproyectos de reforma del sistema procesal civil, precisamente a la luz de lo que nos enseña el análisis económico del derecho. Del examen crítico anterior, surgirá una propuesta de *lege ferenda* que fundamentalmente representa la tradición del *law and economics*, pero que manifiesta su originalidad al adecuar dicha tradición, con soluciones satisfactorias a las críticas vertidas a su planteamiento.

Por último, y considerando que la Quiebra, constituye una manifestación del Derecho Procesal, es que se examina el problema de la procedencia de las medidas cautelares en el proceso de quiebra desde una mirada económica y entendiendo que en el

marco de dicha legislación, es posible la aplicación de criterios de eficiencia. Al respecto, y dadas las particularidades del juicio de falencia, es que se discute la procedencia de los modelos tradicionales y reformados de medidas cautelares que propone el análisis económico del derecho. Ello nos llevará, a una búsqueda de propuesta normativa que tienda a prevenir, desde la tutela preliminar prejudicial, situaciones de cesación de pagos, facilitando con ello, la eficacia *ex ante* del concurso, y asimismo, la eficacia *ex post* del mismo, al permitir una mayor cantidad de masa activa sobre la cual aplicar la *pars condictio*.

Lo anterior, nos lleva a abordar el tema a través de objetivos específicos que nos parecen relevantes para entender la problemática jurídica planteada, tales son: Señalar los conceptos básicos del análisis económico del derecho y las críticas a su formulación; identificar las fórmulas que el análisis económico del derecho utiliza para tratar la tutela cautelar; detectar los intereses que pretende resguardar el análisis económico del derecho con las fórmulas que utiliza al tratar la tutela cautelar; exponer las problemáticas que se generan desde un punto de vista dogmático en relación con la tutela cautelar en sede civil, y en materia de quiebras; verificar si la normativa nacional sobre medidas cautelares se hace cargo de las problemáticas identificadas; examinar la posibilidad de aplicar las fórmulas de análisis económico del derecho de la tutela cautelar a la legislación nacional, ya sea en materia procesal civil, como en la regulación de quiebras; cuestionar la legislación nacional sobre tutela cautelar civil a la luz de las fórmulas del análisis económico del derecho en la materia; describir los elementos necesarios a considerar en una propuesta legislativa de la tutela cautelar a la luz del análisis económico del derecho.

El problema fundamental pasa por dilucidar la aplicación de la economía del derecho en nuestra legislación sobre medidas cautelares en el marco del proceso civil general, y en el juicio de quiebras. Al respecto, la respuesta probable parte de la hipótesis que es necesario una reforma al sistema de medidas cautelares, para lo cual, se

requiere de una propuesta de *lege ferenda* que vincule los contextos normativos antes señalados.

Todas las materias indicadas anteriormente se proponen abordar en la investigación, con la finalidad de integrar al estudio de una rama tradicional del Derecho, la experiencia y modelos de trabajo del análisis económico del derecho, que asimismo, constituye el marco teórico de la presente tesis, de forma que dicha disciplina le dará sustento a la investigación, y guiará la interpretación de sus resultados.

El método de la investigación es documental, o también denominado bibliográfico. Ello se debe a que su objeto de estudio y las fuentes a utilizar, lo constituyen los documentos en su sentido más lato. También efectuaremos un estudio de derecho comparado a fin de nutrir las observaciones que hagamos del derecho nacional.

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y PROBLEMÁTICA ACERCA DE SU APLICACIÓN COMO CRITERIO NORMATIVO DE DECISIÓN JURISDICCIONAL

§. 1 El Análisis Económico del Derecho.

Desde hace siglos podemos encontrar vestigios de vinculación entre Derecho y Economía. Incluso desde la filosofía, autores de escuelas distintas, en los múltiples aspectos que trataron, señalaron formas de entender el Derecho aplicando un sentido común económico, surgido desde la idea básica de la existencia de necesidades ilimitadas a ser satisfechas por recursos escasos.

En este sentido, Aristóteles se refirió implícitamente en distintas oportunidades, a la vinculación existente entre lo que hoy llamamos, Derecho y Economía, refiriéndose al sentido común económico aplicado al mundo del derecho. Así, por ejemplo, señaló que:

“Es menester, pues, que todo se mida por una sola cosa, como se dijo más arriba. Esta cosa es, en realidad, la demanda o necesidad, que mantiene todo unido, porque, si los hombres no necesitaran nada, no habría intercambio, y si no lo necesitaran por igual, no habría tampoco intercambio, o éste no sería equitativo. La moneda, sin embargo, ha venido a ser, por decirlo de alguna manera, y gracias a una convención, la representación de la demanda, por eso se llama “nómisma”. Y ello es así, porque esto ocurre no por naturaleza, sino por convención, “nómo”, y está en nuestro poder cambiarla o hacerla inútil. Por tanto, habrá reciprocidad cuando los bienes se igualen de tal manera que lo que produce el zapatero esté

respecto de lo que produce el agricultor en la misma relación que el agricultor respecto del zapatero”¹

De acuerdo a dicho texto, la moneda es la representación de la demanda, que es sinónima de la necesidad de la cual brota el intercambio voluntario del que habla Aristóteles, y que posibilita, asimismo, la sociedad². La necesidad, aspecto subjetivo que existe en las partes del intercambio, es lo que permite la reciprocidad. De esta manera, si un zapatero vende un zapato en cinco pesos, y una madre lo compra para su hijo, en dicho precio, ello constituye una transacción justa y recíproca, porque el zapatero satisface sus necesidades vendiendo en dicho precio, toda vez que valora su zapato algo menos que cinco pesos, y por su parte, la madre, satisface su necesidad de zapatos comprando a dicho precio, porque para ella el valor de un zapato es algo menos de cinco pesos. En consecuencia, ambos ganan y no infringen la justicia de que habla Aristóteles (considerada como término medio), porque las demandas o necesidades de ambas se igualan en el intercambio, aún cuando en la práctica el zapatero satisfaga sus necesidades en tres pesos, y obtenga una ganancia de dos pesos, y la mujer valore dichos zapatos en cuatro pesos, y solo obtenga una ganancia de un peso.

Otro autor de la antigüedad, como lo es Epicuro, creador de una escuela completamente distinta a Aristóteles³, también, desarrolla pasajes de su pensamiento

¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Madrid, Ediciones Mestas, 2000. 123p.

² En efecto, para Aristóteles, la posibilidad de intercambio, que supone la interacción de agentes que satisfacen necesidades, es lo que permite la existencia de la sociedad. El fundamento de ésta, se encuentra en la solución voluntaria de los sujetos a un problema económico. Así, el *homo economicus*, del que habla la literatura económica actual, y que representa la racionalidad del hombre al relacionarse con otros, se encuentra presente en el autor de la *Ética a Nicómaco*, cuando señala que: “Pero con toda certeza al dinero le sucede lo mismo que a las mercancías, que no tienen siempre el mismo valor, sin embargo su valor tiene mayor estabilidad. Por esta causa es necesario poner precio a todo, porque así se garantiza siempre la posibilidad del intercambio y con él la sociedad” ARISTÓTELES. Ob. Cit. 124p.

³ En efecto, ambos exponentes filosóficos, representaban ideas y formas de enseñanza completamente diversa. Epicuro por una parte, pretendía descubrir en qué consistía la felicidad desde las raíces mismas desde las cuales se levantaba cada vida individual, en contraste con el hombre político que le preocupaba a Aristóteles. La institución en donde Epicuro enseñaba, era el “Jardín”, muy diverso a la “Academia”, que buscaba la formación de líderes políticos, reyes-filosóficos que se hicieran cargo del Estado. Incluso,

sobre esta vinculación entre ideas coloquiales económicas y jurídicas. En este sentido expresa:

“No le es posible a quien ocultamente viola alguno de los acuerdos mutuos sobre el no hacer ni sufrir daño, confiar en que pasará inadvertido, aunque haya sido así mil veces hasta el presente. Porque es imprevisible si pasará así hasta el fin de su vida”⁴

Epicuro en la cita reseñada, nos indica que frente a relaciones contractuales (acuerdos mutuos) de largo tiempo, la posibilidad de incumplimientos es una alternativa de una de las partes, que quizás no sea sancionada por la parte afectada, cada vez que ocurre, debido a deficiencias en el control del (in) cumplimiento. Sin embargo, como existen varias posibilidades de juego futuro, no se sabe con certeza si dichos incumplimientos serán permitidos, o bien sancionados. En consecuencia, no resulta una buena opción incumplir reiteradamente, debido a que no se puede controlar la opción de la parte primeramente afectada por el incumplimiento, la que en interacciones futuras, podrá sancionar al que primeramente violó el acuerdo mutuo. Dicha posibilidad de sanción al infractor, en relaciones contractuales de largo tiempo, ha sido puesta de manifiesto por el análisis económico del derecho contractual, concluyéndose que las posibilidades de incumplimiento reiterado no constituyen una buena decisión en el marco de vínculos jurídicos permanentes⁵.

La historia de la filosofía liberal, también aporta ejemplos, acerca de las relaciones que se vienen comentando. Por ejemplo, Adam Smith, expresa en su libro *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, que:

incluyó entre sus alumnos a mujeres, esclavos, y niños. De hecho, y en contra de Aristóteles, intuyó que había que intensificar las relaciones con nosotros mismos antes de pensar en organizarnos como sociedad.

⁴ EPICURO. *Máximas Capitales*. D. L., X, 35. En: GARCÍA GUAL, Carlos. *Sobre la Felicidad*. Madrid, Editorial Debate, 2000. 96p.

⁵ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México DF, Fondo de Cultura Económica, 1998, 284-287p.

“En algunos países el interés del dinero ha sido prohibido por la ley. Pero como en todas partes algo se puede hacer con el uso del dinero, de aquí que en todas partes haya que pagar algo por usarlo. Sabido es, de sobra, que la regulación del interés, en lugar de evitarlo, no ha servido para otra cosa sino para incrementar el mal de la usura, porque los deudores suelen verse obligados a pagar, no sólo por el uso del dinero, sino por el riesgo a que se exponen los acreedores al aceptar una compensación por el empleo de la moneda. De tal suerte que los primeros se ven obligados, por decirlo así, a asegurar a los segundos contra las penas que conlleva la usura”⁶

La cita anterior, como se ha dicho, es de uno de los economistas liberales clásicos, Adam Smith, quien en el libro citado, desarrolla múltiples aspectos donde interactúan Derecho y Economía, explicando el primero a través del segundo. Ejemplo de ello, es el estudio del interés, como precio del capital. Al respecto, señala que la prohibición legal del pacto de intereses, termina por aumentar los acuerdos a su respecto, incrementando el valor del préstamo, en el mercado negro de la usura. Ello se explica, porque una prohibición legal no va a eliminar el uso del dinero, y allí donde ocurre, quienes prestan (actividad ilegal), cobran una tasa adicional, por el riesgo que va ligado al préstamo, tratando de compensar, de esta forma, las posibles sanciones a las que se pueden ver afectados. De esta manera, una normativa que pretende favorecer a los consumidores mutuarios, termina perjudicándolos. Un caso típico, en donde una regulación mal concebida, tiene costos más altos que la no regulación⁷. En otras

⁶ SMITH, Adam. Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones. México DF, . Fondo de Cultura Económica, 2005. 323p.

⁷ Vinculado con ello, para muchos economistas liberales, la regulación de los servicios públicos, genera mayores problemas que la no regulación, ya que, la misma es dominada por grupos de interés políticamente efectivos, en cuanto a lograr una regulación favorable a sus intereses, ya que, ellos son, asimismo, sus destinatarios, y no sus consumidores (corporativismo). En este sentido: STIEGLER, George. The Theory of Economic Regulation. Bell Journal of Economics and Management Science. 2: 3-21p, 1977.

palabras, un ejemplo que perfectamente podría encontrarse en cualquier libro de análisis económico del derecho, al tratar las regulaciones, o bien el derecho del consumidor.

Podemos citar otras expresiones en este sentido, de parte de Smith, a saber:

“La recompensa de los artistas y de los profesores de artes liberales guarda necesariamente cierta proporción con los emolumentos de los oficios de la clase inferior, como hemos procurado demostrar en el Libro Primero. Por consiguiente, un impuesto sobre esta remuneración no tendría otro efecto sino el de elevar aquellos honorarios en una proporción superior a la del gravamen mismo. Si no subieran en esta forma, lo mismo quienes se dedican a las profesiones liberales que los artistas, al no estar su remuneración proporcionada a la de otras actividades, abandonarían sus ocupaciones, y muy pronto se recuperarían el nivel de antes”⁸

En esta cita relativa a los impuestos, Adam Smith identifica aspectos que por ejemplo, son tratados por Posner, más de cien años después, relacionado con ineficiencias de políticas tributarias⁹, en cuanto a generar mayor costo de los servicios, al traspasarlos a los destinatarios, generando, además, efectos de sustitución indeseados.

Dicha forma de explicar el Derecho desde la economía, aparece en Smith en otros múltiples aspectos, desde el derecho procesal¹⁰, hasta las hipotecas¹¹.

⁸ SMITH Adam. Ob. Cit. 765p.

⁹ POSNER, Richard. El Análisis Económico del Derecho. México DF, Fondo de Cultura Económica, 1997. 452-475p.

¹⁰ Así, cuando se refiere a los gastos de la justicia, indica que: “Cuando la tasas judiciales se hallan precisamente reguladas y establecidas, desde el momento que se pagan de una sola vez, en determinado período del proceso, ingresando en manos de un cajero o colector, para ser distribuidas en ciertas proporciones fijas entre los jueces (una vez que el procedimiento ha terminado, y nunca antes de que se deude el proceso), parece que el peligro de corrupción desaparece, lo mismo que cuando se prohíbe el cobro directo de los derechos de arancel. Esta clase de derechos arancelarios, sin ocasionar mayores expensas en los litigios, podría alcanzar la cuantía suficiente para enjugar todos los gastos de la administración de justicia. Al adoptar la resolución de no pagar a los jueces hasta que los procesos se hubieran terminado, se excitaría la diligencia de los tribunales en la tramitación y fallo”. SMITH. Ob. Cit.

Misma forma de análisis económico sobre aspectos jurídicos aparece en Jeremy Benthan, en su libro *An Introducción to the Principles of Morals and Legislation*¹², cuando en su capítulo XIV, trata sobre la función preventiva de la ley como una manera de inducir a los individuos a conductas eficientes generadoras de valor^{13 14}.

636p. El asunto que pretende solucionar Smith dice relación con uno de los objetivos de todo sistema procesal, cual es: La reducción de los costos del proceso. Ello, es tratado modernamente por el Análisis Económico del Derecho, pudiendo citarse por ejemplo a: COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 472 y ss p.

¹¹ Por ejemplo, cuando trata de los ingresos del soberano o de la república, indica que: “El registro de hipotecas y, en general, de toda clase de derechos relacionados con la propiedad inmueble, es sumamente ventajoso para el público, pues da una seguridad muy grande, tanto a los compradores como a los acreedores. El de la mayor parte de los contratos de otra clase es casi siempre perjudicial, y aun peligroso para algunos particulares, sin que, por su parte, el público retire beneficio ninguno. Todas aquellas inscripciones que ni deben hacerse públicas y que, por lo tanto, interesa mantener en secreto, no deberían existir, pues el crédito de los ciudadanos no debe depender de una cosa tan nimia como es la probidad de los funcionarios subalternos de la Administración de Renta. Pero cuando las tasas que se cobran por la inscripción en los libros del Registro son una fuente de renta para el Soberano, las oficinas de esta clase se multiplican sin cesar, tanto en atención a los contratos que deben registrarse como a las que están exentos de esta formalidad”. SMITH. Ob. Cit. 762p. Como antecedente de historia del derecho, en nuestro país, la codificación civil llevada a cabo por Andrés Bello terminó con las hipotecas legales (ocultas y generales), e inspirado en los principios de publicidad y especialidad, estableció una doble publicidad de las mismas, como lo es la escritura pública e inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, armonizando con ello la tesis del título traslativo y modo de adquirir, tesis romana bonitaria. El fundamento de dicho cambio legislativo, se encuentra en la necesidad de fomentar el comercio y la protección a los acreedores, generando mayor información para los interesados.

¹² BENTHAN, Jeremy. *An Introducción to the Principles of Morals and Legislation*. Batoche Books. Kitchener, 2000. 140-147p

¹³ Si seguimos la clasificación de L.A.Kornhauser, acerca de las cuatro tesis del análisis económico del derecho (L.A.KORHAUSER. *L'analyse économique du droit*. *Revue de Synthèse Philosophie et épistémologie juridiques*, 118-119 (1985). 313-330p), tendríamos que concluir que Bentham se enmarca dentro de la tesis behaviorista, que sostiene que la teoría macroeconómica es valiosa a los efectos de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas. De esta manera, el Derecho influye en el comportamiento humano de un modo económico, esto es, las reglas sirven instrumentalmente para la finalidad de maximizar el bienestar general. “Como sabemos ésta es una posición perfectamente atribuible a Bentham, como consecuencia del principio de utilidad, entendido en sentido enunciativo, y de la aplicación del utilitarismo a las funciones del Derecho” MORESO, José Juan. *La teoría del Derecho de Bentham*. Barcelona, 1992. 345p.

¹⁴ Es importante señalar que Jeremy Bentham no sólo trató aspectos de naturaleza económica vinculados con el derecho penal, sino que también apreciamos importantes contribuciones en el ámbito del derecho civil, ya que según Bentham, dicha área corresponde a la rama distributiva del Derecho, siendo su función la de distribuir beneficios y cargas, lo que se cumple por el legislador, asignando derechos y obligaciones. Según Bentham: “Los derechos son en sí mismos ventajas, beneficios para el que los disfruta. Las obligaciones, por el contrario, son deberes, cargas onerosas para el que debe cumplirlas” MORESO, José Juan. Ob. Cit. 349.

De hecho, si consideramos uno de los postulados paradigmáticos del análisis económico del derecho, referido a que el hombre es un individuo racional que se comporta maximizando su bienestar, tendremos que aceptar que el mismo Bentham, defendía el principio que denominada: “*self-preference*”, según el cual todos los hombres persiguen su propio interés, que corresponde al sentido normativo del principio de utilidad¹⁵.

Incluso más, algunas nociones básicas de los economistas modernos referidos a las economías externas (externalidades) pueden hallarse en Bentham¹⁶

Pues bien, hasta el momento hemos citado a Aristóteles, Epicuro, Smith y Bentham. Ninguno de dichos autores forman parte o son exponentes de lo que actualmente conocemos como análisis económico del derecho, no obstante, de lo escrito por ellos, podemos obtener ideas, aproximaciones, aportes y consideraciones propias de dicha forma de estudio.

Ello demuestra que la vinculación entre Derecho y Economía no es nueva, ni surge de la Escuela de Chicago, lugar en donde se ha situado tradicionalmente el origen

Incluso su contribución abarca el derecho procesal, existiendo importantes estudios acerca del análisis de la prueba judicial, ver: BENTHAM, Jeremy. Introductory View of the Rationale of Evidence (Bowring, vi) 1-187pp; y Rationale of Judicial Evidence (Bowring, vi y vii), 189-585,pp y 1-600pp.

¹⁵ BENTHAM, Jeremy. Constitutional Code (Bowring, ix), 5p.

¹⁶ Así, el siguiente pasaje de Bentham es ilustrativo de lo que aquí se indica: “La justificación de la comunicación de mar a mar, a través de Escocia, por el canal de Caledonia, ha de buscarse en los mismos principios, aunque la preponderancia del beneficio sobre el gasto difícilmente cabe esperar que resulte igualmente considerable. Una parte del beneficio, aunque en una cuantía indeterminable, se distribuirá entre una clase limitada y quizá individualmente determinable de individuos; otra parte, en porciones totalmente indeterminables, entre individuos mucho más claramente determinables; a saber entre la comunidad en su conjunto” BENTHAM, Jeremy. Manual of Political Economy. Edimburgo, Bowring, 1838. Vol.3. 41nota.

del análisis económico del derecho¹⁷, sino que deriva de la interrelación existente entre dos ciencias sociales que tienen un objeto común de estudio.

En efecto, tanto el Derecho como la Economía son ciencias sociales. Ello significa que el objeto de su estudio es la conducta del hombre¹⁸. Ahora bien, la conceptualización sobre dicha conducta, sostiene que el hombre actúa como un ser racional, o bien, por lo menos, como un ser generalmente racional, lo que significa que se desenvuelve en busca de su particular interés, actuando en consecuencia. Así, tanto el Derecho como la Economía, parten de ese mismo supuesto. Quizás, dicha conclusión resulta más clara y nítida tratándose de la Economía, en donde el *homo economicus*, constituye un pilar explícito de su formulación científica, sin embargo, también es un supuesto jurídico, el cual se expresa sobre la base de reconocer que el destinatario de la norma es un ente con comportamiento predecible de acuerdo al curso normal de los sucesos, esto es, es un ente que actúa con una racionalidad media de conformidad a la experiencia.

Lo anterior se comprueba con un examen somero de las disciplinas jurídicas. Así, el derecho penal, tiene como objetivo la prevención del delito, el que a su vez, se basa en

¹⁷ En efecto, al respecto Veljanovski relata que: “El programa de derecho y economía de la Universidad de Chicago se originó a principios de la década de los cuarenta, cuando Henry Simon fue contratado como profesor de jornada en su escuela de derecho. Después de que Simon murió, en 1947, Aaron Director tomó esa responsabilidad académica y, en 1949, fue nombrado profesor de economía de esa misma escuela. Director ejerció una influencia intelectual considerable a través de los trabajos de algunos de sus alumnos, como Bowman, Bok y Manne, sobre los monopolios (*antitrust*). Lo anterior y la orientación de los economistas de Chicago hacia el desarrollo de políticas públicas fueron dos factores que contribuyeron a un estudio económico del derecho de mayor profundidad. En 1958, con la fundación del *Journal of Law and Economics*, bajo la dirección editorial de Aaron Director y luego Ronald Coase, el programa de derecho y economía de Chicago inició una nueva fase” VELJANOVSKI, Cento. *Economía del Derecho*. Traducción: DE LA MAZA, Iñigo, y MERY, Rafael. Santiago, Ediciones Diego Portales, 2006. 31-32p. Es importante hacer presente que la contribución de Coase, por intermedio de la publicación en 1960 de su trabajo: *The problem of social cost*, constituye junto con la obra de Guido Calabresi: *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, publicada en 1961, y el libro de Gary Becker: *Crimen and punishment: An economic approach* (1968), verdaderos hitos en la historia del Análisis Económico del Derecho, y la fuente primaria de una vasta literatura acerca de sus contribuciones.

¹⁸En efecto, las ciencias sociales, tienen por objeto de estudio las personas actuando en grupos organizados. ELGUETA Rojas, María Francisca y PALMA González, Eric Eduardo. *La investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*. Santiago. 2008. 22p.

que la norma que establece una pena, actuará sobre el sujeto estableciendo un precio de castigo que el individuo debe valorar antes de cometer el hecho ilícito. Cambiando de escenario, en el Derecho Civil, las incapacidades (por ejemplo, la demencia), se estructuran como defensas paternalistas frente a sujetos que no son capaces de desenvolverse racionalmente, y en cuyo resguardo, se conceden mecanismos de protección, tales como, la designación de curadores, y la sanción de nulidad de los actos por ellos ejecutados. Si consideramos el Derecho del Consumidor, tenemos que dicha normativa pretende resguardar la información de los productos y servicios, con la finalidad que los individuos intervinientes en el mercado, puedan adoptar las mejores decisiones de consumo, lo que se traduce en un comportamiento racional. Podríamos seguir con múltiples e ilimitados ejemplos en donde la norma jurídica, más allá de sus fundamentos y objetivos, va dirigida a personas racionales.

El hecho de que la racionalidad en el actuar, constituya un sustrato común al Derecho y la Economía, se traduce en que de alguna manera, y en general, las personas buscan la satisfacción de sus propios intereses, y que en dicha búsqueda, optan, la mayoría de las veces, por aquellas cosas que más desean.

Evidentemente, no podemos caer en caricaturas respecto de la racionalidad de las personas, ya que es claro que raramente ellas actúan de forma cien por ciento racional, valorando todos los costos y beneficios de sus acciones. De la misma manera, tampoco se subentiende en el sustrato común que se ha hablado, que existe información completa y suficiente para adoptar toda decisión racional.

Basta entender la racionalidad en un sentido *débil*, en cuanto a que la conducta de los sujetos es de alguna manera predecible, y que ellos optan, la mayoría de las veces por aquello que más desean. Si lo anterior no fuese así, entonces, no sería posible estructurar una faz preventiva del Derecho Penal, ni sería justificable jurídicamente la protección del incapaz, ni sería conveniente que el mercado proveyera mayor

información a los consumidores, porque en todos dichos casos, los incentivos no encontrarían respuestas en seres movidos por componentes predecibles.

En consecuencia, de lo anteriormente expuesto tenemos que las posibilidades de conexión e interacción de racionamientos económicos y jurídicos son altamente probables. De hecho, muchas veces, la explicación de un asunto económico no podrá hacerse sin recurso a antecedentes normativos, y por su parte, el desarrollo de ideas jurídicas, tendrá en algún sentido, en muchas oportunidades, un fundamento de carácter económico. Por ello, la relación entre ambas ciencias sociales, ha sido puesta de manifiesto, de manera casual, por múltiples autores, y en numerosas ocasiones, siendo ejemplo de ello, las citas transcritas con anterioridad.

De la mencionada mixtura, podemos concluir una segunda idea, en el sentido que el análisis económico del derecho no es solamente la aproximación económica al Derecho, porque hemos probado que ello ha ocurrido desde siempre, con exponentes que provienen, incluso, desde la filosofía. Sino que el análisis económico del derecho, introduce la técnica económica moderna (ahí la novedad) al estudio del derecho, pretendiendo dotar a éste de eficiencia, y de una mirada consecuencialista, desde su perspectiva normativa¹⁹.

En este sentido, la teoría microeconómica, con todos sus elementos analíticos ha aportado al conocimiento coloquial económico cuotas de alta sistematización, dando a la

¹⁹ En este sentido, Martín Paolantonio, cuando indica que: “La perspectiva básica del análisis económico del derecho consiste en visualizar el ordenamiento jurídico de una manera particular: las leyes actúan como incentivos para el cambio o realización de conductas (precios implícitos) y como instrumentos para objetivos de política económica (eficiencia y distribución). En términos sencillos, el análisis económico del derecho –en su concepción difundida- importa estudiar un marco normativo determinado aplicando la teoría de precios de la ciencia económica, siendo en consecuencia, las leyes precios o impuestos, que proveen incentivos para la realización de una conducta en particular” PAOLANTONIO, Martín Esteban. El análisis económico del derecho y la estructura societaria. En: Análisis Económico del Derecho. Compilación: Kluger, Viviana. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2006. III. 202p.

economía el carácter de ciencia. La consecuencia de ello, es el tránsito desde la intuición económica del problema jurídico, hacia el análisis económico del derecho.

Así, hoy en día el análisis económico del derecho, si bien reconoce un origen impropio en dichas expresiones de sentido común, resulta forzoso concluir que sus inicios se encuentran vinculados con la economía moderna, y por otra parte, sus instrumentos de análisis aplicados al Derecho, pretenden la consecución de la eficiencia en la legislación, ya sea, al momento de explicar su contenido, o bien, al momento de propender a su reforma.

Por lo mismo, no resulta aceptable hoy en día, explicar la procedencia del análisis económico del derecho, en países ajenos a la tradición que permitió su origen, sobre la base de una reminiscencia al sentido común económico del que hemos hablado, ni tampoco, en una aprobación de parte de los codificadores patrios de la necesidad de avanzar hacia la inter-disciplina, toda vez que, ello nos sitúa con anterioridad al surgimiento del *law and economics*, y de sus instrumentos de análisis. Podríamos así, equivocadamente, fundar la aceptación del análisis económico del derecho, en citas de autores como las efectuadas anteriormente, en circunstancias que no se corresponden con la teoría subyacente a su implementación. En suma, debemos rechazar intentos, como los efectuados por Santiago Montt, cuando pretende fundar su argumento a favor del *law and economics* en nuestro país, en base a la importancia que asignaba Bello al estudio de la economía en la formación del abogado, o bien, en consideración a la conexión entre razonamiento de sentido común económico y jurídico²⁰, toda vez que, el

²⁰ En este sentido, Santiago Montt, en un texto publicado en la Revista de Derechos y Humanidades, luego de citar a los rectores de la Universidad de Chile don Andrés Bello y el Sr. Bahamondes sobre la importancia de la enseñanza de la economía en las escuelas de derecho, señala que: “Las opiniones anteriores son simplemente impresionantes: ¿Cómo podemos tener tan poca memoria histórica? Estoy seguro que si Bello y Bahamondes hubiesen conocido los desarrollos de la Economía y la ciencia política habrían sido seguidores entusiastas del *law & economics*. Al fin y al cabo, el análisis económico del Derecho tiene un poderosísimo fundamento en el sentido común.” MONTT Oyarzún, Santiago. *Law & Economics: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos. Revista de Derechos y Humanidades*. N° 10: 74-75p, 2004.

esfuerzo que debemos hacer para buscar la aplicación en nuestro país de la disciplina que se estudia, supera la referencia a sus orígenes de intuición económica.

De esta manera, la aplicación de los instrumentos analíticos propios de la ciencia económica a los fenómenos jurídicos, no puede resultar vana. El estudio del Derecho en nuestro país, se inmersa en la cultura del *civil law*. Dicha manera de entender el Derecho, comenzó a ser desarrollada en la Edad Media, en donde se elaboró una doctrina iusprivatista que fue capaz de explicar y sistematizar el conjunto de las normas del Derecho Romano. Dicho proceso, culminó durante los siglos XVIII y XIX con la redacción de los códigos civiles europeos y latinoamericanos, comenzando la declinación de dicha etapa de codificación, luego de la entrada en vigencia del Código Civil Alemán (BGB)²¹. Con el descubrimiento y sistematización del Derecho Romano, y la posterior codificación, se produjo una alta sofisticación teórica respecto de los estudios civilistas, generándose la idea de que la razón de ser del derecho es hacer justicia²², sobre la base de la aplicación de la ley al caso concreto. Las normas, en este sentido, constituirían el objeto de un estudio dogmático, las que tendrían el carácter de generales y abstractas, y serían parte de un orden jurídico de escala decreciente, coherente y compacto.

El problema es que en dicho marco de acción de los operadores jurídicos, la eficiencia que pretende ser alcanzada y explicada con instrumentos analíticos de la Economía no encuentra su cabida de manera inmediata, y quizás, ni siquiera de forma lejana²³. Dicho problema, se hace más irresoluto, cuando ni las decisiones de los órganos

²¹ SPECTOR, Horacio. Justicia y Bienestar desde una perspectiva de derecho comparado. En: Análisis Económico del Derecho. Compilación: Kluger, Viviana. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2006. 39p.

²² SPECTOR, HORACIO. Ob. Cit. 43p.

²³ Santiago Montt, en su texto ya citado, describe irónicamente un escenario no real pero posible acerca de cómo los operadores jurídicos tomarían, en nuestro país, una exposición sobre análisis económico del derecho, señalando que: “El Análisis Económico del Derecho está directamente asociado al nombre del profesor Richard Posner y a la escuela de Chicago. Con ello se vincula el *law & economics* con la postura normativa asumida por estos últimos en la cual la eficiencia o maximización de la riqueza debe ser el único fin que oriente al Derecho y a quienes lo estudian. A este respecto, imaginemos una charla de

que aplican el Derecho (tribunales), deben considerar la eficiencia de la norma, ni dicho objetivo debe ser aplicado en cada caso, con miras a obtener una eficiente asignación de recursos en casos futuros, sobre la base de que dicha decisión, será considerada como un precio por sujetos racionales, y por lo tanto, interiorizando las consecuencias de dicho fallo, en comportamientos futuros.

En este punto, tenemos que el sustrato común del hombre como ser racional, y auto-interesado, muestra sus diferencias en lo que respecta al proceder de la ciencia jurídica, y al proceder de la ciencia económica aplicada al Derecho.

En efecto, respecto de esta última ya no basta con una racionalidad en un sentido débil, toda vez que, lo que busca el análisis económico del derecho es obtener una hipótesis, que permita resolver de la misma forma casos con idénticos fundamentos en el futuro²⁴. La ciencia económica en el Derecho, valora las consecuencias de los fallos judiciales, de manera que si cumplen las características indicadas, permitirá a los sujetos racionales, adoptar su comportamiento a la regla. La racionalidad que busca imprimir a la regla, se basa en un criterio de eficiencia, que no siempre se encuentra presente en los orígenes o fundamentos de la norma, por lo que hace difícil su utilización. En otras palabras, la ciencia económica, parte del supuesto que el Derecho busca la racionalidad en el comportamiento de los agentes, sobre la base de un criterio de eficiencia en la asignación de los recursos. Sin embargo, ello, como se ha dicho, resulta extraño en países como el nuestro, con una cultura centrada en la literalidad de la norma, en la exégesis y en el dogmatismo jurídico. Una mirada consecuencialista de la decisión, no resultaría aceptable cuando los operadores jurídicos se interesan en la justicia del caso

Richard Posner en Chile dirigida a abogados, jueces y estudiantes, en la que el profesor de Chicago presente su tesis de que el Derecho debe preocuparse únicamente por la eficiencia o la maximización de la riqueza. La principal pregunta que cualquier asistente haría –pregunta muy pertinente, por cierto- sería la siguiente: “muy interesante ... pero, ¿cómo puede ser que los señores Pareto, Kaldor y Hicks, y su eficiencia económica, de los cuales no hemos oído hablar nunca, ni en el presente ni en los últimos tres mil años de historia jurídica, sean ahora el único valor del Derecho?” MONTT OYARZÚN, SANTIAGO. Ob. Cit. 75p.

²⁴ SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Manual de Análisis Económico del Derecho Civil. Madrid, Editorial Tecnos, 1991. 31-35p.

concreto, con prescindencia que el sustrato de hecho que fundamenta el caso, ya ha generado costes imposibles de recuperar, y en donde la única posibilidad de obtención de eficiencia, se traduce en la forma en como el adjudicador (juez), puede generar incentivos en casos futuros.

§. 2 Análisis Económico del Derecho Normativo y Positivo.

El análisis económico del derecho no pretende un único objetivo, sino que fundamentalmente, dos. En efecto, la pregunta: ¿De qué manera se afecta el comportamiento humano con la promulgación de una norma jurídica determinada?, va a producir una respuesta distinta a la pregunta: ¿Porqué resulta preferible un conjunto normativo que promueve la eficiencia, a otro que no?

Las respuestas a ambas preguntas, se basan en presupuestos provenientes del análisis económico del derecho, pero tiene una faz distinta de aplicación. Así, la respuesta a la primera pregunta, supone que los sujetos actúan como entes que tienden a maximizar su beneficio, de manera que, considerarán la norma jurídica promulgada, como un precio implícito en la toma de sus decisiones, así, decidirán realizar o no, la conducta involucrada en el supuesto jurídico. La apreciación a su respecto, es una constatación de una conducta racional, y tiene como objetivo describir un comportamiento determinado, sobre la base de una teoría que pronostica cómo responderán los sujetos ante los cambios de las leyes²⁵. Lo anterior constituye el objeto del análisis económico del derecho positivo.

Por su parte, la respuesta a la segunda pregunta, busca generar un cambio normativo, sobre la base de una premisa de eficiencia en la asignación de los recursos.

²⁵ En este sentido, Cooter y Ulen señalan que: “Generalizando, podemos decir que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes. Esta teoría rebasa la intuición, así como la ciencia rebasa el sentido común”. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 14p.

Ello supone, evidentemente, efectuar un juicio de valor, acerca de la preeminencia de la eficiencia, como criterio que debe orientar la legislación. En otras palabras, la respuesta a la segunda pregunta, no busca describir y explicar un específico comportamiento, sino que más bien, propender en los cambios legales, a la búsqueda de la eficiencia. Ello importa que se valore la eficiencia (como premisa que subyace a la ley), de mejor manera que otras premisas, como por ejemplo puede ser, la equidad. Lo anterior constituye el objeto del análisis económico normativo.

Considerando lo anterior, podemos definir ambas perspectivas de la siguiente forma, a saber: El análisis económico del derecho positivo, pone énfasis en la descripción y explicación del contenido de un conjunto normativo o de prácticas contractuales; por su parte, el análisis económico del derecho normativo, tiene como tarea determinar cómo el ordenamiento jurídico puede ser utilizado para obtener determinar fines, tales como, la prevención de conductas indeseadas o ineficientes, desde la óptica de la economía²⁶. En otras palabras, el análisis positivo, describe la situación tal cual es, en cambio el examen normativa prescribe cómo debe ser dicha situación.

Ahora bien, en lo referente al análisis del derecho normativo, debemos indicar que como veremos posteriormente, el concepto de eficiencia resulta no unívoco²⁷, lo que dificulta su análisis, y adicionalmente, dicho enfoque se traduce en un juicio de valor, que busca evaluar los fines del ordenamiento jurídico, sobre la base de la eficiencia, en el entendido que las leyes son instrumentos para lograr metas sociales, tendiendo ellas, a que siempre se opte por la decisión menos costosa, toda vez que resulta poco defendible una opción que tienda al dispendio de recursos escasos. Como un juez debe atribuir derechos en el marco de una contienda jurisdiccional, entonces, debe propender, aplicando la normativa, a una decisión que sienta aquél precedentes que tienda a la

²⁶ PAOLANTONIO, Martín Esteban Ob. Cit. 207p.

²⁷ Ver: Capítulo I, §. 3 Instrumentos Analíticos Económicos utilizados por el Análisis Económico del Derecho.

asignación eficiente de los recursos. Así, en el ámbito de la responsabilidad civil, deberá considerar los efectos de su decisión respecto de otros casos similares que se ventilen con posterioridad, ya que de esa manera se inducirá a las personas racionales a prevenir y reducir los costos de los accidentes.

Sin embargo, en primer lugar, como veremos en el acápite cuarto de este capítulo, no resulta completamente convincente en países del *Civil Law*, la aplicación normativa del análisis económico del derecho, ya que la eficiencia no constituye el fundamento de la legislación existente. De hecho, frente a dicho criterio, se han desarrollado otras premisas, fundamentalmente, la justicia y la equidad, sobre las cuales, las decisiones jurisdiccionales han sido (o pretendido ser) adoptadas, por más de tres mil años de historia.

En segundo lugar, la eficiencia de acuerdo a como se ha conceptualizado desde Pareto²⁸, busca generar una teoría de decisiones sociales al margen de los juicios de valor²⁹, pretendiendo unanimidad en la toma de opciones. Sin embargo, como la adjudicación en base a la eficiencia, significa una imposición de un tercero (juez), no existe forma de suponer que dicha imposición goza de unanimidad en quienes soportan la decisión, toda vez que, existen supuestos en donde la adjudicación es contrapuesta a los intereses de los perjudicados por ella (por lo tanto, no existirá acuerdo respecto de dicho sujeto). Si eso es así, entonces, se genera un juicio de valor implícito a favor de la eficiencia, lo que supone contradecir la neutralidad que sirve de fundamento a su configuración, ya que, en base a ella, se opta, por una situación social X (aquella estructurada sobre la eficiencia), en desmedro de una situación social Y (aquella estructurada sobre otra premisa), la cual, de acuerdo a la faz normativa del análisis económico del derecho, se impone por quien adopta la decisión de manera externa y

²⁸ Ver: PARETO, Vilfredo. *Manual de Economía Política*. Traducción de Guillermo Cabanellas. Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1954. 527p. Y: PARETO, Vilfredo. *Escritos sociológicos*. Selección y traducción María Luz Morán. Madrid, Editorial Alianza. 1987. 395p.

²⁹ SCHAFFER, Hans-Bernd y OTT, Claus.. *Ob. Cit.* 38p.

coactiva. Lo anterior, resulta una demostración de poder, y una preferencia valorativa al momento de adoptar una decisión social, sin que por su parte, exista plena unanimidad en la aceptación de dicho criterio. Ahora bien, y vinculado con lo señalado anteriormente, ello resulta y hace más difícil la aplicación de la faz normativa, cuando, otras premisas son las que han regido el ordenamiento jurídico desde hace siglos.

Ahora bien, la fuerza metodológica del análisis económico del derecho normativo, que postula una meta económica específica para un conjunto de regulaciones legales³⁰, evidentemente que obliga al juez a considerar que su decisión influirá en la resolución de casos futuros, por lo que deberá considerar el probable efecto de decisiones alternativas sobre el comportamiento futuro de los individuos que realizan las actividades involucradas en la adjudicación jurisdiccional. La pregunta ahora, es: ¿Puede un juez en un sistema como el chileno, considerar, al momento de fallar, el efecto futuro de sus decisiones, y no sólo las particularidades del caso concreto?, he allí, el problema de la perspectiva normativa antes indicada, considerando la mirada consecuencialista de la decisión, y el hecho de que su fundamento, emana de una teoría científica, históricamente reciente. Dicho asunto, será desarrollado en el acápite cuarto de este capítulo

§. 3 Instrumentos Analíticos Económicos utilizados por el Análisis Económico del Derecho

La economía ha aportado al Derecho teorías matemáticamente precisas (econometría), y métodos empíricamente razonables (la estadística) para analizar los efectos de las leyes (precios) sobre el comportamiento.

³⁰ POSNER, Richard. Ob. Cit. 29-30p

Al respecto, el análisis económico del derecho, recibe dichos aportes y se desarrolla sobre presupuestos económicos. Así, sus tres premisas básicas son³¹:

- a. Los agentes económicos persiguen como objetivo aumentar su beneficio (maximización de utilidad)
- b. Los agentes económicos actúan racionalmente, lo que permite predecir su comportamiento ante cambios en el ordenamiento jurídico, y
- c. El conjunto de las preferencias de los agentes económicos es estable, transitiva y libre de contradicción.

La consideración del agente como un ente maximizador de su utilidad, se traduce en el supuesto propio del arquetipo del *homo economicus*, esto es, aquel que actúa de acuerdo a su propio beneficio, prefiriendo la mayor de las veces aquello que le reporta mayor utilidad, minimizando sus costos. Este presupuesto individualista, supone dos proposiciones, a saber: (a) Que los individuos son capaces de juzgar su propio bienestar; y (b) Que sus juicios no dependen del bienestar o de la situación de los demás individuos, lo que excluye el comportamiento altruista como regla de actuación del agente económico³².

Para Schafer y Ott, la premisa del *homo economicus*, se traduce en una hipótesis de comportamiento racionalmente egoísta, que importa un individualismo metodológico, y que definen de la siguiente forma:

“La ciencia económica acepta que, por regla general, los hombres intentan incrementar su propia utilidad y procurar su beneficio personal y que saben muy bien lo que para ellos es útil o inútil. A pesar de que esta hipótesis legal no

³¹ PAOLANTONIO, Martín Esteban. Ob. Cit. 203-204p.

³² TORRES López, Juan. Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal. Madrid, Editorial Tecnos, 1987. 30p.

aparece intuitivamente sin más, se constituye como base de predicciones en casi todos los ámbitos de aplicación de la ciencia económica”³³

En este sentido, la conducta tendiente a maximizar la utilidad del agente (conducta maximizadora), constituiría aquello que permite diferenciar una conducta económica, como criterio de identificación del objeto de la ciencia económica, respecto de otras ciencias sociales. De este modo, y de acuerdo a lo expuesto por Gary Becker, lo determinante para configurar dicha conducta, es la suposición de que quien la realiza, busca en un contexto de escasez, maximizar su utilidad³⁴

La segunda premisa sobre la cual se funda el análisis económico del derecho, es aquella, en virtud de la cual, los sujetos actúan racionalmente. Ello significa, que los sujetos fijan objetivos, definiendo los instrumentos necesarios para alcanzarlos, determinando asimismo, la forma en que dichos instrumentos influyen en las metas establecidas. En dicho sentido, una actuación es racional en función de unos objetivos, cuando, conociendo las metas, los medios y el entorno del actor, podría contarse previsiblemente con ella³⁵. Se persigue, entonces, y en unión con la primera premisa, la mejor relación posible entre medios y objetivos, de manera que los primeros sean eficientemente utilizados con miras a la prosecución de los segundos.

De lo que aquí se ha tratado, es importante señalar que si bien, las premisas en que se funda el análisis económico del derecho, se traducen en un individualismo metodológico, ello no significa que la actuación racional e interesada, va a ser siempre, aquella que tienda al incremento del patrimonio y de la riqueza, precisamente, porque el bien personal resulta definido por cada individuo, y bien puede considerar, el beneficio

³³ SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus.. Ob. Cit. 60-61p.

³⁴ BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago University Press, 1974. 5-14p; Ver también: COSSIO Díaz, José Ramón. *Derecho y análisis económico*. Mexico DF, Fondo de Cultura Económico, 1974. 192-198p.

³⁵ SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit.: 61p

de terceros. Por lo mismo, no resulta sinónimo, la maximización de la utilidad de un agente racional, con el egoísmo.

La tercera premisa en que se funda el análisis económico del derecho, importa que las preferencias de los individuos racionales son estables, de forma que su ausencia permitiría explicar cualquier cambio en la conducta del agente como una consecuencia de una variación en sus gustos o preferencias. Previo a ello, la libertad de contradicción importa que el sujeto pueda establecer un orden de preferencias entre distintas situaciones alternativas, de manera de dar preeminencia en forma voluntaria y autónoma, a la situación (a), por sobre la situación (b), y la situación (c). Vinculado con lo anterior, la transitividad, significa, que si el sujeto prefiere el estado de cosas (a) al estado de cosas (c), y a su vez, prefiere el estado de cosas (c) al estado de cosas (b), entonces, la situación (a), será preferida a (c), y éste a (b), y en todo caso (a) a (b). Con todo, un cambio en dicho orden, dará origen a otra transitividad, no obstante mientras se mantenga estable la opción primera, la actuación racional del sujeto supondrá dar primacía al estado de cosas (a) por sobre las otras dos situaciones alternativas.

Sin querer, adentrarnos, todavía, en los reparos que dichas premisas generan, debemos señalar que la objeción más típica al mencionado enfoque, es su reduccionismo, en el sentido que los supuestos de racionalidad explicados, solo constituirían abstracciones básicas no replicables en la realidad³⁶. Sin embargo, como

³⁶ En este sentido, en nuestro país, Enrique Barros cuando señala: “El derecho privado supone un cierto compromiso que contribuye a la concordia y a la comunicación, que se va construyendo sobre una base analógica más que categorial. Reemplazar el saber acumulado por una teoría abstracta, por una especie de esperanto jurídico de base racional, es una de las empresas constructivistas más delirantes que se puede imaginar. El valor de la instituciones radica en gran parte en que nos evitan precisamente la carga de discernir y justificar cada regla de convivencia” BARROS Bourie, Enrique. La responsabilidad civil como derecho privado. Revista de Estudios Públicos. Primavera, 2008. N° 112. 332p.

Posteriormente agrega que: “Por lo mismo, los dramáticos cambios de paradigma, como los soñados en los setenta desde la perspectiva del análisis económico y de los estudios críticos del derecho, son inusuales en el derecho. Podría afirmarse, como suelen predicar los apóstoles del análisis económico del derecho, que el juez debiere despreciar el derecho establecido y siempre fallar *ex nihilo* lo que es útil (o lo que es justo) Pero ese sería un sistema jurídico que desconocemos, donde los jueces no están obligados por el derecho sino precisamente por una forma de pensar” BARROS Bourie, Enrique. Ob. Cit. 334p.

hemos señalado en los apartados anteriores, dichos supuestos sirven para exponer que las personas tienen comportamientos predecibles, que son tomados en cuenta por el legislador y el regulador, ya que de otra manera, no se podría pretender lograr ciertos objetivos sociales, si es que los sujetos destinatarios de las reglas y normas, no reaccionarían a los cambios propuestos por la ley o por la regulación.

Ahora bien, y avanzando en los instrumentos conceptuales y analíticos que la Economía aporta al estudio del Derecho, debemos señalar que el objetivo buscado por la ciencia económica, es resolver el problema de la escasez de recursos frente a las necesidades ilimitadas, por medio de la maximización de la riqueza, requiriendo ésta, un sistema de precios que se regule en el mercado.

Lo anterior nos lleva a efectuar algunas consideraciones básicas acerca del funcionamiento del mercado, contexto, en el cual, se verifica el sistema de precios en donde se lleva a cabo la maximización de la riqueza que se ha hablado.

La oferta y la demanda son dos conceptos básicos para poder explicar el funcionamiento del mercado, ya que de hecho, el encuentro de dichas fuerzas, determina la cantidad producida y el precio con que se intercambia cada bien. Dicho precio, constituye un baremo adecuado al problema de la escasez del bien que se transa. El lugar de encuentro de dichas fuerzas, es el mercado, entendiendo por él, un concepto ideal más no real ni físico, como aquél lugar en donde concurren compradores y vendedores de un bien o servicio, y que sirve de mecanismo para poder realizar intercambios en beneficio mutuo. Estos intercambios se producen en razón de la demanda de un producto (que resulta del comportamiento agregado de los compradores del bien respectivo) y de la oferta del mismo (que resulta del comportamiento de los vendedores del bien)

Concluye que: “En otras palabras, hay también razones para pensar que un ordenamiento de este tipo es más eficiente, considerado en su conjunto, que una suma de prescripciones oportunistas que carecen de racionalidad intrínseca” BARROS Bourie, Enrique. Ob. Cit. 335p

Se dice que existe un mercado perfectamente competitivo, cuando todos los productores ofrecen un bien idéntico, y que son tantos los participantes en el mercado que ninguno de ellos tiene capacidad para afectar por sí solo las condiciones del sistema, adicionalmente, debe existir libre entrada y salida del sistema.

En dicho mercado, concurren compradores o consumidores que pretenden adquirir bienes, esto es, todo aquello que permite la satisfacción de sus preferencias. Obviamente que dichos sujetos necesitan concurrir al mercado, pagando un precio, por lo que las posibilidades de obtención de los bienes requeridos depende de la capacidad económica del agente. La forma en como ello se manifiesta en el mercado, resulta expuesto por la ley de la demanda, que supone una relación negativa entre la cantidad de un bien que decidimos comprar y el precio que hay que pagar para obtenerlo. Ahora bien, la cantidad demandada, que es aquella cantidad del bien que se desea y se puede comprar en un periodo de tiempo determinado, depende de varios factores, a saber: (a) Precio: A mayor precio, menor cantidad será demandada, siempre que los otros factores, se mantengan *ceteris paribus*; (b) Renta del consumidor: A mayor cantidad de renta, mayor nivel de cantidad demandada de un bien determinado, siempre que dicho bien sea uno de aquellos denominados, bienes normales, que son aquellos que cuya cantidad demandada no disminuye al aumentar la renta (como ocurre con los bienes inferiores, como por ejemplo, las imitaciones de marcas deportivas); (c) Precios de otros bienes: El incremento en el precio de otro bien puede provocar un aumento o disminución de la cantidad demandada del bien examinado. Existirá aumento de la cantidad demandada, cuando estemos en presencia de bienes sustitutos, que son aquellos por medio de los cuales, el consumidor logra idéntico resultado, en cuanto a satisfacer idéntica necesidad. Por su parte, existirá disminución de la cantidad demandada, en presencia de bienes complementarios, cuando ambos bienes se utilicen conjuntamente para satisfacer un deseo; (d) Preferencias: Que constituyen los gustos del consumidor, y en base al cual, se fija el orden de prioridades, regido por el principio de transitividad y libre contradicción, etc.

Para los efectos de calcular la demanda de un bien en un mercado, debemos considerar los mismos factores señalados anteriormente en relación a la cantidad demandada por un sujeto en particular, así como el número de consumidores de un bien. Ello dará origen a la curva de la demanda en el mercado respectivo, la que se desplazará completamente, en caso de modificación de cualquier elemento determinante de la cantidad demandada. Así por ejemplo, si una persona gana un juego de lotería, y con anterioridad a dicho suceso, viajaba en locomoción pública, la demanda por la misma, se reducirá a cero, ya que con posterioridad a la obtención de dicho premio, se encontrará en situación de movilizarse en vehículos propios. Lo anterior, generará un desplazamiento de la función de demanda hacia la izquierda. En el caso contrario, esto es, cuando aumente la cantidad demandada de un bien determinado, existirá un desplazamiento de la función de demanda hacia la derecha. Por otro lado, existirá un desplazamiento a lo largo de la curva de la demanda, cuando varíe el precio del bien respectivo.

Un concepto vinculado con la demanda, es el de elasticidad precio de la demanda. Ella se define como la sensibilidad con que la cantidad demandada responde ante variaciones en el precio del bien, manteniéndose constante todos los demás factores. En este sentido, la demanda será elástica si la cantidad demandada responde de manera significativa frente a cambios en el precio. Por su parte, si la variación en la cantidad es relativamente pequeña, se dice que la demanda es inelástica. Dicha elasticidad, depende de la facilidad con que puedan encontrarse bienes sustitutos. Ahora bien, dicha disponibilidad será más sencilla en el largo plazo, por lo que en general, la demanda es más inelástica en el corto plazo.

Según hemos indicado la demanda de un determinado bien es la cantidad máxima del mismo que los consumidores están dispuestos a adquirir y consumir, en función de su renta, de los precios de todos los bienes y servicios, de sus gustos o

preferencias. El fundamento de dicha demanda, son las necesidades humanas, resultando útil una cosa para un hombre, cuando es capaz de satisfacer alguna de dichas necesidades. Por lo tanto, utilidad y necesidad son conceptos relacionados.

Ahora bien, podemos definir dos clases de utilidad, a saber: (a) Utilidad total: Que es el nivel de satisfacción que produce el consumo de bienes y servicios; y (b) Utilidad marginal: Que representa la satisfacción que procura el consumo de una unidad adicional del bien en una situación determinada³⁷. Respecto de este último concepto, debemos indicar que, a toda utilidad marginal va asociado un costo marginal, que es aquél gasto que se supone implícito en la satisfacción que se logra con dicha unidad adicional. Ahora bien, precisamente como existe un beneficio en el cambio, es que, la utilidad marginal supera al costo marginal.

Considerando lo anterior tenemos que existirá un óptimo en las decisiones del consumidor, cuando, la última unidad de renta gastada en el bien respectivo, genera la misma utilidad marginal ponderada por su precio. En otras palabras, dicho óptimo, ocurre en el punto en donde el beneficio marginal se iguala con el costo marginal³⁸. En caso contrario, el consumidor podrá siempre mejorar su situación modificando sus consumos.

La otra fuerza que concurre en un mercado, es la oferta. Ella es la relación completa entre el precio de un bien y la cantidad ofrecida del mismo, *caeteris paribus*. La oferta refiere a la conducta de los vendedores de un bien, dependiendo la cantidad ofrecida de una serie de variables, tales como: (a) El precio del producto: Cuanto mayor sea, más rentable resulta la producción y la venta del bien; (b) Los precios de los factores de la producción: Un aumento de éstos, genera un incremento en los coste de producción de un bien, lo que reduce, consecuentemente, la rentabilidad de la

³⁷ Ver: POSNER, Richard. Ob. Cit. 19-22p, y COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit.: 32-36p.

³⁸ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 41p.

producción y la venta; (c) La tecnología: Genera mayor nivel de producción con los mismos recursos; (d) Expectativas del vendedor: Que constituye una variable en aquellos supuestos en donde el vendedor anticipa escenarios futuros en busca de mejores decisiones, etc.

A partir de las ofertas individuales, se obtiene la oferta del mercado, generándose desplazamientos a lo largo de la curva de la oferta, cuando existen cambios en la cantidad ofrecida provocados por variaciones del precio, sin que cambie ningún otro factor. Por su parte, existe un cambio o desplazamiento de la curva cuando cambia alguno de los determinantes de la cantidad ofrecida.

Un vendedor, considerando la disponibilidad de factores de producción, los utilizará de manera de conseguir un determinado conjunto de bienes y servicios (Frontera de Posibilidades de Producción). Dicha decisión fundamental relacionada con la cantidad de bienes a producir, tiene como objetivo hacer máxima la diferencia entre los ingresos totales y los costos totales (maximización de beneficios). En dicho nivel, es imposible, obtener ningún beneficio adicional aumentando la cantidad producida. Lo que sucede cuando la última cantidad producida aumenta los ingresos totales en la misma cuantía que incrementan los costos totales.

De la interacción de las fuerzas de la demanda y de la oferta, se llega a una situación de equilibrio en donde tenemos un precio, al que se igualan cantidad demandada y cantidad ofrecida, de forma que la demanda y la oferta, se compensan exactamente, no generándose tendencias al movimiento.

Dicha situación genera de acuerdo a la literatura económica clásica una situación de eficiencia en el equilibrio competitivo³⁹. En efecto, el excedente total generado en un

³⁹ La doctrina ha establecido cuatro condiciones para estar en presencia de un mercado perfectamente competitivo, a saber: (a) Presencia de un número elevado de compradores y vendedores: En tales circunstancias, los agentes tienen una influencia mínima en el precio del mercado que considerarán como

mercado competitivo viene dado por los beneficios de las empresas⁴⁰ más el excedente de los consumidores. Este último excedente, no es más que la diferencia entre la disponibilidad a pagar por parte de los consumidores (representada por la demanda), y el precio que realmente pagan.

Ahora bien, lo que hemos dicho respecto de los beneficios económicos que se generan para el productor y para el consumidor, producen por contrapartida, un costo. En efecto, la esencia del análisis económico, es la identificación que toda decisión humana, genera un problema dual, en cuanto a producir un costo y un beneficio.

En este sentido, Harald Beyer, comentando a Coase, señala que: “Se debe recordar, entonces, al momento de fallar o legislar, que los problemas analizados aquí son de naturaleza recíproca, de modo que cuando se beneficia a algún individuo necesariamente se perjudica a otro. Esto es cierto, indudablemente, en presencia o ausencia de costos de transacción, pero se hace relevante cuando dichos costos están presentes, puesto que constituyen una barrera para reasignar los derechos y aumentar la eficacia económica del país”⁴¹

La contribución en ese sentido, proviene precisamente de Ronald Coase, quien en su publicación de 1960, en *The Journal of Law and Economics* de la Universidad de Chicago, titulada: “El problema del costo social”, deja en claro que toda decisión

un parámetro exógeno a la forma de tomar sus decisiones de consumo o producción; (b) El producto debe ser homogéneo: De manera que los agentes de la economía son indiferentes entre comprar/vender a unos agentes u otros. Este supuesto refuerza el supuesto de anonimato presente en un mercado perfectamente competitivo; (c) Información perfecta: Implica libre acceso a la tecnología y a los precios ofrecidos por diferentes empresas, (d) Movilidad perfecta de factores de producción: De forma que haya libre entrada y salida por parte de las empresas en un determinado mercado. CABAÑEZ, Maria Lucia. *Microeconomía esencial*. Madrid, Editorial Ariel Economía, 2002. 119p.

⁴⁰ Debe hacerse presente, que en economía perfecta, los beneficios extraordinarios de las empresas son cero. Sin embargo, es bajo esta forma o estructura de mercado donde este excedente total, es máximo. La inexistencia de beneficios extraordinarios en un mercado perfecto, no implica que la empresa oferente no obtenga beneficios, sino que ellos, no son más que la remuneración del capital que se considera como costes del capital.

⁴¹ BEYER, Harald. Ronald Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho. *Revista de Estudios Públicos*. N° 45. Verano, 1992. 12p.

jurídica⁴² de asignación de derechos significa un problema dual, ya que al beneficiar a A, se está perjudicando a B, frente a lo cual, y con miras a evitar el mal mayor, debe decidirse si se permite que A dañe a B, o bien que B dañe a A⁴³.

Dichas ideas, son resumidas como siguen:

“El problema que enfrentamos al manejar acciones que tienen efectos dañinos no es sencillamente restringir a los responsables de los mismos. Lo que debe decidirse es si la ganancia por evitar el daño es mayor que la pérdida que se sufriría de otro modo, como resultado de detener la acción que produce el daño. En un mundo donde hay costos de reordenar los derechos establecidos por el sistema legal, la justicia, en casos relativos a molestias, está tomando decisiones económicas sobre cómo han de emplearse los recursos (...). Pero la delimitación de derechos es también resultado de leyes. Aquí también hallamos pruebas de la aplicación de la naturaleza recíproca del problema. En tanto que las leyes se agregan a la lista de molestias, la acción es también tomada para legalizar lo que, de otro modo, serían molestias para el derecho consuetudinario. La clase de situaciones que los economistas están dispuestos a considerar como que requieren la acción correctiva del Gobierno son, en realidad, el resultado de la acción gubernamental. Tales acciones no son necesariamente desacertadas. Pero

⁴² Ya sea jurisdiccional, como también, legal o regulatoria

⁴³ Ronald Coase, expresa explicando la naturaleza dual de las decisiones jurídicas y económicas: “El enfoque tradicional ha tendido a obscurecer la naturaleza de la elección que encierra. El problema se formula comúnmente como uno en el que A ocasiona daño a B y lo que tiene que decidirse es: ¿Cómo se puede restringir a A? Pero esto es erróneo. Estamos tratando un caso de naturaleza recíproca. Evitar daño a B infligiría un perjuicio a A. La cuestión real que debe decidirse es: ¿Debe permitirse que A dañe a B o que B dañe a A? La cuestión es evitar el daño mayor. Usé un ejemplo en mi artículo anterior que consistía en el caso de un *panadero* cuya maquinaria, con sus ruidos y vibraciones, perturbaba el trabajo de un médico. Evitar daños al médico ocasionaría perjuicios al panadero. El problema presentado en este caso era básicamente si se valoraban más, como resultado de restringir los métodos de producción del panadero, los mayores servicios del médico cuyo costo es una oferta reducida del producto del panadero. Otro ejemplo es el del ganado que se desbanda y destruye los sembrados de campos vecinos. Si es inevitable que algunos animales se dispersen, un incremento de la oferta de carne sólo puede obtenerse a expensas de una disminución de la oferta de granos. La naturaleza de la elección es clara: carne o granos” COASE, Ronald. El problema del Costo Social. Revista de Estudios Públicos. N ° 45, 1992, p. 3.

existe el peligro real de que la intervención extensiva del Gobierno en el sistema económico puede conducir a la protección de los responsables de los efectos dañinos”⁴⁴

La mencionada publicación dio origen al denominado Teorema de Coase, en virtud del cual, sea cual fuere la asignación inicial específica de los derechos de propiedad, el resultado final será eficiente siempre y cuando la asignación inicial legal se encuentre bien definida y cuando las partes puedan llegar a un acuerdo y aplicarlo sin costo alguno⁴⁵. De esta manera pueden distinguirse dos situaciones, a saber:

- a. Dada una situación sin costes de transacción, se podría lograr un resultado eficiente con independencia de la norma o decisión judicial atributiva del derecho elegida⁴⁶, y
- b. Dada una situación en que hay costos de transacción, la solución eficiente no puede lograrse con independencia de la norma jurídica o decisión judicial elegida, por lo tanto, será preferible aquella norma o decisión que reduzca al mínimo los efectos de los costes de transacción⁴⁷

Sobre la base anterior, Coase analizó distintos casos jurisprudenciales, de manera de demostrar la importancia que tiene la decisión jurisdiccional en la actividad

⁴⁴ COASE, Ronald. Ob. Cit. 34p.

⁴⁵ Para un mayor desarrollo sobre el tema Ver: FRANK Robert. Microeconomía y conducta, traducido por Luis Toharia y Esther Rabasco. Madrid, Editorial Mc Graw Hill, 1992. 707-710p; HIRSHLEIFER, Jack y GLAZER, Amihai. Microeconomía, teoría y aplicaciones. Editorial Pretince Hall Hispanamericana S.A, 1970. 5ª Edición. 521p; y MITCHELL Polinsky. Introducción al Análisis Económico del Derecho, traducido por J. M. Álvarez Flores. Barcelona,. Editorial Ariel, 1985.. 24 y 25p.

⁴⁶ En este sentido, vinculando el Teorema de Coase con la existencia de externalidades, tenemos que, si los derechos de propiedad se encuentran definidos y los afectados por la misma, pueden negociar una compensación económica sin costes de negociación, el nivel de externalidad que se produce en el mercado será en general el máximo bienestar en la sociedad.

⁴⁷ TAVANO, Maria Josefina. Coase: Un teorema para el derecho. Su aplicación: A la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia. En: Análisis Económico del Derecho. Compilación: Kluger, Viviana. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2006. 60-61p

económica, por lo que resultaría deseable que los tribunales advirtieran las consecuencias de sus decisiones⁴⁸

Pues bien, lo dicho respecto del Teorema de Coase, hace necesario referirnos a dos clases de costes, a saber: (a) Los costos de transacción, y (b) Los costos de oportunidad.

En primer lugar, los costos de transacción, son todos los costos de información, de negociación y de monitoreo que supone la observancia de los derechos de propiedad y de los contratos. Dichos costos, obstaculizan el intercambio, y la cooperación mutuamente beneficiosa⁴⁹. Ya se ha indicado anteriormente, la forma en como resuelve el Teorema de Coase, las situaciones en donde se presentan o no costos de transacción. Con todo, el juez, debe buscar (aplicando el derecho desde una perspectiva económica normativa) aquella norma que permita reducir dicha clase de costes, a fin de asignar los derechos en sus usos más eficientes.

En segundo lugar, los costos de oportunidad, se refieren a aquello a lo que debo renunciar para conseguir algo. En otras palabras, constituye lo que habría podido obtener, si alternativamente hubiera utilizado el derecho en su mejor manera posible. Toda decisión en un marco de escasez, supone una alternativa, la que generará pérdidas económicas, si es que, los recursos utilizados en una determinada decisión, podrían generar más provecho en algún uso alternativo, en cuyo caso, dicha opción, se transforma en el mejor uso de los recursos, generando pérdida, reflejada en el costo de

⁴⁸ “Por supuesto, si las transacciones del mercado fueran gratuitas, todo lo que importaría (aparte de las cuestiones de equidad) es que los derechos de las distintas partes debieran estar bien definidos y los resultados de las acciones legales fáciles de pronosticar. Pero, como hemos visto, la situación es muy diferente cuando las transacciones de mercado son tan costosas como para hacer difícil cambiar el ordenamiento de los derechos establecidos por la ley. En tales casos, la justicia influye directamente en la actividad económica. Parecería entonces deseable que las cortes comprendieran las consecuencias económicas de sus decisiones y pudieran, en la medida en que esto sea posible, sin crear demasiada incertidumbre acerca de la tesis de la ley en sí misma, tomar en cuenta estas consecuencias cuando adoptan sus decisiones” COASE, Ronald. Ob. Cit. 22p.

⁴⁹ VELJANOVSKI, Cento. Ob. Cit. 71p.

oportunidad. Así por ejemplo, el dinero invertido en unas vacaciones de un mes de duración, tendrían como uso alternativo o costo de oportunidad, la generación de intereses por medio de un depósito bancario de ese mismo dinero. Coase, expresa la necesidad de que el concepto de costo de oportunidad se encuentre presente en las decisiones jurisdiccionales, porque constituye un mecanismo a efectos de valorar si estamos o no evitando el gasto mayor en una determinada adjudicación de derechos. Así señala que:

“Me parece preferible usar el concepto de costo de oportunidad y enfocar estos problemas comparando el valor del producto obtenido por los factores en usos alternativos o en ordenamientos alternativos”⁵⁰

El objetivo de lo anterior, resulta evidente porque, valorando los escenarios alternativos de una decisión, en términos de beneficios y perjuicios (asunto de naturaleza dual), respecto de ambas partes, reduciríamos la suma de los costos, lo que significaría, aumentar la suma de los beneficios netos. Con ello, el Derecho, estaría equilibrando los intereses de ambas partes, en cuanto a balancear las pérdidas producidas por el daño y los costos de prevenirlos⁵¹, llegando a una situación de óptimo y de eficiencia.

Ahora bien, el Teorema de Coase ha sido objetivo de múltiples críticas, partiendo por aquellas que señalan que su intención es la de negar la intervención del Estado para corregir las fallas del mercado⁵², sin embargo, ello no resulta aceptable, cuando de la lectura del: “Problema del Costo Social”, aparece con toda evidencia, que la regulación pasa a ser una alternativa analizada y estudiada por Coase, que si bien no resulta necesaria en sí, tampoco la niega ni desacredita⁵³. En efecto, señala expresamente que:

⁵⁰ COASE, Ronald. Ob. Cit. 49p.

⁵¹ VELJANOVSKI, Cento. Ob. Cit. 71-72p

⁵² MERCADO Pacheco, Pedro. El análisis económico del derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994. 139p.

⁵³ Lo trascendente sería la determinación clara de derechos, y no la regulación económica, la que de todas maneras no resulta negada en sus aspectos positivos.

“Es claro que el gobierno tiene poderes que le permiten desarrollar algunas cosas a un costo menor que una organización privada. Pero la máquina de gobierno no está exenta de costos. (...) Una regulación gubernamental directa no necesariamente producirá mejores resultados que si dejamos que el mercado o la empresa resuelva el problema. Pero, igualmente no hay razón para suponer que, en algunas ocasiones, tales regulaciones gubernamentales no puedan conducir a un mejoramiento en la eficiencia económica”⁵⁴

Más allá de lo anterior, Shafer y Ott, han identificado cuatro críticas al planteamiento de Ronald Coase, que se pueden resumir como sigue, a saber:

- (a) No existiría progreso alguno respecto de los planteamientos de la microeconomía tradicional: Toda vez que, lo propuesto en el sentido de que la eficiencia en el sentido de Pareto se consigue bajo la condición de que los intercambios sean libres y gratuitos, ya habría sido planteado anteriormente. Sin embargo, como señalan Shafer y Ott, ello no es así, porque el aporte hasta Coase era que dicha situación se producía en una sociedad en la que la atribución originaria de derechos permanecía constante, mientras que Coase, afirmó que las distintas alternativas de atribución originaria no modifican en nada dicho resultado⁵⁵
- (b) El Teorema de Coase, caería en una tautología: Ya que, en las condiciones en las que la configuración de los derechos no ejerce influencia alguna en la asignación de los factores, dicha asignación, no resulta afectada por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en la medida que existan costos de transacción, dicha influencia existe, y

⁵⁴ COASE, Ronald. Ob. Cit 17-18p.

⁵⁵ SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit. 87p.

por lo tanto, la importancia de la asignación originaria de los derechos, es mayor, mientras mayores sean los costos de transacción.

(c) El Teorema de Coase, excluiría comportamientos estratégicos: En efecto, los participantes de un mercado no poseen información completa acerca de las preferencias y situaciones económicas de los restantes participantes. Ello significa que, no se puede evitar ni prevenir el comportamiento oportunista y estratégico de quienes desean verse beneficiados por un acuerdo, pero que no participan ni invierten en él. Lo que supone Coase, a fin de conducir a una eficiencia en sentido de Pareto, en circunstancias de inexistencia de costos de transacción, resulta impensado, porque dada la constatación de que puede haber comportamientos estratégicos en las otras partes de una negociación, necesariamente existirá inversión con el fin de conocer las preferencias y demás circunstancias desconocidas de los participantes, así como para evitar dichos comportamientos oportunistas, que provocan despilfarros y pérdidas de bienestar. Esta crítica, resulta plausible, de manera, que la validez del Teorema de Coase, se ve limitado, por la condición complementaria a su formulación de que: “Las influencias de comportamientos estratégicos no afecten a la asignación en cuestión”⁵⁶, y

(d) El Teorema de Coase, supondría que la asignación de los recursos es independiente de la distribución de la riqueza: En efecto, las asignaciones de derechos generan importantes mutaciones patrimoniales, las que no son suficientemente consideradas por Coase. De esta manera el Teorema de Coase sólo es válido, cuando los efectos distributivos de regulaciones jurídicas complementarias son tan insignificantes que en todos los casos prácticos se puede

⁵⁶ SCHAFFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit. 89p.

prescindir de su influencia sobre la asignación de los recursos”⁵⁷. Así, una segunda condición complementaria para su validez, viene dada por que los efectos distributivos que las regulaciones alternativas generen en el estatus jurídico sean neutrales en la asignación de los recursos.

Lo que se ha indicado respecto de Coase, constituye un esfuerzo intelectual con miras a generar eficiencia en las decisiones regulatorias y jurisdiccionales. En tal sentido, se ha visto, que Coase, considera que el juez no puede obviar las consecuencias que tienen sus sentencias, ya que evidentemente ellas, tienen implicancias económicas. En este sentido, el momento de la decisión jurisdiccional, es uno de aquellos, en donde, un sujeto (el juez), se encuentra frente a una cuestión (conflicto) que debe ser resuelto de acuerdo a las reglas de la elección social, y que en tal sentido, recomienda: generar mayor bienestar social al decidir por la alternativa que produce menos costos, sobre el entendido de que cualquiera que sea el vencedor, existirá de todas formas perdedores, siendo necesario evitar el costo mayor, que supone la alternativa de decisión más cara (la que más perjuicios produce a ambas partes).

Ronald Coase, elabora, en consecuencia, una pauta de elección social para el juez. En tal sentido, le indica una regla para poder resolver un asunto, a saber: Dicha decisión debe tender a la reducción de los costos, a fin de propender a la eficiencia, ya que la alternativa menos cara, resulta la que genera mayor beneficio social.

Lo que se plantea, en consecuencia, resulta ser un problema en donde se vinculan dos extremos. Por una parte, los objetivos sociales, y por otro, las preferencias individuales. La manera de esclarecer, cómo dichos objetivos y preferencias van a jugar en definitiva, viene dada por la eficiencia. En efecto, en miras a ella, se decide un problema particular, pretendiendo, adicional y consecuentemente, resolverse un asunto

⁵⁷ SCHAFFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit. 89p.

que compete a toda la comunidad, ya que por medio de la sentencia, se buscará alcanzar, mayores niveles de bienestar social. No por nada, el acto de adjudicación de derechos, debe tender a constituirse en la manifestación, por antonomasia, de la perspectiva normativa del análisis económico del derecho.

Ahora bien, podemos sostener que la idea de Coase, en cuanto a pretender centrar en la eficiencia, el criterio en base al cual, debe ser fallado un asunto, no resulta mayormente controvertido por los exponentes del análisis económico del derecho, cuando analizan, su vertiente, normativa. Lo conflictivo, resulta ser que, no existe un único concepto de eficiencia. Así, existe una eficiencia en el intercambio, expresada en la idea de conmutatividad y de beneficio económico recíproco de los agentes. Por otro lado, es posible hablar de una eficiencia en la producción, cuando dada cierta combinación de factores productivos es posible obtener una mayor generación de bienes y/o servicios, considerando al efecto, la Frontera de Posibilidades de Producción, y la Ley de los Rendimientos Marginales Físicos Decrecientes. Por último, es posible entender la eficiencia desde la perspectiva del consumidor, como combinación de productos, en aquellos casos en donde existiendo modificación de los componentes de productos ofrecidos a los destinatarios finales, se logra mayor utilidad para algunos de éstos, sin perjudicar a los restantes.

Adicionalmente, dicho parámetro de elección social, si es que llegase a ser conceptualizado de una manera uniforme, es impuesto por un órgano jurisdiccional, y envuelve, en el fondo, un juicio de valor, que le da preeminencia sobre otros parámetros (justicia o equidad⁵⁸). ¿Porqué aceptaríamos a la eficiencia, como el baremo en base al cual sean decididos los asuntos planteados ante los tribunales?, o bien, para tales, efectos: ¿Tendría, la eficiencia, mayor valor que la justicia?

⁵⁸ La cuestión acerca de la aceptación de la eficiencia como criterio de resolución de conflictos en nuestro país, se dejará para ser desarrollada en el acápite siguiente.

Conciente de dichos problemas, Wilfredo Pareto, pretendió desarrollar una teoría de la elección social, que dejara de lado las valoraciones o juicios de valor, al momento de decidir entre distintas alternativas sociales, que pueden optar a ser elegibles en el marco de una decisión, como la judicial. En tal sentido, y en base a un criterio de unanimidad débil, que suponía la aceptación y legitimación, en una determinada comunidad, de una determinada decisión, sobre la base de que existirían pocos contradictores a su elección, definió dos conceptos de eficiencia, conocidos como: Pareto Superior (En adelante, indistintamente como: P-S), y Pareto Óptimo (En adelante, indistintamente, como: P-O)

Así, una decisión es superior en el sentido de Pareto, cuando todo miembro de una comunidad prefiere la situación X a la situación Y, o bien, es indiferente a ambas situaciones, pero prefiere minimamente la situación X. Por su parte, estamos en presencia de una situación de óptimo de Pareto, cuando sólo se consigue una mejora para alguien, si transitamos desde una determinada situación social a otra, sin que al menos una persona, sufra por tal cambio, un perjuicio.

La situación de óptimo de Pareto, ha sido definida, por Schafer y Ott, como una situación de eficiencia de Pareto, que supone, para su concreción tres requisitos copulativos, a saber: (a) Producción eficiente: Que se traduce en que la sociedad adopte como respuesta a la problemática acerca de qué bienes y en qué cantidad producir, aquella que arroje, la curva de probabilidades de producción, que sirve de guía para definir como distribuir los recursos de una sociedad entre la producción de los distintos bienes (por ejemplo X, e Y) para alcanzar la combinación de bienestar que se prefiera, por los miembros de dicha sociedad. Al respecto, la mencionada curva, gráficamente es cóncava respecto del origen de las coordenadas, porque según nos alejamos de los puntos de única producción de X o Y (en los vértices horizontales o verticales de la gráfica), los factores de producción que se van transfiriendo de la producción del bien Y a la producción del bien X, o viceversa, son cada vez menos eficiente en su nuevo uso,

debido a la existencia de rendimientos marginales físicos decrecientes, que significa que los aumentos sucesivos de un factor de producción variable, manteniendo el resto constante, dará lugar a aumentos, cada vez menores, en las producciones del bien de que se trate. Ahora bien, en este sentido, se logrará una producción eficiente, cuando las proporciones de productividad marginal de todos los factores que intervienen en la producción de un bien coincidan para la producción de todos ellos; (b) Consumo eficiente: Se alcanza, cuando ya no es posible obtener más transacciones en beneficio mutuo. De esta manera, las relaciones de utilidad marginal de los bienes son iguales para todos los ciudadanos, porque, nadie puede, por medio de una transacción de intercambio, aumentar su utilidad, sobre la base de la mayor disponibilidad del bien que adquiere en base a dicha transacción; y (c) Estructura eficiente de Producción: Este requisito exige que los costos que suponga la mayor producción de un bien (X) a costa de la menor producción de otro bien (Y), coincida exactamente con la menor cantidad del bien Y que los ciudadanos se encuentren dispuestos a sacrificar, para disponer de una mayor producción del bien X⁵⁹.

Un estado P-O, generará una situación de coincidencia con la eficiencia del equilibrio competitivo (derivado de la competencia perfecta), todo vez que produciéndose eficientemente, ello supone que la cantidad producida coincide con la competitiva que maximiza el excedente social, que en situación de equilibrio coincide con el excedente del consumidor.

Ahora bien, la pretensión de Pareto, en cuanto a eliminar, con dichos criterios, los juicios de valor existentes al momento de adoptar una decisión en base a ellos, no pudieron ser logrados. En efecto, no existe manera de dotar a una decisión basada en

⁵⁹ Ahora bien, ninguno de dichos requisitos, en forma aislada produce una situación social de eficiencia, según Pareto, ya que una sociedad con una producción muy eficiente de bienes no productivos, generará de todas maneras, situaciones sociales de no P-O, ya que, bien podríamos no lograr un estado de cosas en donde se mejore a alguien, sin perjudicar a otro. Adicionalmente, es posible incrementar la utilidad de una sociedad (y por ende, llegar a un estado de P-O) con una producción y consumo eficiente, por medio de una reforma de la estructura eficiente de producción. Ver: SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit. 40-45p

dichos parámetros, de la unanimidad o consentimiento, que esperaba lograr su autor, ya que, de todas formas, una decisión jurisdiccional es impuesta por un tercero distinto de quienes expresan los intereses objeto del juicio, de manera que igualmente, la imposición de la eficiencia, resulta ser una demostración de poder y coacción. En este sentido, Jules Coleman, ha desacreditado la posibilidad de fundar los estados P-S en el consentimiento, sobre la base de sostener que si bien, es factible sostener que los estados P-S son preferidos a aquellos estados inferiores a él, en un sentido de Pareto, dicha preferencia no significa, que sean consentidos, a menos, que indudablemente, la preferencia sea definida en términos de consentimiento, en cuyo caso, no puede justificarse un cambio P-S, en base a dicha unanimidad, precisamente porque, el consentimiento al formar parte del concepto, no serviría como base moral independiente, por medio del cual, valorar el paso a un estado P-S en términos de Pareto. En este mismo sentido, tampoco sería posible establecer el consentimiento como fundamento ético de un estado P-O, sobre todo, si consideramos que no existiría ningún estado superior a su formulación, y en consecuencia, cualquier movimiento o cambio desde un P-O produciría necesariamente, perdedores. A lo más, entonces, podríamos suponer que los miembros de una sociedad, no consentirían en alejarse de dicho estado, más no, tendríamos cómo suponer que aceptarían cualquier cambio desde dicho estado, precisamente porque resulta complejo elaborar una base ética que *ex ante* explique la razón de los perdedores en justificar su nueva condición. Ni tampoco, de dicha suposición, tendríamos que aceptar que el movimiento hacia un P-O sea unánimemente acordado⁶⁰.

Ahora bien, los criterios antes reseñados, no constituyen los únicos esfuerzos tendientes a conceptualizar la eficiencia. De hecho, en 1939, Hicks, que era economista y profesor en Oxford, formuló una regla de decisión de elección social, que pretendía elegir entre dos situaciones, en base a un criterio que significará una mejoría a Pareto

⁶⁰ VER: COLEMAN, Jules. Efficiency, Exchange, and Action: Philosophic Aspect of the Economic Approach to Law. California Law Review, N ° 221. 237 y ss, 1980, y COLEMAN, Jules. The Grounds of Welfare. The Yale Law Journal. Vol. 112. 1519-1520. 2003.

En este sentido, propuso lo siguiente: Un estado de cosas, X, es eficiente en términos de Kaldor-Hicks, a otro estado de cosas, Z, si después de moverse de Z a X, los ganadores pueden compensar a los perdedores⁶¹.

En consecuencia, de acuerdo a dicho criterio, y a diferencia de Pareto, existen perdedores y ganadores⁶². La manera de operar del mismo, supone que el sujeto a quien le corresponde decidir acerca de la elección de un determinado estado de cosas, debe poner en práctica aquélla situación que generando perdedores, de todas formas, hace posible una indemnización por parte de los ganadores a favor de los perdedores, y no por ello, los primeros, dejan de perder su calidad de ganadores.

Dicho criterio, supone una compensación potencial a favor de los perjudicados, siendo procedente, aún cuando dicha compensación no se traduzca en una indemnización real y efectiva. Adicionalmente, al incluir los conceptos de perdedores y ganadores, reingresa a la teoría de la decisión social, el problema de la comparación interpersonal de utilidades que forma parte del utilitarismo, que Pareto pretendió dejar de lado (regla imparcial de decisión)

En el sentido antes indicado (en lo referente a la comparación interpersonales de utilidad), el criterio Kaldor-Hicks, encuentra fundamentos utilitaristas⁶³, por lo que, se sujeta a las mismas críticas que es posible formular a dicha teoría, a saber: (a) La imposibilidad de medir la satisfacción subjetiva (de la utilidad) de manera objetiva, precisamente porque los efectos totales de una transacción sobre la felicidad humana, no

⁶¹ KALDOR-HICKS. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. Economic Journal. Vol: 49. N° 549. 1939

⁶² De esta manera, existe un espectro de análisis mayor que en Pareto, en donde, un movimiento hacia un estado de cosas que signifique un óptimo según Pareto, no genera perdedores.

⁶³ Ver: MORESO, José Juan. La teoría del derecho de Bentham. Barcelona, Editorial PPU, 1992 443p

resultan mensurables⁶⁴; (b) La monstruosidad moral que supone la dificultad para efectuar distinciones morales entre placeres socialmente aceptables y aquellos que no lo son, en casos en donde éstos últimos generan mayores niveles de satisfacción a quienes los poseen que en el primer caso⁶⁵. Y asimismo, el sacrificio del individuo inocente en función de la necesidad social que genere mayor nivel de felicidad; y (c) La problemática de los límites que llevan a una mayor utilidad o felicidad⁶⁶, discutiéndose si debemos buscar la maximización promedio o la felicidad total, y qué cuotas de utilidad, y de quienes, deben ser contabilizadas para dicho fin⁶⁷.

⁶⁴ Con todo, Bentham establece un mecanismo de medición de estados subjetivos, basado en una serie de parámetros (la intensidad; la duración; la certeza o incertidumbre, y la proximidad o lejanía). Al respecto, los números que representan la intensidad y la duración deben ser números enteros, y los que representan la certeza y la proximidad deben ser fracciones. Los números que representan la intensidad y la duración deben ser multiplicados entre sí. A su vez, los números que representan la certeza y la proximidad deben ser multiplicado entre sí, por último, los números obtenidos de las anteriores operaciones deben multiplicarse entre sí. “Así el valor positivo de una acción a es fruto de la multiplicación de la magnitud de placer que a causa (la intensidad por la duración) por la probabilidad de que a ocurra (la certeza por la proximidad), que puede ser representado por el siguiente algoritmo (en donde Vp: valor positivo; ap: consecuencias placenteras de a; ei, d, c, p son intensidad, duración certeza y proximidad respectivamente: $V_p(a) = \{i(ap) \times d(ap)\} \times \{c(ap) \times p(ap)\}$ ” MORESO, José Juan. Ob. Cit. 303-304p.

⁶⁵ Efectivamente para Bentham en la medida que la ejecución de determinados actos generaban la misma satisfacción ambas eran igualmente buenas o correctas, no importando, la trascendencia de las actividades (así podría ser idéntico para los fines de su calificación, ayudar a los pobres, y practicar un deporte). En este sentido, la lógica utilitarista podría catalogarse como utilitarismo hedonista, esto es, aquél sistema en donde se juzga la corrección o incorrección de una acción únicamente por la agradabilidad o desagradabilidad de las consecuencias de la acción. Lo anterior, determinaría que las experiencias de placer y de dolor son, esencialmente, subjetivas y sin posibilidad de distinguir placeres, a priori, más deseables o valiosos que otros. En contra de esta posición, se pronuncia en el marco del utilitarismo, John Stuart Mill, ver: MILL, John Stuart. Utilitarismo. Alianza Editoria, 2002. 46-48p.

Por otro lado, la crítica que se estudia, puede ser reconducida no a una posición que tienda a controvertir el hedonismo del utilitarismo, sino que, tienda a confrontar la búsqueda de la utilidad con los requerimientos de justicia. Al respecto, Bentham expresa que las justificaciones basadas en criterios de justicia aluden a entidades fabulosas, que al igual que todas las éticas deontológicas, una vez despojadas de sus asunciones ontológicas falsas, simplemente expresan sentimientos de quienes las emiten. En este sentido, la posibilidad de castigo del inocente, justificado por la felicidad de la mayoría (ejemplo del inocente castigado para evitar una revuelta popular), es criticado por lo no utilitaristas, por la injusticia que significaría castigar a un hombre inocente, sin embargo, no se cuestiona, el supuesto contrario, en donde podría dañarse a muchos inocentes (si es que la revuelta no es detenida). Cualquiera sea la posición al respecto, esto es, entre preferir principios de utilidad o de justicia, la opción por ninguna de ellas es susceptible de ser justificada racionalmente MORESO, José Juan. Ob. Cit. 313-317p.

⁶⁶ A este respecto, Bentham incluiría en el cálculo de la felicidad, incluso a los animales, ver: BENTHAM, Jeremy. An Introduction...cit.282p.

⁶⁷ Para mayor desarrollo del tema ver: ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. México DF, Fondo de Cultura Económica. México, 1994.28-31p

Con todo, se verá posteriormente, que el criterio Kaldor-Hicks no cumpliría todos los supuestos de dicha filosofía, que se fundamenta en cuatro suposiciones: (a) El principio del bienestar: Según el cual, el bien común, se determina según el provecho o utilidad que obtengan los miembros de una sociedad; (b) Cardinalismo: La utilidad de cada sujeto se representa en un número cardinal; (c) Comparación interpersonal de utilidad: Es posible comparar mutuamente las utilidades de dos personas, y (d) Criterio de Pareto superior: En base al cual es preferible la situación social X a la Y, cuando a lo menos, en la primera, alguien consigue mayor utilidad que en la segunda, y todo el resto de los individuos, mantienen constantes sus niveles de utilidad. Faltando, en lo que se refiere al criterio Kaldor-Hicks, el último de ellos.

En efecto, el criterio Kaldor-Hicks, no cumple con el test de superioridad de Pareto, toda vez que, al suponer perdedores y ganadores, no puede al mismo tiempo, entender, que los perdedores, aceptarán un movimiento hacia el estado que genera su nueva condición de perjudicados, y por lo tanto, la ventaja y mayor provecho de los ganadores, no dará lugar a un estado social, en donde todos prefieran dicha situación, o bien se muestren indiferentes a su existencia. Se debe contar con que los perdedores no manifestarán su aprobación, máxime si no resultan efectivamente compensador por sus pérdidas.

Ahora bien, el problema del criterio Kaldor-Hicks, sobre la base de entender que la utilidad de cada sujeto es susceptible de ser representada mediante un número cardinal (cardinalismo), se encuentra afecto a la paradoja de Scitovsky⁶⁸, que supone una inconsistencia lógica del mencionado criterio, toda vez que dos situaciones sociales (X e Y), pueden paralelamente cumplir con una eficiencia según Kaldor-Hicks. Por lo mismo, no existiría transitividad alguna, ya que, tanto X es más eficiente que Y, como, asimismo puede ser, que Y sea más eficiente que X, en ambos casos, según Kaldor Hicks. En

⁶⁸ SCITOVISKY. A note on Welfare Propositions in Economics. Review of Economics Studies. Tomo: 9: 77 y ss. 1941.

efecto, si efectuamos un juego, en donde se distribuyen 8 porciones totales de dos bienes (manzanas, o: “m”, y, peras, o: “p”), entre dos personas (A, y B), y ordenamos, en cuatro puestos, la satisfacción que genera la posesión de determinadas proporciones de dichos bienes para ambas personas, tendríamos lo siguiente:

Máxima satisfacción (1° puesto)

Segunda máxima satisfacción (2° puesto)

Tercera máxima satisfacción (3° puesto)

Nula satisfacción (4° puesto)

Para la persona A:

Niveles de satisfacción	Porción de manzana	Porción de peras
Máxima Satisfacción	2	2
Segunda máxima satisfacción	6	0
Tercera máxima satisfacción	4	0
Nula satisfacción	2	0

Para la persona B:

Niveles de satisfacción	Porción de manzana	Porción de peras
Máxima	2	2

Satisfacción		
Segunda máxima satisfacción	0	6
Tercera máxima satisfacción	0	4
Nula satisfacción	0	2

Ahora bien, si las situaciones sociales, X e Y son las siguientes, a saber:

Situación Social X

	Manzanas	Peras
A	6	0
B	0	2

Situación Social Y

	Manzanas	Peras
A	2	0
B	0	6

Pues bien, ambas situaciones sociales son eficientes simultáneamente según Kaldor-Hicks, por lo siguiente, a saber:

- a) La situación X es eficiente según Kaldor Hicks, a la situación Y, porque, si A mejora su posición desde una posición de nula satisfacción a una de segunda máxima satisfacción, podría incluso, renunciar a dos unidades de manzanas, y con ella, B, mejoraría su posición a una situación de máxima satisfacción (2 manzanas y 2 peras), y A, seguiría estando mejor que en Y, al encontrarse, incluso con dicha renuncia, en una situación de tercera máxima satisfacción (superior a la nula satisfacción que tenía en la situación social Y),
- b) Por su parte, también Y es eficiente según Kaldor-Hicks, a la situación X, porque, B en la situación Y se encuentra en una situación de segunda máxima satisfacción frente a una nula satisfacción que logra en la situación social X. Ahora bien, si renuncia, a dos unidades de peras en beneficio de A, de todas

maneras, existe eficiencia Kaldor-Hicks, de la situación social Y a la X, porque A llegaría a estado de máxima satisfacción, frente a la segunda máxima satisfacción que logra en X, y B, por su parte, incluso con la renuncia, logra una tercera mayor satisfacción, superior al nulo provecho que obtiene en la situación X.

Dicha intransitividad y paradoja del criterio Kaldor-Hicks, impide una elección que suponga una debida asignación de derechos, en el marco de la perspectiva normativa del análisis económico del derecho, porque, al encontrarse, ambas situaciones sociales, en situaciones de eficiencia según el mismo parámetro, resulta difícil poder vislumbrar, cuál propende a la reducción del costo mayor.

Ahora bien, según Schafer y Ott⁶⁹, la mencionada paradoja, no afecta la validez, del test, sin embargo, sirve para restringir su aplicabilidad social, a ciertas condiciones generales, que son:

- a. El campo de aplicación del criterio Kaldor-Hicks, resulta limitado, en primer lugar, por las prohibiciones de valoración: En efecto, como se ha señalado anteriormente, las distintas teorías de elección social, deben elegir entre opciones, que llevan implícitos criterios de decisión que se traducen en dar primacía a ciertos conceptos que resultan difícil de ser adoptados unánimemente. Si ello es así, entonces, habrá contradictores al criterio de decisión, y con ello, la imposición del mismo, significará un acto de coacción sobre la base de la consideración individual del ente adjudicador con prescindencia del interés del afectado, quien al no compartir la legitimidad del criterio, está siendo afectado, por una valoración de un tercero, sobre la

⁶⁹ SCHAFFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit. 52-54p.

procedencia y legitimidad del criterio aplicado. Pues bien, cuando se trata de adjudicar derechos que resultan ser idénticos para cada miembro de la sociedad, y el mismo debe ser ejercido con prescindencia a la capacidad de cada sujeto, no existe valoración susceptible de justificar una imposición que signifique afectar dicho derecho, por lo que, el criterio Kaldor-Hicks a dicho efecto, resulta improcedente, porque, en aras a la eficiencia, no resulta justificable, privar a un sujeto de su integridad física, en beneficio de la mayor utilidad que ello generará en el resto de la sociedad, sobre el entendido que dicha privación produce más utilidad que el dolor del sacrificado.

- b. Su aplicación también es problemática, cuando permitiéndose una valoración, el hipotético importe ofrecido no representa un indicador para modificaciones individuales de utilidad, lo que resulta probable, si: (b.1) Tanto el círculo de los favorecidos es grande, y sus ganancias, pequeñas, como si el círculo de los perjudicados es pequeño, y sus pérdidas grandes, en cuyo caso, debería existir una indemnización parcial y real a favor de los grupos desfavorecidos, toda vez que la utilidad no constituye una regla de baremo suficiente para justificar una determinada decisión, si es el caso que al no poder efectuar una comparación interpersonal de utilidades, no resulta probable medir las pérdidas de utilidad de los grupos perjudicados, lo que solamente sería factible, cuando se pueda equiparar de una manera sencilla, el valor de una unidad monetaria con una unidad de utilidad, lo que sucedería (con más probabilidad), cuando no exista gran diferencia entre perjudicados y beneficiados y (b.2) Si se deteriora una distribución de rentas existentes, y
- c. En ambos casos, puede justificarse, si resulta seguro que, sumando varias decisiones, el efecto de difusión generará ventajas para todos, incluso cuando en un determinado caso alguien sufriera pérdidas. En

efecto, según ha acreditado Von Weizsacker, citado por Schafer y Ott, aplicando por largo tiempo el criterio de Kaldor-Hicks, se podría lograr un estado de indemnización o compensación general, en su aplicación a un conjunto de situaciones sociales, no obstante que existan aplicaciones en donde se produzcan y generen perjudicados⁷⁰. El efecto de difusión derivado de masificar la aplicación del criterio, transformará las indemnizaciones potenciales en compensación reales, las que no siendo totales, por lo menos, lleven y produzcan ventajas para todos.

Con posterioridad, Richard Posner, reformuló los criterios de eficiencia que se han descrito (Pareto y Kaldor Hicks), en su libro *Análisis Económico del Derecho* publicado, en su primera edición en 1973⁷¹. En primer lugar, aceptando el hecho que no existe estado mejor que aquellos descritos en situaciones de óptimo de Pareto, critica el criterio de superioridad de Pareto, sobre la base de que no es posible desprender de dicho concepto, una situación de óptimo según Pareto, ni tampoco es posible inferir un incremento en la utilidad, que pueda justificar alguna indemnización, siquiera potencial, a favor de los perjudicados, por lo que tampoco, satisface el baremo Kaldor-Hicks⁷².

Adicionalmente, reemplaza el criterio de Kaldor-Hicks, en cuanto a que éste último *test*, no puede servir como índice de utilidad, precisamente porque se encuentra

⁷⁰ C. VON WEIZSACKER. *Effizienz und Gerechtigkeit. Diskussionsbeiträge des Volkswirtschaftlichen Instituts der Universität Bern*. N ° 9; 8 y ss. 1983. CITADO por: SCHAFFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit. 47-48p.

⁷¹ POSNER, Richard. Ob. Cit. 11 y ss.

⁷² En este sentido, Roemer, cuando expresa: “Apoyándose en la esencia de la idea de compensación potencial de Kaldor-Hicks, Posner analiza el derecho desde el concepto de eficiencia. Sin embargo, al abandonar el criterio de superioridad de Pareto, socava cualquier posibilidad de recurrir en el análisis económico a una fundamentación utilitarista. Mientras se desprende de los hechos que P es superior en términos de Pareto a Q, que P incrementa la utilidad respecto a Q, no se desprende de los hechos que P es óptimo según Pareto y que implique un incremento en la utilidad total sobre el anterior estado de cosas con el que bien puede no ser comparable en términos de Pareto; ni tampoco podemos inferir de la satisfacción del criterio Kaldor-Hicks que haya habido un incremento de utilidad” ROEMER, Andres. Ob. Cit. 28p.

afecto a la paradoja de Scitovsky, ya que al ser intransitivo, no es posible identificar el estado social (X o Y) que contenga más utilidad total. Asimismo, siendo al mismo tiempo, eficientes distintos estados sociales, no es posible efectuar un análisis según el mismo criterio Kaldor-Hicks.

En este sentido, manifiesto mi crítica a lo expuesto por Andrés Roemer, quien señalando lo mismo que aquello que se encuentra expuesto en el párrafo anterior, marca la diferencia de los criterios que se estudia, en el hecho de que el principio de Posner no sería igual a lo expuesto por Kaldor-Hicks, en lo que se refiere a la superioridad de Pareto. Lo anterior, resulta falso porque como hemos visto, Kaldor-Hicks, deja de lado dicha superioridad Paretiana, al suponer la existencia de ganadores y perdedores, y consecuentemente, la valoración interpersonal de utilidades. La razón de la diferencia entre Posner y Kaldor-Hicks, no se encuentra en la diferenciación sobre la superioridad de Pareto, sino que, en la búsqueda que hace Posner para evitar dicha comparación, sobre bases críticas al utilitarismo, como fundamento ético de su formulación.

En efecto, Posner, en primer lugar, y en la segunda edición de su libro en 1977, expresa su concepto de eficiencia, denominado: “De maximización de la riqueza”, el que pretende evitar los ya expresados problemas del utilitarismo, referidos a la, comparación interpersonal de utilidades y los límites de la utilidad como criterio de elección social, sobre la base de establecer que su principio busca la eficiencia, estructurado sobre la predisposición a pagar por los derechos, que tienen las personas en el mercado. La riqueza, de esta forma, sería el valor de todo lo que existe en una sociedad expresado en dólares o en moneda equivalente. Y se mide, por lo que la gente se encuentra dispuesta a pagar por ello, o bien, por lo que solicitaría para desprenderse de lo que poseen⁷³. En este sentido, los derechos se desplazarían a quienes les otorguen

⁷³ POSNER, Richard. Some uses and Abuses of Economics in Law. The University of Chicago Law Review. Vol. 46. N° 2:119 y ss.

mayor valor, ya que ellos, estarían dispuestos a desembolsar mayores recursos en su consecución.

Con dicho principio, Posner evita la comparación interpersonal de intereses, porque el valor de los dólares, resulta susceptible de comparación, a diferencia de lo que ocurre, con la utilidad, que es valuada por cada persona. Asimismo, fija límites al objeto de la maximización, ya que solamente sería susceptible de dicho fin, aquello que tiene presencia en el mercado.

Paralelamente y en segundo lugar, critica las bases del utilitarismo⁷⁴, expresando que la búsqueda de la maximización total de la felicidad o de la satisfacción en el universo, supone dejar a grupos de personas en la miseria, por lo que es necesario, encontrar un nuevo fundamento ético a la eficiencia, más allá de generar la mayor cantidad de utilidad posible.

Con lo expresado, Posner, pretende justificar su principio, en la autonomía de las personas, en cuanto ellas unánime y libremente adherirán a un criterio de elección social que incremente o maximice la riqueza. Ahora bien, sobre dichas bases, expresa que el consentimiento, daría lugar a una compensación *ex ante*, ya que los individuos convendrían en la maximización de la riqueza para establecer las reglas de adjudicación. La explicación, además de filosófica, sería económica, ya que, dicha forma de compensación sería menos costosa, ya que existen menores costos asociados e iniciales, que en aquellos sistemas en donde la compensación existe y es *ex post*

El criterio de Posner, ha sido, con todo, objetado brillantemente por Jules Coleman, quien reseñando la obra *Fairness versus Welfare*, escrita por Louis Kaplow y Steven Shavell, y en un artículo denominado: *The Grounds of Welfare*, publicado

⁷⁴ Ver: POSNER, Richard. The Ethical and Political Basis of Efficiency Norm in Common Law Adjudication. Hofstra Law Review, Vol 8, N° 2: 487-507p. 1980

también, en la Revista de Derecho de la Universidad de Yale, expresa que el fundamento de eficiencia de Posner, en realidad invoca el criterio de Kaldor-Hicks, y no el óptimo de Pareto, y que en base a lo anterior, todo su esfuerzo por crear una nueva fundamentación ética a la eficiencia, distinta del utilitarismo, fracasa rotundamente, ya que, no es posible en ésta filosofía explicar y justificar los cambios de utilidad, al no ser factible la comparación interpersonal de ellos, y consecuentemente, al existir perdedores, no puede ser base de su principio, la autonomía personal para consentir, ya que ello resulta imposible de defender. En este sentido, Coleman expresa que:

“A pesar de las bienvenidas que recibió, el argumento de Posner, generó un grupo de respuestas críticas, incluyendo la mía. En primer lugar, muy pocos análisis sobre la eficiencia del Derecho, invocan los criterios de Pareto. La mayor parte de los análisis respecto de la eficiencia descansan más bien en el criterio de Kaldor-Hicks (...) Los estados de cosas son eficientes respecto de otros en el sentido de Kaldor-Hicks si y sólo si pudieran ser Pareto-superiores en caso de exigirse que las compensaciones fueran efectivamente pagadas. Desde luego, la compensación no es efectivamente pagada, por lo que, de hecho, tales estados no son Pareto-superiores (...) El hecho es que, a diferencia del criterio de Pareto, el criterio de Kaldor-Hicks sí permite la existencia de ganadores y perdedores. Y si las preocupaciones acerca de las comparaciones interpersonales son legítimas, el criterio de Kaldor-Hicks no las soluciona sino que las reintroduce. Estas preocupaciones se exageran por el hecho de que el criterio Kaldor-Hicks, sufre del problema de la paradoja de Scitovsky. Scitovsky, demostró que dos estados de cosas pueden ser eficientes en el sentido Kaldor-Hicks el uno respecto del otro. Esto significa que el criterio Kaldor-Hicks no es siquiera una relación de orden transitivo de tipo débil. Dado que el criterio Kaldor-Hicks no cumple con el requisito de la transitividad no resulta posible inferir del hecho que S sea eficiente respecto de A en el sentido de Kaldor Hicks que efectivamente S tenga más utilidad que A. Y si el criterio de Kaldor-Hicks no puede ser defendido sobre

bases utilitaristas, ciertamente tampoco puede serlo sobre bases kantianas. En vista que sí hay perdedores en los estados de cosas eficientes en el sentido Kaldor-Hicks, no es posible inferir que ellos habrían consentido en ser perdedores”⁷⁵

Más allá de la lógica y documentada construcción crítica de Coleman a Posner, resulta no completamente claro, el argumento tendiente a desacreditar la base Paretiana del principio de la maximización de la riqueza. Ya que no tendríamos porqué suponer que Posner, fundamenta en el óptimo de Pareto, su especial definición de eficiencia, con miras a sortear las dificultades que han sido reconocidas al criterio Kaldor-Hicks. En este sentido, no siendo comprobable la primera crítica a Posner, la argumentación de Coleman, tiende mejor a ser una oposición a Kaldor-Hicks, más que un ataque directo al principio expuesto por Posner.

§. 4 El Análisis Económico del Derecho y su mirada consecuencialista-normativa en Chile

En la presente sección abordaremos un problema cuyas manifestaciones ya han sido tratados tangencialmente a lo largo de este primer capítulo. Incluso, el planteamiento de dicha problemática, se encuentra implícito en la formulación del rol del análisis económico del derecho en sistemas jurídicos diversos de aquellos en los cuales ha surgido.

En efecto, como hemos visto en el primer acápite, en las últimas décadas, juristas y economistas norteamericanos han aplicado la filosofía moral y la economía al estudio del Derecho, en relación a instituciones jurídicas particulares. Dicho ejercicio intelectual, se ha producido en el marco del derecho consuetudinario del *Common Law*, que ha sido definido como el sistema de jurisprudencia que se desarrolló en Inglaterra,

⁷⁵ COLEMAN, Jules. Ob. Cit. 1517-1518p.

siendo posteriormente trasladado a los Estados Unidos, y que se basa en los precedentes judiciales.

En dicha cultura jurídica, el papel de los jueces es creador de derecho. En tal sentido, Cooter y Ulen, lo explican de la siguiente manera:

“De acuerdo con una tradición de la teoría legal, los tribunales del rey de Inglaterra debían examinar la vida de la comunidad y “descubrir” la ley que ya existía, debían escoger entre las normas sociales y aplicar algunas de ellas. Estas normas sociales aplicables eran supuestamente las “leyes de la naturaleza”, prescritas por la razón y la necesidad” “El hecho de que un tribunal del rey de Inglaterra descubriera una regla de derecho creaba un precedente que se esperaba siguieran los tribunales del futuro. El precedente se seguía de manera flexible, no automática, de modo que el derecho cambiaba gradualmente. A lo largo de muchos años, los tribunales del rey “descubrieron” muchas leyes importantes, sobre todo en las áreas de los delitos, la propiedad, los contratos y los accidentes (torts, culposos). Estos descubrimientos se llaman “derecho común” porque supuestamente se basan en las prácticas comunes del pueblo. Éste todavía se aplica en los países angloparlantes, excepto cuando lo sustituye la legislación”⁷⁶

En el contexto del *common law*, adicionalmente, existe la pretensión de que el precedente tiene propiedades economizadoras, en cuanto a tender, por su configuración, a mayores niveles de eficiencia⁷⁷. Dichas cualidades del precedente, se manifiestan en dos circunstancias, a saber: (a) La depreciación rápida de las leyes ineficientes, y (b) La reducción de los costos del litigio y del sistema procesal.

⁷⁶ COOTER, Robert, y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 84p.

⁷⁷ Una posición contraria, manifiesta Jeremy Bentham, quien proponía la codificación del Derecho porque a su juicio, en el ámbito del Common Law, los jueces actuaban con plena discrecionalidad en una situación de mínima claridad, y de total incertidumbre, lo que en sus palabras, constituía: “una tiranía de los pocos (los jueces) sobre la mayoría. Por el contrario, de acuerdo a Posner un mínimo de reglamentación legislativa es necesaria para garantizar la economía del mercado, y por tanto, el sistema de Derecho judicial tiende hacia la maximización del bienestar.

En efecto, respecto de la depreciación de las leyes ineficientes, el sistema consuetudinario, tendría una tendencia natural hacia la selección de reglas eficientes, toda vez que ellas son menos susceptibles de impugnación en juicio, y por lo tanto, mayor es la posibilidad de cambio desde una regla ineficiente hacia una regla eficiente. En este sentido, existen incentivos para dicha impugnación, porque al ser alta las probabilidades de sustitución de la regla, los beneficios de entrada al juicio, respecto del arreglo, son también mayores. Por el contrario, cuando se producen reglas eficientes, será menos probable que los nuevos antecedentes sean litigados en casos sucesivos. De esta manera, en razón de la mayor litigación de normas ineficientes, el sistema tenderá necesariamente hacia la eficiencia, incluso frente a la decisión aleatoria del juez, sobre la preeminencia de alguno de los componentes de dicho binomio⁷⁸.

Con todo, como señalan Cooter y Ulen, si bien es cierto, que existe la inclinación a cuestionar las leyes ineficientes, el mayor valor que se logra, puede ser contrarrestado, por el mayor incentivo, que pueden tener los litigantes, en cuanto a esperar mayores ganancias de la redistribución de un juicio exitoso, respecto del beneficio a obtener en razón de la eliminación de una regla ineficiente⁷⁹.

Adicionalmente, según explica Posner, el sistema del *common law*, tendería a la eficiencia, porque el derecho legislado o estatutario estaría sujeto a influencias de grupos de interés que no son posibles de ser realizadas en el caso de un juez. Sin embargo, Arthur Leff, ha señalado que el juez en el sistema anglosajón se encuentra afecto a otra clase de presiones que pueden hacer más sensible su decisión, hacia criterios

⁷⁸ Ver: GOULD, John. The Economics of the Legal Conflicts. Journal of Legal Studies. Vol: 2. 1973, y ROEMER, Andres. Ob. Cit. 90p.

⁷⁹ COOTER, Robert, Y ULEN, Alan. Ob. Cit. 496p.

distributivos más que hacia la eficiencia, por lo que el presupuesto que supone Posner, no resulta convincente⁸⁰.

En segundo lugar, el sistema del *common law* tendería a la reducción de los costos del litigio, toda vez que, el precedente permite a las partes de un caso, y al juez, usar la información generada en procesos anteriores. Como señala Posner:

“Si en 20 casos se ha afirmado que se requiere como precaución (justificada por el costo) una señal eléctrica en un atestado cruce ferroviario, la ganancia marginal de conocimientos sobre los costos y valores pertinentes derivada del gasto de un juicio en el vigesimoprimer caso podría ser menor que el gasto. Surge una regla de derecho común cuando sus premisas objetivas han sido validadas de tal modo por repetidas pruebas en los litigios que los gastos adicionales en pruebas y argumentaciones superarían el valor del conocimiento adicional producido”⁸¹

La duda, entonces, surge: ¿Es posible aplicar el análisis económico del derecho, en países que no forman parte de la cultura del *Common Law*?, ¿Es posible el Análisis Económico en los órdenes romanistas?

Dicha pregunta resulta completamente válida, porque en la mayoría de los Estados de Europa (con exclusión de Inglaterra) y de América Latina, se ha desarrollado, con prescindencia de la eficiencia, desde hace siglos una doctrina jurídica iusprivatista, que pretendió de sus orígenes, explicar y sistematizar las reglas del Derecho Romano. Dicha tarea, culminó con el proceso de codificación durante los siglos XVIII y XIX. La dogmática jurídica desarrollada a partir de dicho proceso de sofisticación teórica,

⁸⁰ LEFF, Arttur. Economics Análisis of Law: Some Realism about Nominalism. Virginia Law Review. Vol: 60, 1974

⁸¹ POSNER, Richard. Ob. Cit. 514p.

entiende que el Derecho es un sistema coactivo de la conducta humana, conformado por un conjunto o sistema de normas que reúnen las características de complitud, y coherencia. La tarea del juez, en dicho contexto, es la de exponer el sentido de las normas, por medio de su interpretación y aplicación al caso concreto.

Ahora bien, a fin de plantear debidamente la discusión, debemos señalar que la pregunta antes señalada, debe ser reformulada, agregando un adicional, referente a la faz normativa del análisis económico del derecho, que pretende la utilización de herramientas metodológicas económicas con miras a evaluar las consecuencias de las decisiones judiciales. El juez, entonces (de acuerdo a la perspectiva normativa del análisis económico del derecho), debe tomar en cuenta y valorar, las consecuencias que sus decisiones van a generar en el futuro, en otros casos similares. El Derecho es visto como un sistema de incentivos, y las adjudicaciones de derechos que realiza un juez, influyen, como precios implícitos, en las conductas de los sujetos a fin de realizar o no la acción objeto de dicha decisión. Como señala Veljjanovski:

“El economista, por su parte, no centra demasiado su atención en el efecto de la decisión sobre el bienestar de las partes en un conflicto, sino en las repercusiones más generales del derecho sobre todos los litigantes y potenciales individuos que probablemente puedan encontrarse en circunstancias similares”⁸²

En este sentido se pronuncia, Ronald Coase, cuando concluye que:

“En tales casos, la justicia influye directamente en la actividad económica. Parecería entonces deseable que las cortes comprendieran las consecuencias económicas de sus decisiones y pudieran, en la medida en que esto sea posible, sin crear demasiada incertidumbre acerca de la tesis de la ley en sí misma, tomar en cuenta estas consecuencias cuando adoptan sus decisiones. Aun cuando sea posible cambiar la delimitación legal de los derechos a través de las

⁸² VELJANOVSKI, Cento. Ob. Cit. 57p.

transacciones de mercado, es obviamente deseable reducir las necesidades de tales transacciones y reducir así el empleo de recursos para llevarlas a cabo”⁸³

La pregunta, entonces, debe ser formulada como sigue: ¿Puede un juez en un sistema del *civil law* efectuar un análisis de las consecuencias de su fallo? ¿Es posible que el juez proceda aplicando en un caso concreto, la faz normativa del análisis económico del derecho?

Si un juez en el sistema continental de base romanista, tiene la posibilidad de optar por la eficiencia, al valorar las consecuencias alternativas que puede generar su decisión, entonces, tendría el ámbito de competencia suficiente, para poder aplicar, en su tarea de resolución de escenarios de elección social, la perspectiva normativa del *law and economics*.

Según Bentham, el juez se debe comportar como un utilitarista de la regla, en virtud del cual, debe aplicar las leyes maximizadoras de bienestar emitidas por un legislador utilitario, aunque en un caso concreto, ello signifique no incrementar ni maximizar la felicidad, ello porque de acuerdo a la máxima de Bentham el juez siempre debe aplicar las leyes emitidas por el legislador⁸⁴. Desde este punto vista, e impidiendo que la judicatura se comporte como un utilitarista del acto, Bentham estaría cerrando la puerta a una aplicación inmediata de criterios de eficiencia donde el legislador no lo haya contemplado, o bien, en donde a diferencia del *common law*, sea posible que la decisión judicial modifique una doctrina, en búsqueda de la aplicación de dicha eficiencia, ello emanaría de la función: “*sistive*” que Bentham atribuye a los jueces⁸⁵.

⁸³ COASE, Ronald. Ob. Cit. 102p.

⁸⁴ Así lo sostiene, José Juan Moreso: “A mi juicio, según Bentham, el juez siempre debe aplicar el Derecho sustantivo y su nivel de discrecionalidad debe ser reducido al mínimo” MORESO, José Juan. Ob. Cit. 360p.

⁸⁵ Una posición contraria, sostiene POSTEMA, Gerald. Bentham and the Common Law Tradition. Oxford, Clarendon Press, 1986. 430p.

Frente a dicha problemática, José Ramón Cossio, ha identificado tres posiciones dogmáticas⁸⁶, a saber:

- a) Indiferencia: Que importa no enfrentar la dificultad planteada, pasando derechamente a la aplicación del análisis económico del derecho, sobre la base de que el enfoque económico, está basado en una idea básica que resulta replicable sin mayores problemas al sistema jurídico. En este sentido, se pronuncia Santos Pastor, quien indica que: “Prácticamente todas las disciplinas y áreas del ordenamiento jurídico y todos los aspectos fundamentales del funcionamiento de los agentes del sistema jurídico (jueces, inspectores, etc), pueden ser, han sido y están siendo examinados desde este enfoque”⁸⁷. Ahora bien, dicha posición no ahonda mayormente en el problema, ni discrimina acerca de la plausibilidad de aplicación del análisis económico del derecho, en uno y otro sistema jurídico, por lo que, no otorga elementos de juicio suficiente para poder clarificar debidamente la dificultad planteada.
- b) Objeciones de naturaleza cultural: En este sentido, es posible de señalar diferentes consideraciones que harían difícil la recepción del análisis económico del derecho en sistemas jurídicos romanistas. En un primer lugar, en el *common law* los juristas y jueces se guían a partir de resoluciones establecidas por ellos mismos, lo que provoca que otros jueces puedan considerar gran parte de los elementos que otro juez estimó al decidir, llevando a cabo las distinciones que estime pertinentes a efectos de poder resolver el caso al que se enfrenta⁸⁸. Dicha libertad en cuanto a la conducta jurídica del sujeto protagonista de la decisión, no sería posible en el sistema continental.

En segundo lugar, Roberto Pardolesi elabora otra hipótesis cultural que impediría la intromisión del análisis económico del derecho, la que vendría dada por la

⁸⁶ COSSIO Díaz, José Ramón. Ob. Cit. 263-272p, y 309-321p.

⁸⁷ PASTOR, Santos. Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho, Madrid, Editorial Tecnos, 1989. 32p

⁸⁸ COSSIO Díaz, José Ramón. Ob. Cit. 265-266p.

fuerza que tiene la dogmática jurídica en el sistema continental, lo que constituiría una traba a la extrapolación que se viene discutiendo. Todo lo anterior, sería más plausible en el sistema anglosajón, por la crítica del realismo jurídico a la dogmática, por lo que, el análisis económico del derecho, vino a llenar un vacío metodológico que no existe en el sistema romanista⁸⁹. Similares consideraciones, son expuestas por Kirchner⁹⁰, quien expresa que en Alemania, la economía del Derecho, no ha tenido mayor recepción, debido a que los argumentos legales tradicionales continúan teniendo gran influencia, existiendo, paralelamente, grandes dificultades para integrar enfoques científicos sociales al razonamiento jurídico, sobre la base de que la legitimidad de la decisión proviene de la adecuada concreción del caso a las normas generales producidas por los órganos legislativos.

- c) Objeciones en diferencias jurisprudenciales: Ella se basa en las diferentes maneras de identificar y estudiar el Derecho, entre los sistemas del *civil law* y la tradición del análisis económico del derecho. En este sentido, Pacheco Mercado⁹¹, señala que en el sistema del *common law* la solución de los conflictos jurídicos ha dado paso a una visión pragmática del derecho, propia de la moral irracionalista de Maffetone, que resulta contraria a la visión estructural neokelsiana, que le asigna al pensamiento jurídico romanista, y que permite comprender las normas en base a un gran número de elementos sociales.

Concluye, expresando que la manera de concebir, estudiar y enseñar el derecho en el sistema continental hace imposible la aplicación del análisis económico del derecho en órdenes romanistas. Expresa a continuación, sus razones:

⁸⁹ PARDOLESI, Roberto. Un moderno minotauro: Law and Economics. Ragioni del diritto e ragioni dell'economia. Milán. 231-232p. 1990

⁹⁰ Citado por: COSSIO Díaz, José Ramón. Ob. Cit. 266-267p.

⁹¹ MERCADO, Pacheco. El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica. Madrid, Editorial CEC, 1985. 170 a 171p.

“Primero, el conocimiento y operación del derecho depende del modo como se encuentra formado, por ordenamientos compuestos por normas generales y abstractas, en las cuales se ha determinado las relaciones del derecho con la realidad, y a partir de las cuales deben llevarse a cabo las individualizaciones para crear el resto de las normas; segundo, dada esta realidad, el conocimiento del derecho se ha concebido como la explicación de los sentidos de las normas desde definiciones generales sistematizadoras de un conjunto de normas relacionadas entre sí; tercero, la explicación conceptual ha hecho prácticamente irrelevante el estudio sistemático y la enseñanza del derecho desde la realidad jurídica, esto es, de las resoluciones judiciales, de la práctica judicial, etc; cuarto, la creencia de que el conocimiento del derecho puede darse a través del conocimiento grandes conceptos ha provocado la imagen de un derecho estable, acabado y sin contradicciones; quinto, esta imagen hace prácticamente innecesario cualquier intento por concebir el derecho de manera funcional y, por ende, utilizarlo para enfrentar la realidad o tratar de mejorarla; sexto, dado que la concepción del derecho se agota en la formulación de conceptos, y mediante ésta se lleva a cabo la formación profesional del abogado, resulta que la práctica profesional o sigue ese tipo de formación (...) o se aparta de ella y no recibe una adecuada explicación teórica de su propio quehacer (...); séptimo, el actuar en los términos conceptuales apuntados, los órganos jurisdiccionales encargados de definir en última instancia los contenidos del derecho no realizan una actividad generadora de interpretaciones instrumentales, por lo que a la ciencia jurídica no le es necesario llevar a cabo ese tipo de interpretaciones al momento de explicar el contenido de las decisiones judiciales, y octavo, el hecho de que la formación y publicidad de las consideraciones que sustentan los tribunales de circuito y la Corte Suprema de Justicia, se lleven a cabo a través de normas generales de carácter jurisprudencial, propicia que el conocimiento de las interpretaciones judiciales reproduzca el modelo generalizador y abstracto mediante el cual se explican las normas generales, y que la falta de publicación de los hechos que

motivan el fallo dentro de la propia jurisprudencia acreciente la dificultad de considerar al derecho instrumentalmente”⁹²

En consecuencia, para poder posibilitar la aplicación del análisis económico del derecho en países con tradición romanista, sería necesario introducir nuevas técnicas para la identificación, sistematización y explicación del Derecho, y mientras ello no ocurra, cualquier aplicación normativa del análisis económico del derecho, se enfrentaría a las objeciones señaladas anteriormente.

En una posición algo más optimista se manifiesta, el autor argentino Horacio Spector⁹³, quien asumiendo que las sentencias dictadas en el sistema de derecho civil están basadas en normas definidas por sus atributos formales, antes que por consideraciones económicas, políticas, institucionales o sociales, es posible aceptar un razonamiento consecuencialista del tipo económico, en aquellos casos en donde no sea posible una respuesta definitiva a una cuestión jurídica, ya que en dichos supuestos, se debe recurrir a la ficción de un legislador racional, pudiendo allí, y en casos difíciles, aplicar el juez, consideraciones normativas del análisis económico del derecho, valorando la alternativa que conduzca de mejor manera a la eficiencia.

Asimismo, señala la posibilidad de utilizar el análisis económico del derecho, en aquellos casos en donde el codificador, concretizó en normas jurídicas, ideas propias del liberalismo clásico, citando al efecto, artículos del Código Civil argentino, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, tendientes a limitar la existencia de derechos reales⁹⁴, así como, a impedir la descomposición del derecho de propiedad. En dichos ámbitos, y siendo coincidentes, en su opinión, los objetivos generales del *law and economics*, con las materializaciones normativas concretas, se da el espacio para su introducción en sistemas romanistas.

⁹² COSSIO Díaz, José Ramón. Ob. Cit. 319-320p.

⁹³ SPECTOR, Horacio. Ob. Cit. 55-58p.

⁹⁴ Artículos 2502, 2503 y 2613 del Código Civil Argentino.

En este último aspecto, resulta coincidente la opinión de Spector, con la de Santiago Montt⁹⁵, que en nuestro país, ha defendido la aplicación del análisis económico del derecho, criticando las limitaciones a que nos ha llevado la dogmática jurídica, en lo referente al formalismo legal, y al olvido de la investigación de *lege ferenda*, en cuanto a la proposición de nuevas reglas, que podrían estar formuladas con la pretensión de búsqueda de eficiencia. Por lo tanto, existe alguna posibilidad de que el análisis económico del derecho pueda formar parte del estudio crítico de los juristas, sin embargo, nada señala sobre la in/compatibilidad de la faz normativa de dicho análisis con ordenamientos jurídicos romanistas. Al respecto, resulta insuficiente la alegación y reminiscencia histórica, que hace el último autor citado, hacia la posición interdisciplinaria de Andrés Bello, y el Rector Bahamondes en lo referente a los estudios jurídicos, así como, a las ideas de sentido común que sería susceptibles de ser replicadas tanto a la conducta jurídica como a la económica, porque como hemos visto, dicha manera intuitiva de la legislación, de enfrentar casos particulares, representa una aproximación que ninguna relación tiene con el esfuerzo científico del análisis económico del derecho.

La idea común es que los legisladores y codificadores nacionales, inmersos en las ideologías liberales del siglo XIX, plasmaron en los códigos, expresiones jurídicas propias de la Economía del Derecho, y que por lo tanto, existe allí, la posibilidad de intromisión del *law and economics*⁹⁶.

Sin embargo, como hemos indicado anteriormente, el análisis económico del derecho, no surge de los conocimientos y de la metodología del liberalismo clásico, no obstante, poder encontrar allí alguna de las fuentes de su formulación. Las ideas del

⁹⁵ MONTT, Santiago. Ob. Cit. 83-85p.

⁹⁶ En este mismo sentido, Richard Posner, cuando señala: “No sería sorprendente descubrir que muchas doctrinas legales se basan en pasos titubeantes hacia la eficiencia, sobre todo porque muchas doctrinas legales datan del siglo XIX, cuando la ideología del *laissez faire* basada en la economía clásica dominaba entre las clases educadas” POSNER, Richard. Ob. Cit. 29p.

laissez faire, pertenecen a un momento del desarrollo económico anterior a la formulación de los modelos del análisis económico del derecho, que tal como se desarrolló en el acápite primero de este capítulo, encuentra su nacimiento, en la aplicación al Derecho de la teoría económica moderna, representada por la teoría de precios, y por métodos estadísticos y analíticos propios de la microeconomía.

Resulta inoficioso, en consecuencia, pretender hacer aplicable el análisis económico del derecho a países de orientación romanista, sobre el entendido de que los codificadores habrían aceptado las reglas clásicas del liberalismo expresadas por Adam Smith, porque aún cuando ello pudiera ser efectivo, y el interés de los legisladores del siglo XIX, fue propender a la libre circulación de la riqueza, ello no aporta nada, al objetivo de dotar a esas mismas normas jurídicas, de una finalidad de eficiencia, tal como, ha sido conceptualizada actualmente a través de los parámetros o criterios que se han desarrollado en el tercer acápite de este capítulo, y que como hemos visto, fueron desarrollados en la segunda mitad del siglo XX, no siendo siquiera expresados de manera intuitiva por los codificadores europeos continentales y latinoamericanos.

La justificación que se critica, encuentra una objeción aún mayor, si se considera que el sistema *iusprivatista*, estaba imbuido en principios completamente diversos del afán consecuencialista de la perspectiva normativa del Análisis Económico del Derecho. En tal sentido, el juez, como ente adjudicador, era conceptualizado, en el marco de una tradición, proveniente de la Revolución Francesa, como la voz de la ley, encontrando cercenadas cualquiera atribución que pudiera significar valorar diversas reglas y optar por aquella, que tendiera a una mayor eficiencia, y a la reducción de los costos, en el marco de alternativas diversas.

Dicha opción, referida a la posibilidad del juez de tomar una decisión que signifique otorgar incentivos e información a los individuos para que en casos futuros puedan ajustar su conducta a reglas claras y definidas en precedentes asentados en razón

de criterios que incluyan razonamientos económicos, más que centrar su atención a las repercusiones, que puede tener la sentencia, en el bienestar de las partes, resulta completamente alejada de la manera en como Andrés Bello, entendió la labor del juez, en cuanto a la extensión de sus resoluciones por cuanto, el artículo tercero inciso segundo de dicho cuerpo de leyes, establece que:

“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”

Pero no se piense que la opción por cercenar los ámbitos de decisión del juez, e impedir una valoración de las consecuencias de sus resoluciones, constituye la base de una posición dogmática de antaño, ya superada con más de un siglo de desarrollo jurídico, sino que, existe actualmente una fuerte tendencia doctrinal, basada en la consideración del poder judicial como un poder: “nulo e invisible”⁹⁷, que si bien supera la idea básica de que el juez no es un simple esclavo de la ley, de todas formas, insiste en la correcta adecuación del estatuto normativo al caso concreto, lo que impide cualquier alternativa consecuencialista en la formación del Derecho vía judicial. En este sentido, Fernando Atria, señala que:

“La jurisdicción es el poder de aplicar la ley, en un sentido más comprensivo que la idea peyorativa asociada con la “mera” aplicación “mecánica” de la ley. El sentido en que aquí se usa “aplicar la ley” supone atender al caso para hacer una aplicación adecuada de la ley. Pero la adecuación de la aplicación de la ley al caso particular solo puede apreciarse atendiendo a ese caso. Por lo tanto lo que la organización del poder judicial (en el sentido propio, como una abreviatura: la organización del conjunto de jueces) debe lograr es maximizar la capacidad del juez para atender al caso. Pero ¿qué características institucionales afectan la

⁹⁷ Ver: ATRIA, Fernando. Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo. Revista de Estudios de la Justicia, 2005.

capacidad del juez para atender al caso? La respuesta genérica es: impide al juez atender al caso cualquier consideración instrumental del caso que el juez desarrolle. Atender al caso es intentar comprenderlo en sus propios términos, no como un instrumento para algo. Todo lo que haga probable que el juez comience a mirar los casos instrumentalmente es contraindicado. Y como para tener instrumentos es necesario tener finalidades, la primera finalidad de la organización de los tribunales es impedir que ellos desarrollen finalidades propias”⁹⁸

Dicha posición doctrinal, expone una interpretación de la función de la judicatura que resulta altamente verificable en el sistema judicial chileno, y en general, en los sistemas del *civil law*, por lo que, su aceptabilidad, en la práctica, resulta incuestionable. De hecho, Santiago Montt, reconoce dicha situación expresando que:

“Hasta aquí, la dogmática jurídica y más en general el formalismo legal nos han hecho vivir en un mundo abstracto desvinculado de la realidad social y económica que nos rodea. Nos han hecho creer que la investigación en el mundo del Derecho debe reducirse exclusivamente al análisis de *lege data*, esto es, a la sistematización y análisis de las normas positivas vigentes”⁹⁹

A partir de lo anterior, las posibilidades de trasladar el análisis de las consecuencias económicas de la decisión judicial al ámbito nacional resultan escasas. Dicha probabilidad sería nula, en supuestos en donde el juez se ve enfrentada a una norma que derechamente resulta ineficiente, y que de hecho supone, en su aplicación al caso concreto, un resultado de pérdida de bienestar. Por ejemplo, la regulación nacional de la comunidad¹⁰⁰, constituye una manifestación legal y estatutaria de la tragedia de los

⁹⁸ ATRIA Fernando. La improbabilidad de la Jurisdicción. La Judicatura como organización. *Expansiva*. Santiago. 44. 2007.

⁹⁹ MONTT, Santiago. Ob. Cit. 83p

¹⁰⁰ Libro IV, Título XXXIV, Párrafo 3, artículos 2304 a 2313 del Código Civil.

comunes, nombre económico que se da a la situación de ineficiencia causada por la utilización conjunta por varios agentes económicos de un recurso común, sin posibilidad de que exista exclusión en dicho uso a los demás agentes¹⁰¹. Un juez nacional, enfrentado a un caso de utilización de recursos comunes por parte de un comunero, y a la pérdida de utilidad consiguiente para el resto de los comuneros que no usan dicho bien, o que lo usan de manera que origina supuestos de subexplotación, no puede interpretar la regulación legal, tendiente a obligar a los comuneros a ceder sus derechos de explotación a un único agente económico (el que esté dispuesto a pagar mayor precio por dicho bien), con miras a generar mayor rentabilidad en el uso del bien común. Dicha alternativa, que resultaría la más eficiente, y la que impondría el análisis económico del derecho¹⁰², constituye simplemente una ilusión, ya que la norma se impondría a cualquier finalidad instrumental-económica que se la quisiese dotar por el adjudicador del derecho.

Asimismo, se visualizan escasas posibilidades de extrapolación, en nuestro país, incluso, en la perspectiva que abre Horacio Spector, en Argentina, en aquellos supuestos en donde no exista norma que resuelva inmediatamente el problema (casos difíciles). Lo anterior, porque la regla de cláusula de interpretación de ley del Código Civil, contenida en el artículo 24 de dicho cuerpo normativo, señala:

“En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”

Dicha norma, resulta aplicable en casos en que no ha sido posible decidir sobre un sentido legal entre varios posibles. En dichos supuestos de duda, el espíritu general

¹⁰¹ Ver: GORDON, Scott. The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery. Journal of Political Economy. Vol. 62. Página: 124p. 1954

¹⁰² Ver: COLOMA, Germán. La tragedia de los comunes y la tragedia de los anticomunes: una reinterpretación. En: Anales de la Academia Nacional de Ciencias Económicas. Buenos Aires, 2003 Vol: 48. 173 y siguientes.

de la legislación, no viene a significar algo extrínseco a la normativa, sino que: “(constituye la) razón o finalidad objetiva, pero ya no se trata de la razón específica de tal ley, sino de la de una cierta generalidad de la legislación”¹⁰³. En este mismo sentido, la equidad natural, tampoco constituye la vía para la entrada de aspectos normativos de carácter económicos, ya que: “También para Bello, la equidad natural era una categoría objetiva y verificable, de la cual se puede dar cuenta argumentativa y razonada, y que no se agota en la mera afirmación de ser algo equitativo o de parecerle tal cosa equitativa a alguien. Debemos, pues, evitar pensar que la equidad natural a que alude el artículo 24 del Código sea una puerta abierta a la subjetiva opinión individual, al sentimiento y a la imaginación, que excusa tener que razonar sobre la base de premisas objetivas, ciertas y justificables, probadas por la ciencia y aprobadas por las mas autorizada doctrina”¹⁰⁴

Sobre la base de lo anterior, no podemos, en consecuencia, fundar en dicha norma, y en el contexto de casos difíciles, aplicaciones normativas provenientes del análisis económico del derecho, en los términos planteados en la pregunta que ha motivado la presente sección.

En suma, podemos concluir que el análisis económico del derecho puede servir como pauta de evaluación, en nuestro país, en los siguientes ámbitos:

- a. De *Lege Ferenda*: Esto es, los instrumentos de la economía del Derecho, pueden introducir grandes avances en el estudio y examen de la normativa, tendiente a un cambio de ella, hacia fines o criterios de eficiencia.
- b. Normativas específicas provenientes de la descodificación: En efecto, con posterioridad al proceso de codificación, han comenzado a surgir una serie de normativas que regulan y tratan aspectos jurídicos específicos, y que escapan a la regulación sistemática del Código. Dicha parcelación del Derecho, en

¹⁰³ GUZMAN Brito, Alejandro. Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes.. Santiago, Editorial LexisNexis, 2007. 191p.

¹⁰⁴ GUZMAN Brito, Alejandro. Ob. Cit. 203p.

estatutos especiales, ha dado origen desde mediados del siglo XX, a un proceso de descodificación, en virtud del cual, gran parte de las fuentes jurídicas, ya no se ubican en un cuerpo completo y coherente único, sino que en diversas leyes, no necesariamente dictadas y fundamentadas en razón de un mismo sustrato ideológico y dogmático.

En dichos ámbitos jurídicos especiales, es posible encontrar normativas que sí incluyen la eficiencia como criterio o finalidad. Así, por ejemplo, el Derecho de Quiebras, en cuya evolución se ha pasado desde el objetivo de liquidación del activo del fallido, como sanción-retribución a su estado de insolvencia, hacia la continuación de la empresa en insolvencia, en aquellos casos, en donde, la permanencia de la actividad económica, se justifica en razón de ciertas variables económicas, como es el caso de las empresas en crisis viables.

Dicho tránsito, se ha venido dando, por nuestra legislación de quiebras, sobre todo desde la dictación a comienzos de la década del ochenta de la Ley N ° 18.175. Dicha normativa, ha sido objeto de diversas modificaciones, sin embargo, en los últimos años ha existido un impulso reformador, con el objetivo de reforzar el sistema privado de administración de quiebras, por medio de la dictación de la Ley N ° 20.004, que establece normas sobre fortalecimiento de la transparencia en la administración de la quiebra, fortalecimiento de la labor de los síndicos y de la Superintendencia de Quiebras^{105 106}.

¹⁰⁵ Esta ley publicada en el Diario Oficial el 8 de marzo de 2005, no establece un cambio general en el sistema de Quiebras, sino que reafirma el sistema privatista existente, introduciéndole modificaciones en todos aquellos aspectos que habían demostrado ser deficitarios en la práctica durante más de veinte años desde la entrada en vigencia de la Ley N ° 18.175. En muchos aspectos, la mencionada ley no hace más que incorporar criterios jurisprudenciales que ya se habían afianzado en nuestros tribunales, en cambio en otros, se introdujeron reformas que implican nuevos tratamientos normativos, como por ejemplo, en lo que respecta al sistema de designación de síndicos privados, y en lo que relacionado con las nuevas facultades sancionatorias, normativas y participativas como sujeto procesal y auxiliar de la administración de justicia de la Superintendencia de Quiebras.

¹⁰⁶ Asimismo, se dictó la Ley N ° 20.073, que modifica la Ley N ° 18.175 en lo relativo a los convenios concursales. Esta ley publicada en el Diario Oficial el 20 de noviembre de 2005, simplemente transformó toda la normativa anterior sobre convenios por una regulación moderna, desjudicializada e innovadora.

Lo importante de resaltar en dichas reformas, lo constituye el hecho de que ellas fueron impulsadas por el Poder Ejecutivo, y se enmarcó en el contexto de la agenda pro crecimiento, de la cual nace la necesidad, en esta materia, de facilitar los acuerdos entre los acreedores y el deudor en casos que nos encontremos frente a una empresa con problemas económicos, de manera de permitir procedimientos preventivos de salvamento de empresas en crisis. Este sistema es considerado más beneficioso para la comunidad, y para el proceso productivo que el hecho de llegar a una situación de liquidación forzosa, que por los tiempos que implica lleva a una desvalorización de los activos de la empresa, se afecta las fuentes laborales de los trabajadores y se corta la cadena de pagos¹⁰⁷.

Para poder cumplir dichos propósitos, se constituyó una comisión técnica por los señores Claudio Bonilla, Rafael Mery, José Tagle, Ronald Fischer, y Roldf Luders¹⁰⁸, quienes identifican, en un estudio elaborado al efecto, seis problemas de la normativa

Esta ley se hace cargo de los avances que al respecto habían operado en el derecho comparado. Se mejora y diversifica lo relativo a los convenios judiciales preventivos, introduciendo nuevos órganos de convenios como el experto facilitador, se aclaran las normas sobre convenios simplemente judiciales, se introducen mecanismos que posibiliten la salvación de empresas en dificultad económica, a través de exámenes previos, y se privatiza el desarrollo de los convenios de aquellas sociedades que se encuentran bajo la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros a través de la tramitación de los mismos ante un tribunal arbitral.

¹⁰⁷ La necesidad de modernizar la ley de quiebras, surge de la constatación de que la modernización económica de Chile, debe provenir de normativas que faciliten y promuevan la eficiencia económica, y el buen desempeño del mercado. Entonces se hace imperiosa la adecuación de la ley de quiebras a dichos principios, de manera que se permita una reorganización de las empresas en crisis en casos que sean viables financieramente, o en caso contrario, favorecer una liquidación rápida de los activos, permitir la disponibilidad de créditos, la disminución de los costos de transacción que impiden el desenvolvimiento económico, acrecentar los espacios de transparencia y reducir los incentivos jurídicos y económicos para entrar a un procedimiento de quiebra. Por último, uno de los problemas más importantes para el desarrollo productivo de los países en vías emergentes o en vías de desarrollo, es la escasa disponibilidad de crédito. Por lo mismo se debe establecer un sistema normativo que facilite una alta tasa de recuperación de los créditos en caso de incumplimiento de las obligaciones. Con ello el riesgo asociado al préstamo se hace menor, y consecuentemente las posibilidades de otorgar créditos en mejores condiciones aumentan. Para lo anterior, los factores de tiempo de duración de los procesos concursales, transparencia, profesionalización de los agentes que en los mismos procesos intervienen y el establecimiento de una normativa legal moderna, son fundamentales.

¹⁰⁸ BONILLA, Claudio, FISCHER, Ronald, LUDERS, Rolf, MERY, Rafael, y TAGLE, José. Análisis y Recomendaciones para una reforma de la ley de quiebras. 2004. Documentos de Trabajo del Centro de Economía Aplicada del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile. N ° 191: 6-17p.

chilena sobre quiebras. En lo que aquí interesa, el primero y más importante de las dificultades encontradas, se refiere a que: “(...) la legislación nacional no contempla explícitamente el objetivo de mantener en funcionamiento la empresa en problemas cuando aparezca viable, para lo cual proponen explicitar el objetivo de eficiencia”. En dicho sentido señalan:

“A diferencia de las legislaciones más modernas de quiebras, la ley chilena no contempla explícitamente el objetivo de mantener en funcionamiento la empresa en problemas cuando ella aparezca viable. Si bien existe la intención del legislador de proteger, ante la cesación de pagos, los intereses legítimos, tanto del deudor como de sus acreedores, pareciera ser que la preocupación prioritaria es el respeto de la igualdad entre los acreedores valistas y el pleno respeto de los privilegios y preferencias establecidas en la ley. Podríamos decir que el objetivo primordial de nuestra legislación es obtener el pronto, eficiente y equitativo pago de los acreedores. El artículo 1° de nuestra ley expresa como su principal objeto el: “realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinada por la ley”. Si bien es cierto, la introducción de algunas modificaciones mediante la Ley 18.598 del año 1987, y en particular la inclusión del artículo 177 bis, están dirigidas a facilitar la obtención de un convenio entre acreedores y deudor, ello no pareciera ser la manifestación de un principio general que gobierne a toda nuestra legislación concursal”¹⁰⁹.

“Creemos que es necesario hacer explícito un nuevo objetivo de la ley de quiebras. Este debería ser: Proveer el pago de las deudas de la manera más eficiente posible, decidiendo entre la conservación de la empresa viable y la liquidación eficiente y equitativa de la empresa no viable”. Con un objetivo así declarado se conjugan los conceptos de "rehabilitación del deudor", presente en leyes como la americana, francesa o peruana, y el concepto de "pago equitativo a los acreedores", presente en

¹⁰⁹ BONILLA, Claudio, FISCHER, Ronald, LUDERS, Rolf, MERY, Rafael, y TAGLE, José. Ob. Cit.,6p.

leyes como la chilena. El nuevo objetivo debiera ser el principio general que rija el contenido de la ley” “(...) Una empresa es viable (conviene mantener su giro) si tiene utilidades operacionales no negativas y el valor presente de éstas es no inferior al valor de liquidación de la empresa.”¹¹⁰.

Lo señalado anteriormente, en cuanto a la aplicación del análisis económico del derecho normativo en nuestro sistema jurídico de fuente romanista, es con prescindencia de la cuestión de sí el Derecho (y la adjudicación en el ámbito judicial), lleva implícito, desde una mirada económica, un fin distinto de la eficiencia. Ello, porque, el Derecho existe, dentro de la misma lógica del análisis económico del derecho, en aquellos casos en donde el mercado ha fracasado, de manera tal que la valoración de las consecuencias, resulta una ilusión, porque solamente se justifica, cuando pretendemos que la eficiencia opere a fin de lograr el equilibrio competitivo propio del mercado perfecto. Pues bien, si los criterios de eficiencia, no soportan, para su validez, opciones distintas del mercado, y una de esas segundas opciones, lo constituye el Derecho, entonces, la posibilidad de corrección de las fallas del mercado, no sería posible por parte del sistema jurídico, ni menos en razón de una aplicación normativa del análisis económico del derecho, y en consecuencia, habría que aceptar la inviabilidad del modelo en múltiples casos¹¹¹. El Derecho, así, llevaría implícita una lógica racional distinta, que no podría ser mejorada por la elección de la mejor alternativa en cuestión (aquella basada en la eficiencia).

Esta última discusión, supera los márgenes de este acápite, y quizás no se refiera derechamente al problema planteado, pero puede constituir una objeción a la legitimidad de la eficiencia impuesta en términos normativos.

§. 5 Críticas al Análisis Económico del Derecho

¹¹⁰ BONILLA, Claudio, FISCHER, Ronald, LUDERS, Rolf, MERY, Rafael, y TAGLE, José. Ob. Cit., 6-7p.

¹¹¹ TORRES, Juan. Ob. Cit. 35p.

En este último acápite del primer capítulo, expondremos las opiniones críticas que se han manifestado hacia el enfoque normativo y positivo del análisis económico del derecho.

El reparo fundamental al análisis económico del derecho, viene dado hacia los postulados que emanan de aquellas premisas conceptuales adquiridas del modelo económico liberal neoclásico, que han sido expresadas por los integrantes de la Escuela de Chicago. En consecuencia, algunas de las críticas que luego se indicarán, son efectuadas desde el mismo análisis económico del derecho, por miembros de posturas revisionistas respecto del enfoque metodológico tradicional.

En un contexto exógeno a la lógica en que se basa el análisis económico del derecho, con sus supuestos de racionalidad, y de coherencia del sistema legal, es posible ubicar la objeción proveniente de los *Critical Legal Studies*¹¹², para quienes la ley carece de contenido objetivo y racional, por lo que, resulta imposible la consecución de la eficiencia misma, como objetivo instrumental.

Por otro lado, y asumiendo proposiciones normativas coherentes con el *law and economics*, se discute desde Coase, el rol o función del Derecho, en aquellos casos en donde existen altos costos de transacción (falla de mercado), en cuanto a si el papel del sistema jurídico, debe tender a retrotraer la situación de acuerdo al mercado (y por ende, a la eficiencia), o bien, si el Derecho debe buscar la consecución de fines diversos, en razón de que el mercado ya no puede operar. Si optamos por la segunda alternativa, el Derecho, en base a su propio presupuesto normativo, tendría un carácter finalista diverso a la búsqueda de la eficiencia, ya que su sola existencia, da cuenta de la inoperancia del mercado ante determinados supuestos. Así, autores como Calabresi, han dejado de lado el objetivo de la eficiencia, en presencia de sucesos, como los accidentes, que

¹¹² VER: SINGER, Joseph William. The Placer and the Cards: Nihilism and Legal Theory. Yale Law Journal. 94. 98-100p. 1984.

significaban elevados costos externos¹¹³, y en donde, retrotraer la solución al mercado resultaba impracticable, en razón de la existencia de la mencionada falla de mercado. Frente a ello, la función de la ley, es reducir el total de los costes del accidente, y de las medidas necesarias para evitarlo. “Con semejante planteamiento inicial CALABRESI diseña soluciones que responden a una propuesta no unilateral en relación con el mercado”¹¹⁴

Con lo expuesto en el párrafo anterior, tenemos que autores que resultan exponentes de la tradición misma del *law and economics*, han efectuado un rechazo muchas veces, incluso explícito, al criterio de eficiencia, y con ello al paradigma neoclásico liberal que fundamenta al análisis económico del derecho.

Ello ha permitido, que otro de los soportes del análisis económico del derecho, como lo es, el supuesto de racionalidad, también sea puesto en duda. En tal sentido, Peltzman y Robertson, indican que los individuos no se adaptan pasivamente a los cambios ni obedecen despreocupadamente, sino que se enfrentan a ellos en función de su particular evaluación de los costes y beneficios que les provocan.

Aún más, se cuestiona y objeta que la eficiencia sea el resultado más deseable de la acción del mercado, en cuanto, obvia cualquier otro criterio distributivo. En efecto, el supuesto de mercado de competencia perfecta, requiere de una distribución inicial de riqueza que es protegido por medio de los derechos de propiedad. Ahora bien, la eficiencia de dicha solución, emana precisamente de aquella distribución inicial, y todo cambio en ella, da lugar a una solución diferente, que es susceptible de otra evaluación, que puede conducir a resultados diversos.

¹¹³ CALABRESI, Guido. El coste de los Accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Traducción Joaquín Bisbal. Barcelona, España, Editorial Ariel, 1984. 349p

¹¹⁴ TORRES, Juan. Ob. Cit. 42p.

Lo anterior, da pie a que el análisis económico del derecho, importe un análisis estático o conservador del Derecho, en donde la función del Estado se reduce, solamente a establecer un sistema de protección de los derechos de propiedad (provenientes de esa distribución inicial), y dar cumplimiento a las transacciones privadas, por medio de las cuales, se van asignado los derechos, motivados por la maximización de la riqueza. Sin embargo, los individuos carecen de toda la habilidad necesaria para participar en el mercado, por lo mismo, el derecho de responsabilidad extracontractual, establece reglas para reducir el número de accidentes, en razón de lo costoso que significaría que *ex ante* los individuos se pusieran de acuerdo sobre las consecuencias de dichos sucesos.

En este sentido, entonces, es necesario aceptar que las reglas legales, permiten disponer de soluciones que fluyen de los mismos cambios ocurridos en las situaciones económicas subyacentes, y no resultan, una interferencia al *status quo* que se pretende proteger, de acuerdo a la asignación inicial de derecho. El evolucionismo del sistema legal, permite adecuar situaciones no regladas inicialmente, ajustando la eficiencia u otro criterio deseado, a los cambios en las condiciones de la oferta y la demanda.¹¹⁵

Todo lo anterior, viene acompañado de una crítica general a la abstracción y simplificación de los presupuestos en que se basan los instrumentos económicos¹¹⁶. Al respecto, dicha crítica, si bien es reconocida por Posner¹¹⁷, no ataca directamente al análisis económico del derecho, sino que, a la formulación de las herramientas de la

¹¹⁵ Para un estudio de la crítica evolucionista al Análisis Económico del Derecho, Ver: DEMSETZ. The Exchanges and Enforcement of Property Right. 1964. EN: Journal of Law and Economics. Volumen: 7, Páginas: 11-26

¹¹⁶ “En primer lugar, en el campo de una ciencia tan limitada, difícil, incierta y plagada de fracasos, como es la económica, orientan la búsqueda, en lugar de aspectos sencillos y empíricamente apreciables, a u gran agregado –la eficiencia en el sentido de Kaldor y Hicks-que esconde en su determinación, un sinfín de supuestos, simplificaciones, relaciones causales cuestionables y datos empíricos faltantes; se llega a un mágico resultado final _eficiente o no eficiente-que con infantil maniqueísmo termina por ocultar la complejidad de la vida jurídica y de la vida a secas” CABANELLAS, GUILLERMO. El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. 2006 EN: Análisis Económico del Derecho. Capítulo III. Compilación: Kluger, Viviana. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. Página: 32

¹¹⁷ POSNER, Richard. Ob. Cit. 30p.

ciencia económica, la que se estructura en términos de modelos, utilizando supuestos simplificadores, con el objeto de tornar manejables problemas complejos¹¹⁸. En este sentido, la crítica no resulta completamente aceptable, porque la teoría económica, como toda teoría, debe ser sencilla e irreal: “Su valor reside en revelar conexiones hasta entonces desconocidos y entregar a su poseedor un compás que lo guíe a través de la complejidad (en su mayoría irrelevante) del mundo real”¹¹⁹

Por otro lado, la teoría económica, con su abstracción, y dejando de lado, las críticas generales a dicha forma de plantear sus modelos de análisis, se encuentra imposibilitada a solucionar diferentes aspectos que pretende regular. En este sentido, la dificultad más trascendente que enfrente el análisis económico del derecho, y asimismo, el utilitarismo, es la asignación o valoración monetaria de los costos y beneficios relevantes que influyen en cada individuo. Lo que se acrecienta, en bienes no comercializados, o bien, en bienes no susceptibles de valorización, como lo es la vida, o la integridad física o psíquica. Dicha objeción, no resulta baladí, si se considera que dichos datos resultan fundamentales para el análisis de los conceptos de riqueza, utilidad o beneficio asociados a criterios de eficiencia. En este sentido, los mismos autores del *law and economics*, han puesto de relieve dichas dificultades. Así, Polinsky, señala que:

“Debido a las anteriores dificultades, la aplicación práctica del análisis económico exigirá normalmente un método un tanto arbitrario para determinar el valor de las pérdidas y ganancias relacionadas con bienes no comercializados o no estandarizados”¹²⁰

¹¹⁸ VELJANOVSKI, Cento. Ob. Cit. 50p.

¹¹⁹ VELJANOVSKI, Cento. Ob. Cit 51p. Ver también: FRIEDMAN, Milton. *The Methodology of Positive Economics. Essays in Positive Economics. University of Chicago Press.* 33p. 1953.

¹²⁰ MITCHELL Polinsky. Ob. Cit. 140p

Otra objeción al análisis económico del derecho, se produce por su supuesto afán imperialista, y a la oportunidad de su aplicación al derecho (lo que ha sido tratado en el acápite anterior). En este sentido, Torres señala que:

“La proyección del enfoque económico como resultado de su madurez paradigmática (BRENNER, 1980), lleva consigo, efectivamente, una cierta dosis de afán dominador no exento de cierto complejo de superioridad. Así, cuando este autor afirma que en la actualidad solo el enfoque económico puede explicar los amplios aspectos de la conducta humana debido tanto a su madurez en el sentido Kuhniano, como a las lagunas que presentan en su desarrollo las otras ciencias sociales, no es difícil esperar reacciones de rechazo y de autoprotección -por muy ciertas que sean sus afirmaciones-en las disciplinas que de forma natural tienen lindes con la economía”¹²¹

En el mismo sentido se pronuncia, Enrique Barros, cuando afirma que:

“Las dificultades del análisis económico han sido largamente discutidas aunque por cierto no con la misma pasión con que ha sido defendido. Su mayor problema es la soberbia, que expresa una insensibilidad ante la realidad, usual entre quienes proclaman un método que supone borrón y cuenta. El efecto es ignorar el capital cultural que significa un ordenamiento diferenciado, que ha sido capaz de adaptarse a los cambios económicos y culturales, y que si se le analiza de acuerdo con sus consecuencias, ha sostenido una sociedad de libertades y de progresivo aumento de la prosperidad”¹²²

El prejuicio anterior, puede ser real, si se considera que la eficiencia, como criterio de decisión en el marco de una elección social de distintas alternativas, resulta

¹²¹ TORRES, Juan. Ob. Cit. 90p.

¹²² BARROS Bourie, Enrique. Ob. Cit. 330p

históricamente ligado a una tradición del *Common Law*, en donde impera una cláusula de equidad que permite al juez elegir reglas económicas como reglas jurídicas, lo que no sería posible de replicar en los mismos términos en el sistema de *Civil Law* continental. En este último mundo jurídico, los elementos analíticos del análisis económico del derecho, serían ajenos a su tradición, y a la manera en como se adjudican los derechos, en un marco jurídico limitado por la fuerza de la ley.

En este último sentido, las reglas de decisión del sistema continental, encontrarían sus fundamentos en criterios distintos de la eficiencia, referentes, a la justicia y a la equidad. Y si eso es así, la pretensión de Posner¹²³, por ejemplo, de hacer sinónimos la eficiencia con la justicia, sería una muestra evidente del ánimo totalizante del análisis económico del derecho.

Por último, es necesario recordar los diferentes reparos y observaciones que se han efectuado en el acápite §. 3 de este capítulo acerca de los criterios de eficiencia elaborados por la ciencia económica, como parámetros de decisión normativos en el marco de la elección social que se encuentra involucrado en sede judicial.

¹²³ En este sentido, Richard Posner, señala: “Se critica al enfoque económico del derecho porque olvida la justicia. Debemos distinguir entre los diferentes significados de esta palabra. A veces significa justicia distributiva, el grado adecuado de igualdad económica. Aunque los economistas no puedan decir a la sociedad cuál es ese grado, tienen muchas cosas relevantes que decir acerca de las magnitudes reales de la desigualdad en diferentes sociedades y periodos, acerca de la diferencia entre la desigualdad económica real y las desigualdades del ingreso pecuniario que sólo contrarrestan las diferencias de costos o reflejan posiciones diferentes en el ciclo de la vida, y acerca de los costos de lograr una igualdad mayor. Un segundo significado de justicia, tal vez el más común, es el de la eficiencia. Entre otros ejemplos, veremos que cuando los individuos califican de injusto el hecho de condenar a una persona sin someterla a juicio, de expropiar sin una compensación justa o de no obligar a un automovilista a que pague por los daños causados a la víctima de su negligencia, esto no significa nada más que la afirmación de que ese comportamiento desperdicia recursos” POSNER, Richard. Ob. Cit. 32p.

CAPÍTULO II: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA TUTELA CAUTELAR

§. 1 Aspectos preliminares.

El proceso puede tender (dependiendo de cómo la política legislativa lo regule) hacia la conclusión del asunto ventilado por su intermedio como mecanismo de simple resolución de conflictos, o bien hacía una solución de la controversia, legitimado por el respeto a ciertas reglas de procedimiento y por una adjudicación razonada en virtud de un discurso de adecuación¹²⁴

La consideración del proceso como mecanismo de simple resolución de conflicto, sin mayor sujeción a parámetros que justifiquen la decisión en base a criterios de elección social (justicia y/o eficiencia), bien puede considerarse excepcional¹²⁵, ya

¹²⁴ En este sentido, es importante, dejar en claro lo que entendemos como discurso de adecuación. Para ello, recurriremos a la exposición que al efecto, realiza, el profesor Raúl Núñez: “Para nosotros la diferencia se construye a partir de la diferencia entre discurso de fundamentación (o justificación) y discurso de adecuación o de aplicación, como formas discursivas complementarias. El primero tiene por objeto justificar la validez o corrección de una norma, justificación que viene dada por el principio de universalidad. Aún cuando atendido al discurso de justificación o justificación una norma sea válida ello no significa que esa norma deba ser automáticamente aplicada al caso concreto. Es aquí donde entra en juego el discurso de adecuación o aplicación: Este discurso se refiere a la corrección de la decisión jurídica, en la cual hay que establecer si la norma *prima facie* aplicable es adecuada a una situación determinada, para lo que es necesario tener en cuenta todos los datos que caracterizan a esa situación, es decir, la situación de aplicación. La diferencia entre discurso de fundamentación y discurso de aplicación de las normas jurídicas, reside en que el primero es un discurso práctico sobre la validez de las normas independientemente de la situación individual en la que serán aplicadas; mientras que el discurso de aplicación está centrado en la adecuación de las normas a las circunstancias relevantes del caso concreto (aspectos o circunstancias del hecho). Por lo tanto, fundamentación y aplicación, son dos formas discursivas complementarias, la primera es labor del Poder Legislativo, y la segunda es propiamente el discurso del órgano jurisdiccional” NUÑEZ Ojeda, Raúl. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo. *Revista Ius et Praxis*. Año 14, N° 1: 101-102p. 2008.

¹²⁵ Con todo, podemos encontrar posiciones que llevan a entender ciertos contextos de decisión especiales, como mecanismos de simple resolución de conflictos. Así, cierta jurisprudencia en el marco de conflictos sobre nombres de dominio, regidos por el Reglamento de NIC Chile, entienden de manera amplia la norma del artículo 7 del Anexo 1 del Reglamento de Nic Chile, que dispone que el árbitro resolverá todo asunto respecto de su competencia y jurisdicción, incluyendo la fijación de las costas y forma de pago. Dicha disposición explícita e implícitamente, ha permitido que en ciertos fallos, se haya resuelto sobre el fondo, por medio de sanciones procesales de conclusión del proceso, tales como desistimientos no

que en la gran mayoría de los casos, las normativas generales-subsidiarias, así como las normativas que dan lugar a legislaciones específicas, de alguna manera u otra asignan derechos o posiciones jurídicas, que solamente pueden ser alteradas, por medio de una razonada justificación de cambio del *status quo* existente, lo que exige la motivación de dicha transformación en la situación de Derecho, objeto del pleito. Por lo mismo, el propio ejercicio de la función jurisdiccional, lleva implícito, aspectos de racionalidad procesal y sustancial. Lo fundamental, con todo, a efectos de poder lograr la distinción, entre un proceso como simple mecanismo de resolución de conflictos, y como medio de decisión razonado, pasa por matices o grados de preferencia por un mayor o menor nivel de justificación, debiendo reconocer que no es posible establecer de manera clara, un punto de división entre ambas formas de entender el proceso.

Por su parte, la consideración del proceso, como un medio de solución de controversias, legitimado por el respeto a ciertas reglas de procedimiento y por una adjudicación razonada, se traduce en garantías de racionalidad y de controlabilidad de la valoración de las pruebas. En este sentido, el acto de adjudicación importa una exposición de un razonamiento justificativo, mediante el cual, el juez, muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas que la hacen aceptable. Dicha motivación, se presenta en términos de Taruffo, como:

“Una justificación racional elaborada *ex post* respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión”¹²⁶

Obviamente que ello importa una carga argumentativa de la decisión, no solo como exigencia de legitimidad, sino que también, como garantía. El fin del ejercicio de

regulados en el Reglamento, que en definitiva, evitan toda adjudicación en mérito a criterios o parámetros de resolución, que permitan la asignación de nombres de dominio. Así, por ejemplo, ocurrió con la decisión del arbitraje en razón del nombre de dominio: tesoros.cl

¹²⁶ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid, Editorial, Trotta, 2002. 425p.

la jurisdicción, no es solamente la resolución de la disputa, sino que, es necesario en todo caso, la existencia de una motivación del juicio sobre los hechos, realizada por el adjudicador. Ello implícitamente exige, la rendición de pruebas, su contradicción, y la valoración, por parte del juez.

Una y otra alternativa, presentan sus ventajas y desventajas. Así el proceso entendido como mecanismo de simple resolución de controversias, tiende indudablemente a una reducción de los costos necesarios para llevar a cabo una adjudicación, disminuyendo gastos de recursos, trámites y de tiempo. Ahora bien, no necesariamente dicho ahorro significa legitimar la decisión de quien administra las reglas, ya que se generan situaciones de sensación de falta de justicia en la resolución del conflicto, lo que produce pérdida de expectativas en los ciudadanos a quienes se dirige la decisión. Por su parte, el proceso entendido como instrumento de adecuación de una norma a un caso particular, por medio de una adjudicación razonada, bien puede (en forma inversa a la alternativa anterior) importar un mayor nivel de costos económicos-procesales de carácter irrecuperables, lo que significa una pérdida en cuanto costo de oportunidad, al no poder destinar dichos recursos a otros fines que podrían reportar mejores beneficios alternativos. Ahora bien, desde otra perspectiva, el proceso entendido de esta forma, satisface de mejor manera las expectativas de aplicación de las normas, generando mayores índices de confianza, y legitimidad en el sistema de adjudicación, versus lo que ocurre, cuando el proceso es un simple mecanismo de resolución de conflictos.

Ahora bien, el análisis económico del derecho procesal, tiene como premisa de eficiencia el reducir los costos sociales de la administración de justicia (costos terciarios¹²⁷), así como los costos que se generan por el error judicial. Muchas veces

¹²⁷ Los costos terciarios son aquellos que se originan por la liquidación y distribución del daño producido. En el ámbito del Análisis Económico del Derecho, ellos se corresponden con los costos administrativos del sistema judicial, que se traducen en los gastos que se imponen a las partes, así como al Estado, para poder llevar a cabo la actividad judicial, y que se traduce en el precio del funcionamiento del proceso.

dichos objetivos pueden ser contradictorios, porque so pretexto de disminuir el error judicial se pueden aumentar los costos del sistema procesal, como ocurre, con la regulación de la apelación¹²⁸, que genera un problema derivado de la constatación de que un sistema de apelación sólo tenderá a la reducción de los costos sociales de su implementación si es que se cumplen los requisitos que exige Cooter y Ulen al efecto, a saber: (a) Si es más probable que el tribunal de apelación revoque un error cometido por el tribunal inferior; y (b) Cuando dicho comportamiento del tribunal de apelación hace que los litigantes apelen contra errores con mayor probabilidad que apelen en contra de las decisiones correctas del tribunal inferior. Si lo anterior no se cumple, puede que la apelación solo cumpla con el objetivo de corrección de errores de los jueces inferiores, y de vigilancia a su respecto, más no, de reducción de los costos del sistema judicial. Al efecto, el logro del objetivo de reducción de errores, resulta antieconómico si no es a bajo costo, dada las variables indicadas. De manera que la concreción de los objetivos de eficiencia en un sistema procesal con apelación, sólo tenderá a la eficiencia si se cumple con la reducción de los errores a bajo costo, ya que de lo contrario se genera el problema de que los objetivos del análisis económico del derecho procesal serían contradictorios (reducir errores judiciales y reducir costos del sistema procesal)¹²⁹.

Ejemplos de dichos gastos, son los costes de presentación de la reclamación, las tasas que sean necesario pagar, el intercambio de información, las negociaciones a que haya lugar entre las partes, y los gastos judiciales para la marcha de la litis. En la medida que la regulación normativa no sea óptima, se incentiva la litigación periférica, concepto que se refiere a aquellas cuestiones suscitadas por discusiones, objeciones e impugnaciones a aspectos no relevantes, que adquieren trascendencia en razón de ineficiencias en la regulación. Otra clase de costos terciarios, y que guarda cierta relación con lo anterior, toda vez que constituye una alternativa a una opción legal, se refiere a los costos asociados a los seguros Sobre costos terciarios, ver: CALABRESI, Guido. El coste de los Accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Traducción Joaquín Bisbal. Barcelona, España, Editorial Ariel, 1984. 349p. Sobre, litigación periférica, ver: POSNER, Richard. Ob. Cit. 629p.

¹²⁸ COOTER, Robert, y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 530-532p; y POSNER, Richard. Ob. Cit. 549-551p

¹²⁹ En un sentido similar, Steven Shavell señala que la apelación producirá rentabilidad para el apelante cuando es probable que se haya cometido un error, y que el resultado de la apelación genere un beneficio superior al coste que la apelación implica. Por otro lado, estaremos en presencia de una apelación socialmente deseable si el daño social del costo del error excede el costo social del recurso más el daño esperado del fallo que revierta el error (el aumento de los costos debe ser compensado por las ganancias). Agrega, el autor que el Estado a fin de regular un sistema de apelación óptimo debería establecer tasas para controlar las apelaciones con valor social negativo. Ver: SHAVELL, Steven. Ob. Cit. 456-463p

Con todo, lo que la literatura especializada plantea es que ambos objetivos son deseables desde una consideración de eficiencia. En efecto, las metas económicas del procedimiento buscan una mejor asignación de los recursos, sobre la base de que la administración de justicia es un bien público, y que por tanto, constituye una falla de mercado. O sea, considerando que la existencia de la administración de justicia es un bien público¹³⁰, lo que se puede hacer, desde la perspectiva de las políticas públicas, al

¹³⁰ Dicha afirmación es fuertemente criticada por parte de la doctrina. En este sentido, Carlos Peña González, afirma que no existen razones conceptuales, desde un punto de vista económico, para que la producción del bien justicia pase únicamente por el Estado. Sin embargo, dicha claridad conceptual, no resulta tener un correlato en la práctica, en donde por múltiples razones, se trata al bien justicia, como público. En el sentido, expone que: “Desde el punto de vista conceptual, la administración de justicia no ha sido concebida como un servicio público, sino más bien como la concreción de un fin trascendente que se impone por razones de moralidad, de donde se derivaría que la justicia debe ser concebida sin admitir graduaciones. En otros términos, en el área que la justicia no se aceptaba la verdad sencilla –tanto para la economía como para las políticas públicas- de que existen recursos escasos para necesidades ilimitadas y tampoco se aceptaba que, con frecuencia, se hace necesario decidir cuánto de ese bien habrá de ser financiado y cuánto, en cambio habrá que reasignarlo en función de otros bienes socialmente prioritarios. Olvidar esta sencilla verdad no ha permitido torcer la realidad –ha seguido habiendo escasez-, y en cambio, ha favorecido que el destino final del gasto en justicia se realice por vías no deliberadas, exentas de la posibilidad del control en base a estándares públicos y provistos de legitimidad. Son varios los efectos prácticos que se siguen de ese enfoque, a primera vista, puramente conceptual” “Un primer efecto de esta visión lo constituye la renuncia a cobrar por los servicios judiciales. Se estima que el acceso a la justicia es un derecho esencial de las personas, que no puede verse limitado por consideraciones económicas. Como es natural, esta premisa lleva a que el gasto en justicia en nuestro país sea fuertemente regresivo, ya que está desprovisto de cualquier consideración explícita de focalización” (PEÑA, Carlos, VARGAS, Juan Enrique, y CORREA, Jorge. El rol del Estado y el Mercado en la Justicia. Cuadernos de Análisis Jurídico. N° 42. Universidad Diego Portales. Santiago, 2001. 13p).

La posición anterior es parcialmente compartida por Héctor Fix-Fierro, quien partiendo de la base que el derecho es un instrumento en manos de individuos para la realización de sus propios intereses, cabría esperar que busquen la satisfacción de sus necesidades jurídicas en un mercado de justicia, en donde pudieran comprar el tipo y precio de servicios con los que satisfagan sus intereses, ajustando la oferta a la demanda en tanto existan nuevos productores que entren al mercado a obtener ganancias de dichas necesidades. Sin embargo, en la práctica, identifica distintos aspectos que imposibilitan la existencia de dicho mercado, por cuanto, los ciudadanos no tienen plena libertad para escoger entre diversos instrumentos de resolución de controversias y además, porque la oferta no necesariamente se ajusta para lograr un equilibrio competitivo. Así: “Los demandantes pueden acudir voluntariamente a los tribunales, pero no siempre pueden hacerlo al tribunal de su preferencia (las reglas de competencia lo impiden); los demandados carecen de tal libertad. Si bien estos últimos pueden decidir no comparecer a juicio, ello les acarreará consecuencias negativas” “Algunos mecanismos de RAC no son voluntarios, pero no conducen a una resolución obligatoria (por ejemplo: “arbitraje anexo al tribunal”, ciertas formas de conciliación), por lo que pueden llevar más adelante a un procedimiento judicial (por razones de constitucionalidad, en numerosos países no se puede denegar o renunciar al derecho a acudir a los tribunales)” “Algunos actos jurídicos requieren la necesaria intervención de un tribunal para adquirir validez jurídica” (FIX-FIERRO. Héctor. Ob. Cit. 128p) Todo lo anterior, lleva a concluir al autor que: “En resumen, la resolución judicial puede considerarse como “bien privado” sólo en un sentido limitado, no sólo porque las partes carecen de plena libertad para escoger entre diversos proveedores de servicios judiciales en un mercado competitivo,

constatar que la provisión de dicho bien público es efectuado por el Estado vía contribuciones obligatorias, es reducir el gasto hasta un nivel óptimo. Así, la reducción de los errores del sistema judicial pretende evitar pérdidas sociales que se producirán cuando por una norma administrada incorrectamente se disminuya el costo esperado de un accidente respecto al costo de evitarlo. Asimismo, la reducción de los costos del sistema procesal, se buscará en aquellos casos, en donde sea posible la minimización de

sino también porque la resolución privada de controversias es incapaz de ofrecer otros servicios que se derivan de las actividades de los tribunales, como los precedentes y la jurisprudencia” (FIX-FIERRO. Héctor. Ob. Cit. 128p)

La justificación de la idea que la justicia no es un bien público pasa por la distinción entre dos formas de entender la administración de justicia, o bien, en palabras de Landes y Posner, en dos bienes producidos por los tribunales (LANDES, William y POSNER, Richard. *Adjudication as a Private Good*. Journal of Legal Studies. Vol. VIII. Núm. 2, marzo. 235-284pp), esto es, la justicia como bien privado, y la justicia como bien público. La diferencia pasa –como se analizó anteriormente- por la existencia de un bien rival, lo que ocurriría en el primer supuesto, más no en el segundo. Ejemplos claros de justicia como bien público, serían, la justicia constitucional, la casación y la justicia criminal. Así Carlos Peña señala que: “La justicia constitucional (...) produce bienes públicos en sentido estricto. La jurisprudencia constitucional genera información acerca de cuál es el sistema normativo (...), acerca de cuáles son las titularidades de que están provistos los sujetos (...), y contribuye, además, a producir arreglos institucionales (...). Esta función se realiza, fundamentalmente, por la vía de decidir qué normas están provistas finalmente de obligatoriedad y cuáles derechos tienen los ciudadanos, delimitando, así, las esferas de acción de las personas. Un sistema constitucional debe generar esa información y ello justifica su financiamiento con cargo a rentas generales mediante un único órgano que tenga la última palabra al decir qué es derecho en cada caso. Las importantes funciones de la justicia constitucional justifican, además, su carácter estatal: sólo hay justicia constitucional allí donde un único órgano que emita decisiones obligatorias incluso de carácter contramayoritario” “El carácter que posee la justicia constitucional aconseja contar con un sistema previo de selectividad (al modo del *right of certiorati*) que decida, en base a esas consideraciones si el asunto merece o no ser resuelto. Como suele ocurrir, se verifica aquí una divergencia entre el interés privado y el público. Cuando el input del sistema está entregado indiscriminadamente a las partes, el sistema funcionará con perjuicio del bienestar social: se demandará más veces que las socialmente necesarias. Lo que se ha dicho respecto de la justicia constitucional es válido también –mutatis mutandis- para la justicia de casación. Los tribunales de casación (...) proveen información importante respecto del sentido de las reglas y respecto del error contenido en el conjunto de las decisiones del sistema. Un sistema de justicia de casación que produzca esos bienes, contribuye a saber cuáles son las reglas del sistema normativo y, por la vía de detectar errores, disminuye la contingencia y desalienta la conducta oportunista. El conjunto de un sistema de casación es un conjunto de informaciones sumamente valiosas que equivalen a un bien público (...). Distinto a los dos precedentemente tratados es el caso de la justicia del crimen. La justicia criminal presenta un componente de bien público –el efecto disuasivo- pero no genera información del tipo exacto que produce la justicia constitucional o la justicia de casación. El efecto disuasivo constituye, en principio, una externalidad positiva que debe ser compensada con cargo a rentas generales” (PEÑA, Carlos, VARGAS, Juan Enrique, y CORREA, Jorge. Ob. Cit. 29-30p). Ahora bien, si el Estado pretende perseguir la concreción de distintos objetivos que considera socialmente valiosos (Estado perfeccionista), pretenderá concretizar una justicia correctiva con prescindencia de la participación y actuación de los individuos, lo que podría llevar –en dichos supuestos- a un concepto público del bien justicia, en ámbitos de la justicia civil y criminal, en cuyo caso, la divergencia de objetivos entre el Estado y los particulares, debería ser financiada con cargo a las rentas generales, con las características de ser un gasto regresivo.

aquellos gastos que no afecten las exigencias del debido proceso y que suponen una salvaguarda procesal que sea respetuosa de dicho parámetro. Todo lo anterior, sobre la base de que el gasto de la administración de justicia utiliza recursos que podrían tener un fin que tienda derechamente a la maximización, teniendo, entonces, un elevado costo de oportunidad.

El hecho de hablar de objetivos del Derecho Procesal, desde una perspectiva económica, obliga a visualizar dichos fines desde el prisma del Debido Proceso, que resulta transversal a la regulación adjetiva. En forma intuitiva, podemos considerar que el respeto a las garantías del debido proceso significa de manera necesaria efectuar gastos que tiendan a dar cumplimiento a sus requerimientos, sin consideración a la búsqueda de algún objetivo de eficiencia, como podría ser la reducción de los costos del proceso. De hecho, el respeto al debido proceso importa límites al ejercicio jurisdiccional que de otro modo no serían exigibles.

Como consecuencia de lo anterior, y nuevamente de forma intuitiva, consideraríamos que las exigencias de eficiencia del análisis económico del derecho, concretizado en los dos objetivos indicados, y las exigencias del debido proceso, deberían ser contradictorias. Las primeras tenderían hacia un proceso como simple forma de resolución de conflictos, en cambio que las segundas, tenderían a un proceso como mecanismo de adjudicación razonado.

Sin embargo, podemos sostener que no en todos los casos las exigencias del análisis económico del derecho, son contrarias a las exigencias del debido proceso. Incluso más, los instrumentos del análisis económico del proceso, pueden satisfacer debidamente los niveles de debido proceso exigibles en casos particulares. De hecho, existen supuestos en donde el análisis económico del derecho plantea soluciones a problemas procesales que colocan en mejor posición a las partes del proceso desde la óptica del debido proceso legal, que lo que ha logrado la evolución legislativa sin

atención a dichos instrumentos. La prueba de ello, ocurre en el caso de las prohibiciones preliminares (o también llamadas en España, medidas cautelares, o medidas precautorias, en nuestro lenguaje nacional¹³¹). La justificación de lo anterior constituye un objetivo de este capítulo.

§. 2 El debido proceso legal.

El debido proceso se encuentra consagrado en los textos constitucionales y tratados internacionales con carácter de derecho fundamental. Su pretensión, estructura normativa, funciones y alcances corresponden a un derecho subjetivo público de carácter fundamental. Más bien, el debido proceso se ha caracterizado como un tipo especial de derecho fundamental, es así como Arturo Hoyos, declara que se trata de un derecho fundamental de carácter instrumental, con lo cual parece destacar su función de protección respecto de otros derechos. Pero no sólo eso, sino que lo califica en los siguientes términos:

“(...) estamos en presencia de un verdadero derecho fundamental, de carácter instrumental, que comparte características de los derechos de libertad porque crea una esfera para los titulares, libre de ciertas injerencias por parte del Estado y de los derechos de prestación porque obliga al Estado a asegurar ciertas condiciones en todo proceso”¹³²

Ahora bien, el debido proceso tiene necesariamente un carácter de garantía, ya que conlleva una serie de resguardos judiciales que lo constituyen en un mecanismo de tutela no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier derecho que se encuentre bajo determinación judicial, con diferencias dependiendo del tipo de proceso que se

¹³¹ Términos que se usarán de manera indiferente en este trabajo, como asimismo, el término: Tutela Provisional.

¹³² HOYOS, Arturo. El Debido Proceso en la Sociedad Contemporánea. En: Liber Amicorum HÉCTOR Fix Zamudio. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1998. 909p.

trate. Puede decirse entonces, que el debido proceso además de ser un derecho fundamental en sí mismo, constituye una garantía fundamental en los ordenamientos jurídicos modernos para el ejercicio de otros derechos. El debido proceso opera entonces en una doble faz: como un derecho fundamental de acceso a la justicia y además, en una faz de garantía o de salvaguarda de los demás derechos al exigir que todo proceso conlleve una serie de características que lo haga merecedor de la legitimidad en un Estado de Derecho¹³³.

En Chile, el debido proceso, al igual que el resto de los derechos fundamentales, goza de un reconocimiento constitucional. Nuestra Constitución Política se encarga de asegurar un listado de derechos fundamentales a todas las personas, en su artículo 19°. En dicho artículo se regula lo medular del debido proceso es su numeral tercero, que dispone:

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas: (...) 3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”

“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado su hubiese sido requerida (...)”

¹³³ En este sentido, John Rawls afirma el principio de que en todo sistema político, debe haber un proceso justo, es requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho. Así señala que: “Finalmente, hay ciertos preceptos que definen la idea de justicia natural. Son lineamientos para mantener la integridad del proceso judicial. Si las leyes van dirigidas a personas racionales para orientarlas, los tribunales han de ocuparse de aplicar y poner en vigor estas normas del modo apropiado. Debe hacerse un esfuerzo consciente para determinar si se ha cometido una infracción, e imponer la pena adecuada. Así, un sistema jurídico debe tomar medidas para dirigir ordenadamente los juicios y audiencias. Debe contener reglas de prueba que garanticen unos procedimientos de investigación racionales. Aunque haya diferencias en estos procedimientos, el imperio de la ley exige alguna forma de proceso, es decir, un proceso razonablemente proyectado para conocer la verdad por medios acordes a los otros fines del sistema legal, como el de saber si ha tenido lugar una infracción y en qué circunstancias. Por ejemplo, los jueces deben ser independientes e imparciales, y nadie puede juzgar su propio caso. Los juicios deben ser justos y abiertos y no han de ser perjudicados por el clamor público. Los preceptos de la justicia natural han de asegurar que el orden legal sea mantenido de modo regular e imparcial” RAWLS, John. Teoría de la Justicia. México DF, Fondo de Cultura Económica, 2004. 225p.

“La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”

“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido con anterioridad a la perpetración del hecho”

“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”

“La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”

“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”

El inciso que ha sido paradigmáticamente vinculado con el derecho a un debido proceso, es el inciso quinto de la norma antes citada, que establece la exigencia de un: *“proceso previo legalmente tramitado”* y que obliga al legislador a establecer las: *“garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*. Dicha norma, debe ser vinculada con el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹³⁴. Dicha norma, establece el derecho a la jurisdicción, que en un sentido

¹³⁴ Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene el derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. Derecho del inculcado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada del inculcado de la acusación formulada; c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según

amplio, viene a significar el derecho al debido proceso. Si armonizamos dichas normas, surge la pregunta de: ¿Qué es, y como se materializa el Derecho Proceso Legal?

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha precisado en relación con el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos que proceso: “es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia”¹³⁵, precisando que para que el proceso reúna la característica de debido, debe abarcar: “las condiciones que debe de cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración jurisdiccional”^{136 137}

Por su parte, de la historia del precepto constitucional del artículo 19 N ° 3 inciso 5 antes citado, sabemos que no se quiso enumerar las garantías que debían entenderse incluidas en un procedimiento e investigación racional y justa. Se argumentaba, lo difícil que sería la enumeración exhaustiva de las garantías involucradas en el concepto de Debido Proceso, lo que hubiera facilitado incurrir en errores de extensión o de omisión, de forma que se pretendió evitar la construcción del concepto desde una perspectiva casuística, ya que dicho concepto se encuentra en plena evolución y abierto siempre a la incorporación de nuevas garantías¹³⁸.

la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por si mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3 La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia forme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”

¹³⁵ CIDH. Opinión Consultiva OC/16/99, del 1 de Octubre de 1999.

¹³⁶ CIDH. Caso Genie Lcayo, sentencia de 29 de Enero de 1997. Serie C N ° 30

¹³⁷ Para un mayor análisis de esta materia, ver: NOGUEIRA Alcalá, Humberto. El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano. Santiago, Ediltorial Librotecnia., 2007. 42-56p

¹³⁸ Ver: Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión N ° 101, de 9 de Enero de 1975. 14p.

Ahora bien, cabe destacar que el Constituyente sujeta al debido proceso a aquellas sentencias: “*de un órgano que ejerce jurisdicción*”, con ello evitó vincular, como sinónimos, el concepto de tribunal con aquél de un órgano que ejerza jurisdicción, de manera que se deja fuera de toda duda que el debido proceso se aplica a todos los órganos del Estado (no sólo a los tribunales ordinarios y especiales de justicia), que dicten una sentencia o resolución, como consecuencia, del ejercicio de la función jurisdiccional. En este sentido, no sólo a los integrantes del Poder Judicial les compete el respeto de las exigencias del debido proceso, sino que a todo órgano que le corresponda ejercer la función jurisdiccional. En este sentido, el Tribunal Constitucional Chileno, ha resuelto que:

“(La) citada garantía se extiende, sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción –esto es, el poder-deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico-por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza”¹³⁹

Lo fundamental, es que dichas sentencias producto de la actividad jurisdiccional del Estado, con independencia de su adscripción orgánica, deberán fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Es decir, deberán apegarse a las ritualidades y solemnidades que la ley disponga. Surgiendo la interrogante de sí es suficiente la mera remisión al legislador, ya que el constituyente recalca que el legislador deberá establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa, sin precisar cuáles, ni siquiera a modo de enumeración mínima^{140 141 142}. En este sentido, el profesor Mario Verdugo, señala que:

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N ° 478-2006, de 8 de Agosto de 2006, considerando decimotercero.

¹⁴⁰ Para un mayor estudio, ver: EVANS De La Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.. Tomo II, 3ª Edición. 144p; VARAS Alfonso, Paulino. Criterios establecidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional acerca del contenido esencial del Debido Proceso. Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. N ° 70: 105-116p. 2008.

¹⁴¹ Al respecto, es útil consultar la siguiente jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema: Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 8 de Agosto de 2000, causa rol N ° 1920-200, considerandos 20 y 21; Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 5 de Diciembre de 2001, causa rol N °

“Como estos conceptos son, ciertamente, muy genéricos y se prestan para entenderlo con variado criterio, la Comisión de Estudios que elaboró la norma prefirió referirse al “racional y justo procedimiento” en vez de enumerar cuáles son las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de tipificar específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos. Con todo acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna de la disposición, que sus miembros coincidían que eran garantías mínimas de un racional y justo procedo permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere”¹⁴³

De esta forma la Constitución exigiría tres condiciones copulativas para satisfacer el núcleo del debido proceso: tramitación legal, racionalidad sustantiva y justicia, siendo estos dos últimos, los elementos claves para permitir la evolución del debido proceso por la jurisprudencia¹⁴⁴.

En cuanto al alcance del debido proceso, podemos en forma sucinta agrupar las distintas garantías¹⁴⁵, dependiendo de aquello que pretenden asegurar, a saber: (a) las

3463-200, considerandos 4, 5, y 6; Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 31 de Enero de 2003, causa rol N° 496-2002, considerandos 7, 8 y 9; Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 8 de Agosto de 2000, causa rol N° 1920-200, considerandos 20 y 21

¹⁴² Al respecto, es útil consultar la siguiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno: Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de Julio de 2006, rol N° 481-2006, considerando sexto a décimo.

¹⁴³ VERDUGO, Mario. Derecho Constitucional. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica, 1994. 217p.

¹⁴⁴ CEA Egaña, José Luis. Tratado de la Constitución de 1980. Características Generales, garantías constitucionales.. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988. 307p. Ver también: CEA Egaña, José Luis. Curso de Derecho Constitucional. Tomo II: Derecho, deberes y garantías constitucionales. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho, 1999; y LOPEZ Masle. Julian. Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas. En Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Coordinador Andrés Bordalí. Universidad Austral de Chile, Editorial LexisNexis, 2006. 191p.

¹⁴⁵ Las garantías que se indicarán son aplicables al proceso penal, como al proceso civil, que es el que interesa en este trabajo.

condiciones del órgano adjudicador; (b) las condiciones del procedimiento; y (c) Las prerrogativas del sujeto que se ve expuesto al proceso.

- (a) La primera clase de garantías asociadas a un debido proceso, dice relación con el tipo de órgano adjudicador que debe conocer y resolver el conflicto, es decir, con las condiciones que debe cumplir el tribunal ante el cual se ventila el proceso. En este nivel incluimos la necesidad de que el órgano adjudicador sea un organismo competente, independiente e imparcial, y establecido con anterioridad al acaecimiento de los hechos. El legislador debe establecer con claridad y de forma previa a los hechos que se examinan, cuál es el órgano facultado para conocer y resolver el conflicto.
- (b) En un segundo plano se pueden ubicar las garantías que rigen las condiciones del procedimiento propiamente tal. En esta categoría cabe mencionar la garantía de un juicio único, público y sin dilaciones, buscando asegurar la debida transparencia, su seriedad y eficacia.
- (c) Por último, existen un grupo de garantías que tienden a dotar al individuo de prerrogativas, como lo son el derecho a la defensa, el derecho a rendir prueba, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a la igualdad de armas, el derecho a la bilateralidad de la audiencia, etc.

Para los efectos del presente trabajo, desarrollaremos brevemente dos garantías procesales determinadas, que entran en conflicto al momento de plasmar una regulación específica de tutela cautelar, y que se refiere a la garantía o derecho al acceso a la justicia, y al derecho a ser oídos dentro de plazos mínimos.

En primer lugar, la garantía de acceso a la justicia, se encuadra dentro del derecho al Debido Proceso, del artículo 19 N ° 3 inciso 5 de la Constitución Política de la República, así como también, se encuentra consagrado en el artículo 8 de la CADH, que comienza con asegurar a toda persona, bajo acusación penal, o expuesta a la

determinación de sus derechos y obligaciones (en el ámbito civil), el derecho a ser oída. El derecho a la jurisdicción constituye un instrumento de defensa que el Estado pone en manos de las personas en reemplazo de la autotutela, ya que ésta última es inaceptable dentro del Estado Constitucional y del Estado de Derecho, lo que obliga, al legislador, a configurarlo de manera que se establezca en su favor el mayor grado de garantías posibles¹⁴⁶.

Tenemos entonces que el derecho al acceso a la justicia, debe ser respetado con independencia del sujeto que reclame la garantía y en forma igualitaria.

En segundo lugar, otra garantía del debido proceso es el derecho a ser oído dentro de plazos razonables. No obstante que volveremos sobre el punto, la garantía no se examina solamente de acuerdo a su conceptualización normal, entendido como aquél proceso que no se prolongue más allá del tiempo necesario, sino que se examina como la exigencia que la función jurisdiccional debe ser desarrollada dentro de plazos mínimos, pues todo proceso debe permitir la posibilidad de que las partes, presenten sus pruebas, objeten las contrarias, y que el juez examine a cabalidad los antecedentes del caso. Los propios principios de bilateralidad, acceso a la justicia, derecho a defensa y motivación de la sentencia que informan el debido proceso exigen que el plazo no pueda ser excesivamente corto. Así se ha resuelto en el ámbito del sistema interamericano de Derechos Humanos, en donde se ha dicho que:

“La Corte ha observado que tan irrazonable puede ser un plazo excesivamente largo (precisamente por su condición excesiva) como otro excesivamente breve (por el mismo motivo). Ahora se manifiesta que interesa más, en definitiva, asegurara una

¹⁴⁶ Al respecto ver: GONZÁLEZ Pérez, Jesús. El Derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid, Editorial Civitas S.A, 1984. 20p.

sentencia justa, a través de mayores y mejores actos de defensa, que ventilar la causa en breve plazo”¹⁴⁷

La observación anterior, es absolutamente pertinente a los efectos de este trabajo, porque permite desarrollar el concepto de debido proceso sobre la base de garantías mínimas, una de las cuales impone que la resolución del conflicto debe permitir actividades que legitimen la decisión final, tales como la posibilidad de rendir pruebas, de objetarlas, de discutir los fundamentos de la pretensión o defensa contraria, etc., todo lo que necesariamente requiere de tiempo y de un gasto mayor de recursos, los que son impuestos como exigencias debidas de todo ejercicio jurisdiccional, sin que puedan ser soslayadas. De esta manera, el debido proceso impone que el instrumento de heterocomposición usado, no tenga como fin exclusivo la pura resolución de conflictos sin atención, a otras consideraciones, porque un proceso estructurado en tal sentido, y con ese único horizonte, difícilmente aprobará el *test* requerido por la garantía de un plazo razonable en su consideración de plazo máximo y más aún, de plazo mínimo. En conclusión, no sería legítima, una sentencia, dictada en el más breve plazo, si con ello no se permite el derecho de defensa, y el debido acceso a la justicia.

Como un último aspecto a tratar en esta sección debemos responder la pregunta acerca de si los criterios de eficiencia se encuentran reconocidos en nuestra legislación procesal. Ello porque en base al análisis de los artículos 8.1 y 7.5 ambos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁸, se podría pensar que la necesidad

¹⁴⁷ Voto de Juez Sergio García Ramírez. Voto razonado Caso La Cantuta, del 29 de Noviembre de 2006, párrafo 16.

¹⁴⁸ Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, y artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”

de ser juzgado: “sin dilaciones indebidas”, y el derecho a una sentencia a ser pronunciada en: “un plazo razonable”, podría significar la consagración de criterios de eficiencia, y por tanto, podrían dar lugar a un reconocimiento explícito de los fines que el análisis económico del derecho pretende en materia procesal.

Sin embargo, cabe desechar dicha opción, por las siguientes razones, a saber:

- a. Los derechos referidos constituyen garantías que si bien abarcan una expresión de la eficiencia del derecho procesal (la reducción de los costos del sistema judicial), no pretenden la consecución óptima del otro objetivo del derecho procesal, cuál es, la reducción de los costos de las decisiones judiciales erróneas. En otras palabras, la eficiencia no entiende el proceso como la búsqueda unilateral de la reducción de los costos involucrados (como lo es, el tiempo), sino que ello resulta deseable, en la medida que, se compatibilice dicho propósito con un mayor nivel de exactitud. Las normas referidas, pretenden y buscan minimizar los tiempos de resolución jurisdiccional, pero no consideran si el umbral establecido (proceso sin dilaciones indebidas, y sentencia dictada en un plazo razonable) se traduce en un grado óptimo entre el valor social perseguido y sus costos asociados a la mayor rapidez del proceso.
- b. Vinculado con lo anterior, tenemos que la manera en cómo se ha ido conceptualizando dichos derechos es demostrativo de la gran generalidad que subyace en la consecución de los objetivos de celeridad procesal implícitos en los derechos anunciados, lo que contradice y perjudica la certeza respecto de su concreción. En este sentido, se ha dicho que: “Las dilaciones indebidas constituyen un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto debe ser alcanzado mediante la aplicación de las circunstancias específicas de cada caso, de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su

enunciado genérico”¹⁴⁹. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido a la materia en el caso Genie Lacayo y en el caso Ricardo Canese, argumentando que para determinar el concepto en estudio se debe invocar lo señalado por la Corte Europea de Derechos Humanos, ya que: “(...) pues este artículo de la Convención Americana (artículo 14.3 c) es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del caso; b) la actividad procesal del interesado; y c) La conducta de las autoridades judiciales”¹⁵⁰

- c. Por último, tal como se analizó en el capítulo primero, la consecución de objetivos de eficiencia requiere de una mirada consecuencialista del sistema judicial (análisis económico del derecho normativo) que pretenda, precisamente, la búsqueda de dicho criterio, siendo insuficiente reconocer que ello existe por una serie de normas que busquen reducir los tiempos del proceso¹⁵¹. Dichas reglas y derechos han sido desarrollados con prescindencia de los aportes del análisis económico del derecho, y buscan la obtención de procesos justos, más que procesos eficientes¹⁵².

§. 3 Las metas económicas del derecho procesal.

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ-VIAGA, Plácido. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Madrid, Editorial Civitas, 1994. 37p.

¹⁵⁰ Ver: Caso Genie Lacayo, sentencia de 29 de enero de 1997, párrafo 77; Caso Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C N° 111, párrafo 141.

¹⁵¹ De otra forma toda normativa que busque reducir costos y trámites del proceso consagraría la eficiencia como presupuesto de la normativa, lo que no reviste el mayor análisis, ya que ello supondría dos consecuencias falsas: (a) Que el sistema legal, en cada modificación, tiende a la eficiencia; y (b) Que la eficiencia, de por sí, es el propósito del legislador.

¹⁵² “Debe tenerse presente que el transcurso del tiempo puede constituir un daño irreparable. Una justicia con dilaciones indebidas constituye en la práctica una denegación de justicia” NOGUERA Alcala, Humberto. Ob. Cit. 103p.

Según Posner, las metas u objetivos del sistema procesal, desde un punto de vista económico, son minimizar la suma de dos tipos de costos. El primero de ellos es el costo de las decisiones judiciales erróneas¹⁵³. Y el segundo son los costos del sistema procesal. Así expresa que:

“El objetivo de un sistema procesal, desde el punto de vista económico, es minimizar la suma de dos tipos de costos. El primero es el costo de las decisiones judiciales erróneas (...). No debemos omitir el costo del sistema procesal”¹⁵⁴

En este mismo sentido, Cooter y Ulen, señalan que:

“(...) Una medida simple de los costos sociales del proceso legal provee una guía útil para analizar las reglas y las prácticas procesales. Para desarrollar una medida simple, pensemos en las reglas procesales como instrumentos para la aplicación del derecho sustantivo. La utilización de los instrumentos cuesta algo que (...) llamaremos “costos administrativos”. Además, la utilización de estos instrumentos provoca a veces algunos errores en la aplicación del derecho sustantivo (...) Los errores distorsionan los incentivos e imponen diversos costos a la sociedad. Nuestra medida más simple de los costos sociales, denotados por

¹⁵³ Es importante señalar un antecedente previo, en cuanto a que los objetivos del sistema judicial no tienen porqué ser los mismos que los incentivos de los particulares, de manera que la propuesta puede tener desviaciones por el hecho que las partes pretendan otras finalidades en razón de sus intereses estratégicos (Al respecto ver: SHAVELL, Steven. Ob. Cit. 391; 411-415; 445-446)

¹⁵⁴ El autor citado, ejemplifica dichos costos. Así, respecto del costo de las decisiones judiciales erróneas, señala que: “Supongamos que el costo esperado de un tipo de accidente particular es de \$ 100 y que el costo de evitarlo para el lesionado potencial es de \$ 90 (supondremos que el costo de evitarlo para la víctima es mayor de \$ 100). En caso de que el lesionado potencial esté sujeto a una norma de negligencia o de responsabilidad estricta, evitará el accidente si se supone que la norma se administra correctamente. Pero supongamos que en 15% de los casos en que ocurre un accidente el lesionado puede esperar eludir la responsabilidad gracias a las determinaciones erróneas de los hechos del sistema judicial. Entonces el costo esperado del accidente para el lesionado bajará a \$ 85, y, dado que esto es menor que el costo para él de evitarlo (\$ 90), no se impedirá el accidente. El resultado será una pérdida social neta de \$ 10. ¿O no?”. Luego explica el costo del sistema procesal: “Supongamos que para reducir la tasa de errores al imponer responsabilidad, de 15% a 10%, se requeriría una inversión adicional de \$ 20 por accidente en el sistema procesal. Entonces deberíamos tolerar la probabilidad de error de 15%, porque el costo del error (\$ 10) es menor que el costo necesario para eliminarlo (\$ 20)” POSNER, Richard. Ob. Cit. 516p

CS, combina los costos administrativos denotados por C_a , y los costos de los errores denotados por $C(e)$. Suponemos que el objetivo económico del derecho procesal es minimizar la suma de los costos administrativos y los costos de los errores”¹⁵⁵

El objetivo señalado por éstos últimos autores, se expresa en la fórmula matemática siguiente, a saber:

$$\text{Mín CS} = C_a + C(e)$$

Dicha fórmula sirve de parámetro, en términos de eficiencia, para comparar dos estados sociales. Será preferible, aquél que produzca la reducción del costo social que impone el proceso, sobre la base de una óptima asignación de los desembolsos al sistema procesal, como aquél que produzca la más óptima minimización del error judicial.

Partiendo del supuesto económico básico de que los recursos son escasos, y las necesidades ilimitadas (dentro de las que se encuentran las necesidades de acceso a la justicia), no sería económicamente viable, que por ejemplo, se gastará ilimitadamente en el sistema procesal con el objeto de reducir a 0 la tasa de errores¹⁵⁶. Es necesario convivir con la existencia de los errores en el marco del proceso, y con un sistema procesal que funcione a un nivel que no genere necesariamente la mejor prestación del servicio de justicia (que puede ser excesivamente cara, pero no justificada)

El problema de la escasez (aplicado al proceso), choca con la exigencia analizada en la sección anterior, en cuanto a que en todo proceso civil o penal, se requiere el respeto de las exigencias del debido proceso. En otros términos, si queremos minimizar los costos señalados, dicha disminución de costos, no puede operar a un nivel tal, que

¹⁵⁵ COOTER, Robert, y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 476-477p

¹⁵⁶ El establecimiento de mecanismos de exactitud genera costes que se traducen en procesos más largos. SHAVELL, Steven. Ob. Cit. 450-454

desconozca los costos asociados a las garantías del debido proceso. Dichas exigencias deben salvaguardarse (si es el caso que no es posible la reducción de sus costos), por muy caras que resulten. En este sentido, al analizar la teoría económica del proceso legal, Cooter y Ulen, señalan que:

“Las reglas procesales imponen así ciertas restricciones a la toma de decisiones por parte del tribunal que no serían respetadas por los apostadores profesionales. Las restricciones son casi siempre más estrictas en los países del derecho común cuando los juzgados conocen de casos, que en los países del derecho civil que no tienen jurados. En general, un tribunal no falla según que el demandado haya hecho lo que se asevera en la reclamación. Más bien, el tribunal decide si los hechos admitidos por las reglas de procedimiento legal apoyan la reclamación”
“Las reglas del procedimiento a veces contradicen a las reglas económicas de la toma de decisiones en incertidumbre, pero existen amplias áreas de acuerdo. Por ejemplo, puede argüirse que si las reglas procesales imponen restricciones a los tribunales, dentro de estas fronteras razonan los jurados y los jueces como personas que toman decisiones económicas racionales. Las reglas procesales prescriben un marco cuya justificación no es necesariamente económica, pero dentro de ese marco puede operar la lógica económica”¹⁵⁷

Posner, implícitamente analiza este problema, y consagra una fórmula matemática, tendiente a determinar cuando se niega el debido proceso a un ciudadano que exige acceso a la justicia, señalando en tal sentido que:

“En los términos de la fórmula de Hand¹⁵⁸, se niega el proceso debido cuando $B < PL$ donde B es el costo de la salvaguarda procesal, P es la probabilidad de error

¹⁵⁷ COOTER, Robert, y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 483 p

¹⁵⁸ La famosa fórmula Hand, fue creada por el juez federal norteamericano don Learned Hand, a raíz de su participación en el caso Estados Unidos contra Carroll Towing Co. (United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947)

si se niega la salvaguarda, y L es la magnitud de la pérdida si se materializa el error”¹⁵⁹

Es importante señalar que la fórmula Hand, utilizada en materia de responsabilidad civil, pretende determinar cuando una conducta es negligente, afirmando dicha imprudencia, si la acción se lleva a cabo, en supuestos en que el gasto de previsión (Gp) es menor que daño previsto (D) multiplicado por la probabilidad de que ello ocurra (P). Dicha función se expresa como sigue:

$$Gp < D \times P$$

Aplicando dicha fórmula a la materia aquí tratada, se llega a la conclusión de que se respeta el debido proceso, en materia de acceso a la justicia, si es el caso que un Tribunal se niega a dar una audiencia a un sujeto (derecho a ser oído) en el evento que el costo del respeto de la garantía sea mayor que la probabilidad del error si se niega la salvaguarda, multiplicado por la entidad de la pérdida si se materializa el error. Si se produce el caso contrario, entonces, debe concederse al ciudadano el derecho a ser oído por el órgano jurisdiccional.

En base a tal análisis, el autor, concluye que el propietario de un automóvil abandonado debe ser notificado y recibir una oportunidad de audiencia ante el tribunal respectivo antes de que el automóvil sea retirado por una grúa y vendido como chatarra, más no, si estamos frente a un propietario de un automóvil mal estacionado, precisamente porque en el primer caso es probable que el automóvil no estuviere abandonado, sino que descompuesto o robado, y como no se conoce dicha situación, el costo de la audiencia es moderado en relación con el valor del automóvil, y con la probabilidad alta de error en cuanto a decidir si existe o no abandono del vehículo. Lo que no ocurrirá con el caso del automóvil mal estacionado, ya que es fácil la

¹⁵⁹ POSNER, Richard. Ob. Cit. 520p.

constatación de dicha situación, disminuyéndose las probabilidades del error, existiendo en este caso, un alto costo asociado a la realización de una audiencia, toda vez que, la argumentación del propietario no pasará de justificaciones vanas que no podrán desvirtuar la infracción.

Sin embargo, utilizando el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, podríamos considerar que la fórmula propuesta por Posner, en base al parámetro del juez Hand, no da como resultado un gasto óptimo de prevención de las reglas de debido proceso, toda vez que, considera la cuantía de la salvaguarda procesal y de la pérdida que se produce en caso de que no se adopte dicho resguardo, en términos de gastos totales, más no, de gastos óptimos¹⁶⁰.

De esta forma, si se considerara el gasto óptimo de la salvaguarda, la fórmula se modifica, a la siguiente, a saber:

$$G_p = D \times P$$

Lo que se explica en razón del siguiente cuadro, a saber:

¹⁶⁰ Adicionalmente es posible efectuar una segunda observación crítica a la fórmula Hand, en cuanto a que ella no considera debidamente la relación existente entre el autor del hecho negligente y su víctima. Así, para Enrique Barros: “Los costos de prevención aceptables están dados por el valor que el autor del daño atribuye a su actividad, porque de ello depende cuanto está dispuesto a pagar por los accidentes que se produzcan. La relación del autor del daño con la víctima es oscurecida por la ecuación” BARROS Bourie, Enrique. Ob. Cit. 330p.

	Costo de la salvaguarda (Gp)	Cuantía de daños (producto de la multiplicación de la probabilidad del error si se niega la salvaguarda por la magnitud del daño en ese caso) (P x D)	Costo social en términos de recursos utilizados
Ineficiencia	0	400	400
Eficiencia Posner	20	200	220
Eficiencia Posner	40	100	140
Ineficiencia	60	50	110
Nivel óptimo Kaldor Hicks	80	24	104
Ineficiencia	100	12	112
Ineficiencia	120	6	126
Ineficiencia	200	0	200

De dicho cuadro es posible deducir que de acuerdo a la fórmula propuesta por Posner, la eficiencia en la asignación de los recursos tendientes a salvaguardar el debido proceso, se produciría igualmente en dos estados sociales, a saber, en aquellos casos en donde el costo de la salvaguarda fuera de (\$20) o de (\$40), pues en ambos casos, dicho coste sería menor al producto de la multiplicación de la probabilidad de error en caso de no adoptarse la salvaguarda por el daño que ello produciría, en este caso, (\$200) y (\$100), respectivamente. De dichos estados, el más eficiente según Posner, sería el segundo, ya que en dicho supuesto el costo social de recursos utilizados, sería de: (\$140), suma menor a los (\$220) del primer supuesto.

Sin embargo, ninguna de dichas soluciones es mejor que el óptimo al que se puede alcanzar aplicando el criterio Kaldor-Hicks, toda vez que es posible reducir el costo social asociado a la salvaguarda, adoptando un estado de cosas, que implique un mayor nivel de gasto, pero que produzca una menor cuantía de los daños multiplicado por la probabilidad de que ocurran. Desde dicha posición, la opción por el gasto en (\$80), minimiza la suma total de daños y gastos por daño, describiendo en qué condiciones se produce la combinación socialmente más ventajosa. Si luego del estado social en donde la salvaguarda vale (\$80), pasamos al estado social siguiente, en donde dicha salvaguarda tiene un costo de (\$100), solamente tendremos una reducción del daño esperado de (\$12) en circunstancias que se gasta por dicha reducción (\$ 20), de manera que todo tránsito desde el estado social que implica un gasto de (\$80) hacia estados sociales que signifiquen un mayor nivel de gasto, termina siendo ineficiente.

Ahora bien, el problema de dichas fórmulas matemáticas, pasa por problemas de información imperfecta y por la imposibilidad de cuantificar los términos de la relación, lo que genera la posibilidad de errores en su aplicación.

Sin embargo, más allá de dichas críticas y problemas, la fórmula anterior considera aspectos relevantes para el análisis procesal, porque no parte de la base exclusiva de la disminución de costos, sino que le da valor a la salvaguarda procesal, permitiendo conciliar (a favor del debido proceso) intereses propiamente económicos con exigencias de garantías. Hemos tenido la posibilidad de analizar en el capítulo anterior, al tratar las críticas al análisis económico del derecho, que las objeciones analizadas, no desvirtúan los aciertos y aproximaciones que pretenden ser obtenidos con dichos instrumentos, y que de todas formas, permiten acercar opciones con mayores niveles de constatación que la referencia a conceptos jurídicos indeterminados. Lo trascendente es que la fórmula que se ha indicado, viene a demostrar que el análisis económico del derecho, cede en sus objetivos (de minimización de costos) en aras de garantizar exigencias jurídicas ajenas a su formulación, lo que en otras palabras significa

que, en el ámbito procesal, no es propiamente invasor, ya que no pretende la extrapolación de estructuras analíticas ajenas a nuestra tradición. Se atemperan, de esta manera, las posibilidades de crítica hacia el análisis económico del derecho, en la medida que los intereses que pretende resguardar respecto del proceso legal, son coincidentes con aquellos que el Debido Proceso busca proteger.

Es interesante poder analizar los objetivos actuales del análisis económico del derecho procesal con la propuesta que Jeremy Bentham ofreció respecto del derecho adjetivo, toda vez, que el profuso desarrollo dogmático llevado a cabo por el autor inglés, puede dar luces acerca de la discusión actual sobre el tema.

Para Bentham el proceso se desarrollaba de acuerdo a un modelo, que él denominaba: sistema natural, que opuesto al sistema técnico propio del *common law*, perseguía maximizar la rectitud de las decisiones judiciales, esto es, generar la mayor corrección posible en el pronunciamiento jurisdiccional. El objetivo era alcanzar la verdad sobre los hechos, lo que en el sistema procesal imperante en su época, era una quimera, toda vez que el sistema –que él denominaba- técnico, estaba plagado de reglas de exclusión. Lo que la doctrina ha denominado, la verdad material, era precisamente el objetivo que Bentham asociaba al correcto funcionamiento de la judicatura¹⁶¹.

Para ello, ofrecía ciertos criterios básicos, a saber: admisión de todas las pruebas relevantes; minimizar la demora en el proceso; minimización de los costes; audiencia para todos los litigantes; oralidad; publicidad; principio de libre valoración de la prueba¹⁶².

Para Bentham, todo conocimiento relevante puede ser necesario para una creencia verdadera, la que se impone por la constatación que en el marco de un juicio,

¹⁶¹ En este mismo sentido: MORESO, José Juan. Ob. Cit. 354-355p

¹⁶² BENTHAM, Jeremy. Introductory View of the Rationale of Evidence. (Bowring, vi). 135-137p.

solamente un juez puede afirmar la existencia de un hecho determinado, el que pasa a ser una creencia verdadera en la medida que se encuentre justificado de acuerdo a la prueba rendida. Así, el Juez sabe la existencia de X, si y sólo sí:

- (1) Juez cree que X¹⁶³
- (2) Juez está justificado para creer que X (cree racionalmente por medio de la prueba)
- (3) X es verdad.

Ahora bien, la regulación legislativa que propone Bentham es extremadamente detallada, pero pretende, en el área del derecho procesal que el legislador promulgue pocas leyes de procedimiento, a efecto que los jueces puedan hallar la evidencia material relevante para las decisiones que adopten.

El problema de dicho diseño, confrontado con los propósitos y objetivos del análisis económico del derecho procesal actual es que, no resulta posible conciliar debidamente los distintos criterios y parámetros que Bentham expone, con la finalidad de generar un óptimo procesal. En otras palabras, buscar la maximización de la corrección judicial no puede pretenderse sin un costo asociado que genere aumento de los tiempos del proceso y mayor nivel de gastos¹⁶⁴. Por lo mismo, en la medida que Bentham no identifica un punto de equilibrio óptimo entre uno y otro objetivo, su propuesta podría no compatibilizar debidamente la celeridad del proceso con la búsqueda de la corrección de la decisión judicial¹⁶⁵, y con ello, deberíamos concluir que

¹⁶³ Esta cláusula podría significar que: (a) el juez tiene disposición a comportarse como si X; (b) que ha considerado alguna vez que X; y (c) que ha asentido o aceptado que X. En el marco de un juicio solamente (c) es aceptable, si es que la aceptación de la existencia de X proviene de (2), esto es, si X resulta probado en juicio.

¹⁶⁴ SHAVELL, Steven. Ob. Cit. 450-451.

¹⁶⁵ Podría pensarse que el principio utilitarista formulado por Bentham, podría ser la guía de optimización entre la búsqueda de celeridad procesal y la pretensión de verdad material, sin embargo, tal como sostiene José Juan Moreso, el modelo de sistema natural está pensado con la finalidad de maximizar la rectitud de las decisiones judiciales, frente a lo cual, los principios de minimizar la demora del juicio y los costos, resultan accesorios en términos de incompatibilidad.

la propuesta de análisis económico del derecho procesal actual resulta superior. Cabe agregar que la contradicción referida se acrecienta si consideramos que el derecho a ser oído, es planteado en términos universales por Bentham, no de una manera óptima, lo que, conllevaría a una imposibilidad de satisfacer simultáneamente dicho propósito de acceso a la justicia con una reducción de costos judiciales

Por último tal como veremos posteriormente, actualmente la teoría de Bentham del derecho procesal, puede resultar superada, en el marco de un proceso dispositivo civil, toda vez que, la búsqueda de la verdad material, es considerada una meta conceptualmente equivocada¹⁶⁶, y ni siquiera, necesaria para la adjudicación jurisdiccional^{167 168}.

§. 4 La tutela provisional y la paradoja de garantías.

Actualmente uno de los problemas del derecho procesal dice relación con la demora o retraso en la resolución del litigio. En este sentido, se pronuncia Carlos Peña, cuando indica:

“(…) la respuesta jurisdiccional de las pretensiones que ante él se formalizan son poco oportunas, es decir, se percibe un coste temporal demasiado alto en la obtención de la respuesta jurisdiccional. Puede afirmarse también, haciendo pie

¹⁶⁶ En este sentido, Michelle Taruffo cuando señala: “En fin, la referencia a una noción no ambigua de verdad absoluta como correspondencia de una descripción con los hechos del mundo real es útil para realizar alguna aclaración terminológica” “Ante todo, resulta posible hablar tout court de verdad en el sentido de verdad relativa (excepto indicación en contrario) sin ulterior confusiones. Éste, por otra parte, es el único significado sensato que el término verdad parece poder asumir en el proceso (y en un buen número de otros campos de experiencia)” TARUFFO, Michele. Ob. Cit. 182p

¹⁶⁷ “En un procedimiento cognoscitivo de cualquier género, la verdad absoluta puede funcionar, precisamente, como absoluto, es decir, como límite al que los conocimientos concretos tienden a aproximarse (teóricamente hasta el infinito, según una función asintótica) aunque no alcanzan nunca a identificarse con él. En otros términos: la verdad como correspondencia absoluta de una descripción con el estado de cosas del mundo real no es alcanzable con procedimientos cognoscitivos concretos, ya que es sólo un valor-límite teórico de la verdad de la descripción” TARUFFO, Michele. Ob. Cit. 180p

¹⁶⁸ TARUFFO, Michele. La prueba. Artículos y conferencias. Santiago, Editorial Metropolitana, 2009. 67-72p.

en estudios empíricos disponibles, que la lentitud se ha acrecentado en términos absolutos y proporcionales en la última décadas”¹⁶⁹

Es claro, por contrapartida, que un sistema judicial eficaz es muy importante para el correcto funcionamiento de nuestras democracias.

“La maquinaria judicial debería contemplar mecanismos adecuados que permitan resolver en forma ecuánime, rápida y al menor costo posible las disputas que surgen en el seno de la sociedad. Los justiciables (individuos o grupos de ellos) deberían percibir que un potencial conflicto tendrá una justa solución alcanzada dentro de un plazo razonable”¹⁷⁰

De esta manera, como se ha visto anteriormente, la exigencia de la resolución del conflicto dentro de un plazo razonable se impone no sólo como garantía, sino que también, como exigencia natural del ejercicio jurisdiccional.

Dicha apremiante situación ha llevado a que el Derecho procesal elabore fórmulas que hagan realidad dicha garantía. Al respecto, el mecanismo de la tutela provisional, ha pasado a ser uno de los instrumentos al que suele recurrirse para propender a mejorar la eficiencia y la celeridad del proceso.

En este mismo sentido, y en forma paralela y coherente con dicha evolución, el análisis económico del derecho, postula que la tutela cautelar constituye un mecanismo que tiende a favorecer la pronta resolución de los conflictos. Ello, con todo, exige que la regulación a su respecto, sea óptima, ya que sí ello no ocurre, terminaremos con una normativa que generará mayores costos que beneficios sociales. Lo trascendente,

¹⁶⁹ PEÑA González, Carlos. Informe sobre Chile. *En*: Situación y políticas judiciales en América Latina. Cuadernos de Análisis Jurídico. Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 1994. 350-351p.

¹⁷⁰ MARIN, Juan Carlos. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado). Santiago, Editorial Jurídica, 2004. 43p.

entonces, como veremos posteriormente, es acometer un estudio exhaustivo de dichos óptimos.

En diversos países se han acometido reformas legislativas, y han existido reacciones jurisprudenciales en tal sentido¹⁷¹, y en otros, como en Chile, se han utilizado vías o mecanismos cuya finalidad original no era la de servir de tutela provisional frente a la lentitud de la respuesta jurisdiccional, con el objeto de satisfacer dicha exigencia, convirtiéndose, por ejemplo, el recurso de protección, en un instrumento de solución de conflictos¹⁷². Todo ello, sin embargo, sin un examen de los reales efectos y distorsiones que dichas evoluciones normativas y jurisprudenciales han producido.

Sin pretender dar un concepto de tutela provisional, y con el fin de aclarar conceptos antes de seguir avanzando, podemos señalar que la finalidad de la tutela provisional es la de un actuar temprano dentro del proceso de forma que el plazo necesario para el reconocimiento definitivo del derecho, no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho, haciendo nula la posibilidad de su ejercicio. En términos más resumidos, la tutela provisional, pretende la efectividad de la tutela jurisdiccional definitiva, dada la imposibilidad lógica y empírica de una simultaneidad temporal entre

¹⁷¹ A saber: En Italia, el artículo 700 del CPC Italiano, que regula el *provvedimento d'urgenza*, cada vez tiene mayor aplicación como forma de solución provisional y anticipada de controversia. En España, existe una nueva regulación de las medidas cautelares contenida en los artículos 721 y siguientes de la NLEC (Ley 1/2000), en especial con las medidas previstas en los artículos 726.2 y 727.11 (que disponen: 726. 2: “Características de las medidas cautelares (...) 2 Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”. El artículo 727. 11, señala: “Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: N ° 11. Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”). En Alemania, las medidas provisionales de seguridad (el *Arrest* y la *einstweilige Verfügung*) se han convertido en objeto de extraordinaria importancia en el trabajo diario de los tribunales Asimismo en Francia, en el año 1973 se introdujo la figura del *référé provision*, que ha sido una gran arma en contra de la demora en los procesos. Todos citados en: MARIN, Juan Carlos. Ob. Cit. 55-57p.

¹⁷² Ver: BARROS, Enrique. El recurso de protección como medio de amparo de los contratos. En: Instituciones modernas de derecho civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri.. Santiago, Chile, 1996.

el inicio del proceso y la decisión definitiva. En tal sentido, en el ámbito procesal civil, la tutela provisional tiene (en teoría) una extensión tan amplia como sea posible imaginar, refiriéndose: A todo medios de salvaguarda de dicha tutela definitiva dentro del curso del proceso.

Es necesario, con todo, hacer las distinciones necesarias entre la tutela cautelar y el concepto de tutela sumaria, ya que en éste último caso, se busca conferir derechos a quien corresponda, de una manera rápida y definitiva, sin que sea necesario un juicio sobre el fondo, no obstante, existir, precisamente, un proceso. Frente a ello, la tutela cautelar, se presenta como un medio instrumental respecto de un proceso principal, buscando proteger la resolución definitiva que pueda dictar, sin que la decisión sobre el fondo, se vea afectada por el ínterin existente entre el ejercicio de la acción, y la sentencia que declara el derecho ejercido¹⁷³.

Ahora bien, lo dicho anteriormente, en cuanto a que en la actualidad, la tutela provisional ha expandido su importancia como un medio que permite dar respuesta jurisdiccional más pronta, no significa que su origen se debió a la contingencia de la lentitud del proceso actual. En efecto, si bien, resulta discutido el origen de su utilidad instrumental¹⁷⁴, lo cierto es que rastros de aquello que conocemos como Tutela Cautelar,

¹⁷³ Para mayor estudio sobre la materia ver: CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1945. 38-39p, y DIEZ-Picazo Gimenez, Ignacio. Las Medidas Cautelares. En: DE LA OLIVA Santos, Andrés, DIEZ-PICAZO Gimenez, Ignacio y VEGAS Torres, Jaime Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.. 379-407p.

¹⁷⁴ En efecto, no resulta pacífico en la doctrina la relevancia del Derecho Romano y de las recopilaciones del derecho castellano en la regulación actual de las medidas cautelares, ya que como señala Francisco Ramos Romeu, dicho periodo corresponde a una época de marginalidad, en donde la tutela cautelar era una institución que tenía: “(...) regulación parca y orientada a situaciones muy concretas” (RAMOS Romeu, Francisco. Las Medidas Cautelares Civiles. Análisis Jurídico-Económico. Barcelona, Editorial Atelier, 2004. 55-56p). Por su parte, Juan Carlos Marín, otorga, mayor relevancia a dicho periodo, y a sus fuentes históricas. MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 107-115p.

puede encontrarse en Roma¹⁷⁵, en el depósito de la cosa litigiosa en poder de un tercero o secuestre, lo que fue recogido posteriormente en las Partidas¹⁷⁶.

Con todo, es indudable, como se ha dicho, que la revalorización de la Tutela Cautelar, como institución procesal, se debe a que por medio de ella, es posible no sólo que se asegure la efectividad del ejercicio jurisdiccional, sino que también, se pueden adelantar los efectos de la decisión jurisdiccional, a etapas que no son las de conclusión del proceso, o bien, que se adopten otras decisiones, que no hacen sino dar una manifestación externa de resolución del conflicto, cuando aún queda por discutir sobre el fondo¹⁷⁷.

Sin embargo, la expansión de la tutela cautelar en sus ámbitos de aplicación, ha significado por contrapartida, la afectación de exigencias del debido proceso, tales como el derecho a la igualdad procesal y la bilateralidad de la audiencia. Es imposible pensar, que la necesidad de obtener decisiones en un plazo razonable, se produce sin que se sacrifique la calidad del proceso, y correlativamente, sus niveles de exactitud. Es así,

¹⁷⁵ GAYO. Instituciones. Traducido por Manuel Abellán Velasco, Juan Antonio Arias Bonet, Juan Iglesias-Redondo y Jaime Roset Esteve. Madrid, Editorial Civitas, 1985. 311-312p

¹⁷⁶ En efecto, en el Título IX de la Partida III, se regulaba el secuestro de bienes muebles en seis supuestos muy precisos (cuando hubiera acuerdo de ambas partes; cuando la cosa litigiosa fuera mueble y se sospechase que el que la tuviera en su poder la trasladase o malmetiese; cuando hubiere sentencia forme en supuesto similar al anterior; cuando el marido fuera pródigo para proteger la dote de la esposa; cuando hubiere un hijo preterido para proteger sus derechos hereditarios; y cuando hubiere un pleito entre un señor y un esclavo sobre la propiedad de unos bienes), cuya concurrencia debían ser comprobados en caso caso por el juzgador. Al respecto, las leyes I y II, se intitulaban de la siguiente manera: “Por qué razones pueden ser puestas las cosas que otro tenga en mano de fiel, y cuales deben ser los fieles” (Ley I), y: “Cuanto tiempo debe el hombre tener la cosa que le dieren en fieldad” (Ley II)

¹⁷⁷ En efecto, una expresión de la tutela cautelar, que significa adelantar los efectos de la sentencia definitiva, se contempla en nuestra legislación procesal civil, a propósito del juicio sumario, en el artículo 684 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil. La situación regulada en dicha norma, supone que el demandado no ha concurrido a la audiencia de conciliación y prueba que se celebra al quinto día hábil de notificada la demanda, y por tanto, se encuentra en situación de rebeldía. En dicho supuesto, el demandante, puede solicitar al Tribunal, con fundamento plausible, que se acceda provisionalmente a lo pedido en la demanda, lo que en la práctica significa, adelantar las consecuencias del fallo, sin que se haya discutido sobre el fondo. Lo anterior, es sin perjuicio de la oposición del demandado, la que en todo caso, resulta posterior (inciso 2 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil).

como es realista sostener, que una tutela provisional esconde una desigualdad en el procedimiento y una disímil protección de los derechos de las partes.

La conclusión es que existe el peligro de convertir las medidas cautelares civiles y la tutela provisional en armas demasiado peligrosas y abusivas. Ello se puede generar por regulaciones normativas nuevas, o bien, por regulaciones deficientes que dan lugar a interpretaciones y aplicaciones que tienden a menoscabar el principio de contradicción que es clave en la consideración de racionalidad y justicia que forman parte sustancial del concepto del debido proceso, de acuerdo a lo que se ha analizado anteriormente

Es lo que ha ocurrido precisamente en Chile, así Juan Carlos Marín ha señalado que:

“(Las medidas precautorias se pueden transformar en armas abusivas), sin que existan en la práctica mecanismos adecuados de contrapeso, ya sea porque éstos o no funcionan correctamente o más grave aún, ni siquiera han sido previstos por el legislador. En este sentido, y sin perjuicio de abordar más adelante el tema en detalle a propósito del derecho chileno, la fianza o caución no ha funcionado como debiera hacerlo”¹⁷⁸

En efecto, en nuestro país, una deficiente legislación ha llevado a que se generen situaciones de real abuso en la concesión de las medidas precautorias, lo que se ve agravado por el hecho que los requisitos legales acerca de las medidas precautorias, no consideran la evaluación de los derechos e intereses del sujeto pasivo, en cuanto a los daños que le produce la concesión de la medida cautelar. Asimismo, nuestra legislación no regula ni contiene un reconocimiento expreso y amplio del principio de responsabilidad en materia de la tutela provisional civil, ni la exigencia de caución obligatoria. Lo anterior, ha sido puesto en relieve por la comisión de estudios del sistema

¹⁷⁸ MARIN, Juan Carlos. Ob. Cit. 62p

judicial en su informe final sobre reformas al sistema judicial, que en relación a las medidas precautorias señaló que:

“Se ha ido haciendo una práctica común que las partes soliciten y el juez decrete medidas precautorias de exagerada amplitud. Así, en demasiados casos las medidas precautorias son la finalidad buscada por los demandantes, antes que la resolución del asunto”¹⁷⁹

Se genera así, una paradoja en donde se enfrentan dos garantías del debido proceso, que se han analizado, por una parte, la resolución del conflicto dentro de un plazo razonable, que lleva a la creación de medidas de anticipación de sentencias definitivas vía legislativa, o bien, a una praxis jurisprudencial de amplitud de la procedencia de dichas medidas, como exigencias de celeridad, y por la otra, dicha constatación legislativa o jurisprudencial produce graves efectos en la calidad del proceso, menoscabando la contradicción o bilateralidad de la audiencia, y disminuyendo los derechos procesales del demandado.

Dicho conflicto ha sido enunciado por Francisco Ramos Romeu, como una dinámica de disputa entre dos garantías en un contexto especial:

“Este conflicto de intereses se traducirá en un conflicto de garantías en sede cautelar. Desde el punto de vista del solicitante, las medidas cautelares requieren celeridad, agilidad y flexibilidad de la Administración de Justicia, lo que en última instancia protege el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la efectividad de la tutela cautelar. Desde el punto de vista del demandado, la invasión de su esfera jurídica requiere que se le cite en condiciones adecuadas, que tenga una oportunidad para defenderse y contradecir los argumentos del

¹⁷⁹ Informe final redactado por: CORREA-VIAL. En: Propositiones para la reforma judicial. E. Valenzuela, coordinador. Santiago, Chile, 1991. 97p.

demandante, lo que queda protegido por las garantías de audiencia y contradicción, la garantía de defensa y la igualdad de partes”¹⁸⁰

En razón de dicha disyuntiva, el sujeto pasivo, a causa de una deficiente regulación, se ve expuesto al riesgo cierto de pérdida de utilidad de un bien propio, en razón de la adopción de una medida precautoria, que normalmente, en nuestro país, será de prohibición de celebrar actos y contratos, la que genera en casos no-óptimos, disminuciones patrimoniales, imposibilidades de ganancias conexas, frustraciones de negocios, y malbaratamiento de bienes percederos, sin beneficios sociales asociados¹⁸¹

Ahora bien, si vinculamos la paradoja de garantías, a que se ha hecho referencia anteriormente, con los objetivos del análisis económico del derecho procesal, podríamos pensar que dichos objetivos tienden a reducir los costos del sistema, haciendo primar la celeridad en la resolución de los conflictos, por sobre el resguardo de la bilateralidad de la audiencia. Con todo, como se verá en el siguiente acápite, la propuesta del análisis económico del derecho en materia de prohibición preliminar (en nuestro lenguaje, medidas precautorias), trata de conjugar los dos intereses en juego, esto es, el interés del demandante y el del demandado, sin pretender una preferencia a priori por alguno de los aspectos involucrados en el problema.

Desde un punto de vista puramente adjetivo, de todas formas la solución de la paradoja de garantías requiere considerar que existe una preeminencia a la efectividad de la tutela, por sobre la igualdad inicial de las partes, y el principio de la bilateralidad. Ello, sin embargo, exige ciertas consideraciones acerca del problema, de forma de no

¹⁸⁰ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. 629p

¹⁸¹ En este mismo sentido ZUCKERMAN nos indica que: “una vez dictada, la medida cautelar crea una inercia que no es fácil de cambiar. Se puede asumir, sin temor a equivocarse, que en la fase *inter partes*, se invierte la carga de la prueba. Es el demandado quien debe convencer al tribunal de la ausencia de peligro de enajenación; pero el juez convencido con anterioridad por el actor de que el demandado probablemente recurrirá a la evasión, de este modo, el juez que dictó la medida puede encontrar que es difícil aproximarse a la disputa de una manera imparcial” ZUCKERMAN. Mareva injunctions and security for judgment in a framework of interlocutory remedies. The law quarterly review. V. 109: 439p. 1993.

hacer ilusoria una respuesta que considere los intereses de ambas partes. En efecto, y adelantando ciertos aspectos que serán tratados posteriormente, la regulación eficiente que permita superar dicha paradoja, pasa por dotar de derechos y garantías al sujeto pasivo, vía control judicial, en un primer momento, y vía contradicción o bilateralidad, en una segunda etapa, así como, por entender el carácter puramente instrumental de la tutela cautelar, siendo necesario el establecimiento de un sistema de responsabilidad, y de caución generalmente obligatoria.

§. 5 El Derecho Norteamericano como antecedente de la propuesta de Análisis Económico del Derecho en materia de Tutela Provisional

§. 5.1 Introducción.

La propuesta que efectúa el análisis económico del derecho, en materia de tutela provisional, se enmarca en el desarrollo que han tenido las medidas cautelares en el sistema del *common law*. En efecto, la formula matemática que expone Richard Posner, para tratar el problema de las prohibiciones preliminares (o tutela cautelar), constituye una propuesta (como tantas otras), dentro de un contexto de desarrollo jurisprudencial y doctrinal, que se ha efectuado en Norteamérica, y que no resulta posible de ser comprendido, con prescindencia de dicho entorno. Por lo mismo, es necesario que previamente a tratar los aportes del análisis económico del derecho en lo referente a la Tutela Provisional, podamos tener claridad acerca del estado de la cuestión existente en el contexto jurídico en que dicho aporte fue formulado.

§. 5.2 El derecho norteamericano y el problema de las medidas cautelares

En el Derecho Norteamericano, y en general en el sistema del *common law*, el objetivo de las medidas cautelares, es el mismo que en los sistemas continentales, a saber: Evitar que la duración del proceso, produzca daños irreparables para el

demandante, en cuanto a hacer ineficaz su pretensión, una vez que obtenga una sentencia favorable a sus intereses. Así, Arthur Wolf, señala que:

“Since the focus is preserving the subject matter of the dispute until final judgment, the principal concern should be the potential of the non-moving party, unrestrained by injunction during litigation, to harm irretrievably the movant's rights or interests”¹⁸²

Ahora bien, lo trascendente es que para valorar la procedencia de las medidas cautelares, el mismo desarrollo jurisprudencial y legal, ha impuesto, la consideración judicial de los dos intereses en juego. Por una parte, el daño irreparable que se puede causar al demandante por la no concesión de la medida cautelar en tiempo oportuno, y por otra parte, el daño irreparable que ocasiona dicha tutela provisional al demandado¹⁸³.

Ello constituye, con todo, una diferencia trascendente con el sistema continental de origen romanista, porque como hemos visto en los acápites anteriores de este capítulo, así como de acuerdo a lo que veremos en el capítulo siguiente, un defecto de

¹⁸² WOLF, Arthur. Preliminary Injunctions. Western New England Law Review. Vol: 7:227p. 1984 (“Dado que el enfoque es preservar el objetivo de la disputa hasta la sentencia definitiva, la preocupación principal debe ser la actuación del demandado quien sin restricciones judiciales durante el litigio, pueda dañar irremediabilmente los derechos o intereses del demandante”)

¹⁸³ En este sentido, se pronuncian Ofer Grosskopf y Barak Medina, cuando señalan: “A preliminary injunction aims to prevent irreparable harms in the period of the trial. To achieve its goal, the preliminary remedy must be issued quickly, early in the course of the litigation, before all the evidence can be studied or even made available. In deciding whether to grant a preliminary injunction courts compare between the irreparable harm that the moving-party will suffer if the injunction is not issued and this party ultimately prevails on the merits, and the irreparable harm that the enjoined-party might suffer if the injunction is issued and this party wins at the end of trial” GRISSKOPF, Ofer, y Medina, Barak. Repairing (the Doctrine of) Irreparable Harm: Economic Analysis of Preliminary Injunctions. {En línea}. < http://works.bepress.com/barak_medina/6 >. 2p. (“Una medida cautelar tiene por objeto prevenir daños irreparables en el período del juicio. Para lograr su objetivo, la medida cautelar debe ser emitida rápidamente, a comienzos del juicio, antes de que todas las pruebas se puedan estudiar o incluso ponerlas a disposición. Al decidir el otorgar una medida cautelar los tribunales comparan entre el daño irreparable al que se verá afectado el demandante si la orden no se emite y si el demandante, prevalecerá, en última instancia prevalece, y el daño irreparable que la parte demandada podría sufrir si la medida cautelar se emite y éste gana al finalizar el juicio”)

nuestra regulación (que es común en la mayoría de los ordenamientos continentales), es la escasa valoración normativa y judicial respecto del interés del sujeto pasivo, lo que se agrava con una legislación deficiente en lo que se refiere al régimen de responsabilidad vinculado con la materia que se estudia.

Ahora bien, dichos intereses contrapuestos, obviamente se enmarcan dentro de un proceso judicial, por lo que, en el sistema del *common law*, también se da lugar a la problemática que surge de la paradoja de garantías que se ha indicado anteriormente. En efecto, dicha paradoja se produce, porque, la celeridad que impone decretar una medida cautelar, en beneficio de la efectividad de la tutela definitiva del demandante, genera, por contrapartida, un desmedro en la posición jurídica del demandado, ya que dicha celeridad se opone a una investigación lo suficientemente completa a fin de evitar medidas injustificadas o erróneas. Los términos de dicho conflicto se exponen, de la siguiente manera por Ofer Grosskopf y Barak Medina, a saber:

“The decision whether to issue a preliminary injunction thus raises an inherent difficulty. On the one hand, this relief is often an essential tool for protecting the plaintiff’s interests, given the legal system’s deficiencies in providing final remedies in due course and the prospect of irreparable harms. On the other hand, the fact that the relief is issued without a full inquiry into the merits of the case entails a substantial risk that the issuance of the preliminary injunction would unjustifiably harm the defendant, as well as third parties and the public interest”¹⁸⁴

¹⁸⁴ GRISSKOPF, Ofer, y Medina, Barak. Ob. Cit. 6-7p. (“La decisión de dictar una medida cautelar por lo tanto plantea una dificultad inherente. Por un lado, esta medida es a menudo una herramienta esencial para proteger los intereses del demandante, tomando en cuenta las deficiencias en el sistema legal en otorgar o proveer medidas cautelares a su debido tiempo y la posibilidad de existir daños irreparables. Por otro lado, el hecho de que la medida es emitida sin una investigación completa sobre el fondo del caso implica un riesgo considerable en cuanto a que la emisión de una medida cautelar injustificadamente dictada, perjudicaría a la parte demandada, así como a terceros y el interés público”)

Frente a dicha problemática, que resulta, como hemos analizado, común a los dos sistemas jurídicos occidentales, la respuesta de la jurisprudencia y de los operadores jurídicos involucrados en el *common law*, ha sido distinta de cómo nosotros en el sistema continental, hemos afrontado históricamente dicha asunto. Es posible, entonces, marcar una segunda diferencia entre el sistema continental y el sistema de derecho común, en lo que se refiere a la forma de tratamiento de la paradoja de garantías. Dicha diferenciación viene condicionada por la primera distinción anotada, ya que, la valorización (en el *common law*) de manera medianamente igualitaria de ambas partes de la controversia (intereses del demandante versus intereses del demandado), genera, necesariamente, la preocupación jurídica de optar por la decisión que resulte menos perjudicial, lo que en términos económicos, significa, que se opte por la decisión que minimice la suma de los costos involucrados en la paradoja de garantías que subyace a la problemática de la tutela cautelar, en el entendido básico de que, de todas formas, dicho perjuicio existirá.

Por lo mismo, no debe resultar extraño que en el derecho anglosajón, desde hace más de tres décadas, exista un profuso desarrollo jurisprudencial¹⁸⁵ y doctrinario¹⁸⁶ en amplios ámbitos jurídicos, acerca de las medidas cautelares, siendo preocupación central de los autores, el desarrollo de modelos de análisis tendientes a una mejor decisión del problema, sobre la base de minimizar la suma de los costos asociados a la tutela provisional. Así, Ofer Grosskopf y Barak Medina, señalan que:

¹⁸⁵ Así en temas de defensa de la competencia, ver: *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935, 943 (D.C. Cir. 1998); en materia de derechos civiles, ver: *Neal v. Bd. of Trs. of Cal. State Univ.*, 198 F.3d 763, 772-73 (9th Cir.1999); en lo relativo a derecho constitucional, ver: *Miller v. French*, 530 U.S. 327, 350 (2000); en lo referente a propiedad intelectual, ver: *Ty, Inc. v. GMA Accessories, Inc.*, 132 F.3d, 1167, 1169 (7th Cir. 1997); en materia laboral, ver: *Sheet Metal Contractors Ass'n of N. N.J. v. Sheet Metal Workers' Int'l Ass'n*, 157 F.3d 78, 86 (2d Cir. 1998); en lo referente a medio ambiente, ver: *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Env'tl. Serv. (TOC), Inc.*, 528 U.S. 167, 173 (2000); y en materia de patentes, ver: *Jack Guttman, Inc. v. KopyKake Enters., Inc.*, 302 F.3d 1352, 1363 (Fed. Cir. 2002)

¹⁸⁶ Especialmente en materia de patentes, ver: BOYCE, John y HOLLIS, Aidan. *Preliminary Injunctions and Demege Rules in Patent Law*. Universidad de Calgary, 2002.. 38p; CUNNINGHAM, M.A. *Preliminary Injunctive Relief in Patente Litigation*. *The Journal of Law and Technology*. 213-282p. 1995

“La decisión de dictar una medida cautelar debe tener como objetivo la minimización de los costos sociales irreparables, resultantes de la demora en resolver el litigio sobre el fondo”¹⁸⁷

Ello importa, evidentemente que, los aspectos económicos resultan implícitos en el análisis judicial, toda vez, que la consecución de dicho objetivo, se logra, a través de instrumentos que posibiliten soluciones eficientes, que son aquellas, con cuya utilización, se podrá medir o comparar estados sociales que logren dicha minimización de costes.

Ahora bien, y adentrándonos en el estudio de las medidas cautelares en el sistema del *common law*, tenemos que, los requisitos asociados a la concesión de dicha clase de medidas, han sido históricamente los siguientes, a saber: (a) La existencia de un riesgo de daño irreparable para el demandante de no adoptarse la tutela provisional (*the threat of irreparable harm to the Plaintiffs*); (b) La probabilidad que el demandante obtenga un resultado favorable en el juicio (*the probability that the Plaintiffs will succeed on the merits*); (c) La comparación del riesgo de daño irreparable del demandante, con aquel riesgo de daño que la concesión de la medida cautelar ocasionará en las otras partes del juicio, y especialmente, en el demandado (*the state of the balance between this harm and the injury that granting the injunction will inflict on other parties*), y (d) la existencia de un interés público (*whether it is in the public interest*)¹⁸⁸.

A dichos cuatro requisitos, se agrega por algunos autores, un quinto, referente a que se demuestre, por el solicitante, que no existe en la ley, aparte de la medida cautelar, ningún otro remedio adecuado con la finalidad de salvaguardar sus intereses (*no*

¹⁸⁷ Traducción libre realizada por el autor, del siguiente párrafo: “The decision whether to issue a preliminary injunction should aim at minimizing the expected irreparable social costs that result from the delay in deciding the case on the merits” GRISSKOPF, Ofer, y Medina, Barak.. Ob. Cit. 6-7p (“Como la decisión de dictar una medida cautelar debe tener como objetivo minimizar los costos sociales irreparables que resultan de la demora en resolver el litigio sobre el fondo”)

¹⁸⁸ Ver: WOLF, Arthur. Ob. Cit. 228p.

adequate remedy at law)¹⁸⁹. En este sentido, se pronuncia el magistrado Morton Denlow, quien señala:

“The complex nature of the preliminary injunction motion and the opinion writing that accompanies the hearing provides parties and the court with substantial factors to consider before proceeding with the motion. Therefore, the motion for a preliminary injunction should be considered a last resort. A court should encourage parties to proceed to a trial on the merits and avoid the preliminary injunction motion whenever possible. Thus, it may be productive for a court to attempt to work out some form of agreed standstill order with an understanding to expedite discovery and the ultimate trial on the merits. Often the matters litigated in the preliminary injunction hearing will be identical to those raised at a trial on the merits”¹⁹⁰

Sin embargo, ello no resulta completamente pacífico¹⁹¹. Por su parte, tampoco resulta aceptado de manera uniforme, en los distintos circuitos de apelación, el hecho de aplicar los cuatro factores antes indicados¹⁹², lo que se debe, a la falta de uniformidad proveniente de la Corte Suprema de Justicia. Ahora bien, ello se analizará posteriormente. Con todo, sobre la base de considerar que las medidas cautelares son

¹⁸⁹ Ver opinión de Richard Posner, en: *Roland Machinery Co., vs. Dresser Industries, Inc.* 749 F. 2d, 380, 387-388 (7o. Cir. 1984)

¹⁹⁰ DENLOW, Morton. *The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard. The Review of Litigation*. Vol: 22.3. 533p. 2003. (“La naturaleza compleja de la moción de la medida cautelar y el dictamen escrito que acompaña a la audiencia, brinda a las partes y al tribunal los factores importantes a considerar antes de proceder con la solicitud. Por lo tanto, la propuesta de una medida cautelar debe ser considerada como un último recurso. Un tribunal debe alentar a las partes a proceder a un juicio sobre el fondo y evitar el procedimiento de la medida cautelar siempre que sea posible. De este modo puede ser beneficioso para un tribunal intentar llegar a algún tipo de acuerdo de una orden de detentamiento, cese o paralización para acelerar el descubrimiento y el juicio final sobre las evidencias de fondo. A menudo el asunto u objeto de litigio en la audiencia de medidas cautelares serán idénticas a las planteadas en un juicio sobre el fondo”)

¹⁹¹ Ver: *Wright & Miller, Federal Practice and Procedure* § 2944, at p. 401 (1973)

¹⁹² Ver: *Reinders Bros. v. Rain Bird Eastern Sales Corp.*, 627 F.2d 44, 49 (7th Cir. 1980); *Fox Valley*, supra, 545 F.2d at 1098

una institución excepcional, la mayoría de la jurisprudencia, exige la prueba de los cuatro factores¹⁹³

Por ahora, y a continuación, analizaremos brevemente cada uno de dichos cuatro requisitos, en el orden mencionado:

(a) La existencia de un riesgo de daño irreparable para el demandante de no adoptarse la tutela provisional (*the threat of irreparable harm to the Plaintiffs*): El concepto de daño irreparable, ha sido elaborado por la jurisprudencia, como un elemento tendiente a describir la naturaleza y cantidad de los daños que se le pueden ocasionar al demandante en caso de que el demandado no se encuentre sujeto, durante el curso del juicio, a alguna medida que limite sus facultades de disposición, y que en consecuencia el transcurso del tiempo haga que no pueda ejecutar una sentencia favorable futura¹⁹⁴

En consecuencia, la existencia de dicha clase de daños se vincula necesariamente con la naturaleza del proceso, y su imposibilidad física de hacer coincidir el momento de inicio del proceso, con el momento de la dictación de la sentencia definitiva. De esta forma, el perjuicio vendría dado por el hecho de que el mismo no puede ser reparado posteriormente, por otro medio, incluso por la sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto¹⁹⁵.

¹⁹³ Shaffer v. Globe Protection, Inc., 721 F.2d 1121, 1123 (7th Cir. 1983); Technical Publishing Co., supra, 729 F.2d at 1139; Singer Co. v. P.R. Mallory & Co., 671 F.2d 232, 234 (7th Cir. 1982). El criterio es que: "All of these conditions must be satisfied before the drastic remedy of an injunction will be ordered."

¹⁹⁴ "(...)if the non-moving party intends to transfer unique property beyond the reach of the court's process, temporary injunctive relief would be appropriate". WOLF, John. Ob. Cit. 229p. ("Si la parte demandante tiene la intención de transferir la propiedad absoluta más allá del alcance del proceso de la corte, medidas cautelares temporales serían apropiadas")

¹⁹⁵ En este sentido, Richard Posner, en: Roland Machinery Co., vs. Dresser Industries, Inc. 749. F. 2d, 380, 387-388 (7o. Cir. 1984), cuando señala: "can be either cured by the defendant's ultimately prevailing in the trial on the merits or fully compensated by the injunction bond"

(b) La probabilidad que el demandante obtenga un resultado favorable en el juicio (*the probability that the Plaintiffs will succeed on the merits*): Este requisito exige cierta prueba acerca de que la acción del demandante tiene plausibilidad. El problema, en la jurisprudencia norteamericana, es que se han ensayado diferentes conceptos que pretenden materializar el requisito que se estudia, sin que se haya logrado algún consenso sobre la extensión del mismo.

Así, la Corte Suprema ha conceptualizado el requisito, exigiendo la prueba al demandante, acerca de que es probable de que vaya a prevalecer sobre el fondo¹⁹⁶. Sin embargo, en otras oportunidades, se ha resumido el requisito, exigiendo el tribunal, la prueba de: “alguna probabilidad de éxito” (“*Some likelihood of success*”)¹⁹⁷. Richard Posner, en algunos de sus fallos, ha exigido la acreditación de un riesgo razonable¹⁹⁸. Por último en otras oportunidades, la forma de materializar el requisito va de la mano de la gravedad y trascendencia de las alegaciones del actor, más que de un estudio acerca de las probabilidades de éxito¹⁹⁹.

Ahora bien, si para la jurisprudencia la forma de llevar a la práctica el requisito que se estudia, no constituye algo pacífico, tampoco lo es, para la doctrina²⁰⁰. En este

¹⁹⁶ Ver: *Doran v. Inn Salem, Inc.*, 422 EE.UU. 922, 931, (1975)

¹⁹⁷ Ver: *Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co.*, 206 F.2d 738, 740 (2d Cir. 1953)

¹⁹⁸ Ver: *Fox Valley Harvestore, Inc. v. A.O. Smith Harvestore Products, Inc.*, 545 F.2d 1096, 1097 n. 1 (7th Cir. 1976)

¹⁹⁹ Ver: *Mytinger & Casselberry, Inc. v. Numanna Laboratories Corp.*, 215 F.2d 382, 385 (7th Cir. 1954)

²⁰⁰ Un resumen de todas las implicancias al respecto, se encuentra en el capítulo III del Libro: “La prueba de los hechos” de Michelle Taruffo, páginas 167 a 240. Al respecto podemos hacer los siguientes comentarios: (a) La búsqueda de la verdad absoluta no constituye, en el contexto de un procedimiento cognoscitivo como es el proceso, sino un valor-límite teórico de la verdad de la descripción, lo que es aceptado por las teorías de la verdad como correspondencia, en este sentido, Tarki y Popper; (b) A consecuencia de lo anterior, la decisión jurisdiccional debe olvidar la pretensión de alcanzar una verdad absoluta respecto de los hechos. Si ello es así, al momento de la decisión jurisdiccional definitiva, lo es con mayor razón, al momento de la decisión sobre las medidas cautelares, en donde, la calidad de los antecedentes que se requieren para la obtención de dicha decisión provisional, son cuantitativa y cualitativamente menores que aquellos exigidos para la decisión sobre el fondo; (c) El problema se produce cuando los conceptos con los cuales queremos desarrollar la idea de plausibilidad pretenden una correspondencia con la verdad absoluta (en cualquier sistema que se discuta lo anterior). En otras palabras, el legislador debe correlacionar el presupuesto probabilístico de las medidas cautelares con la plausibilidad de la pretensión y defensas de las partes, y no con la plausibilidad de la efectividad de dichas

sentido, Arthur Wolf²⁰¹, ha puesto de manifiesto que el análisis del presupuesto analizado, no puede ser un asunto de: “todo o nada”, en cuanto a estimar que la fuerza de los argumentos de una de las partes haga inclinar la balanza a su favor, y por lo tanto, haga procedente la adopción de la medida, o su denegación, dependiendo, de si estamos en presencia de los razonamientos expuestos por el actor o por el demandado, respectivamente. En consecuencia, bastaría, la prueba de cierto nivel de fuerza en las pretensiones del actor, para que se haga lugar a la providencia cautelar, con prescindencia de una escala probabilística. Por otro lado, Denlow, sostiene que el requisito que se estudia, no puede ser analizado de manera aislada del requisito del daño

pretensiones y defensas en relación a la verdad absoluta; (d) Ahora bien, en un sistema civil, de preponderancia de prueba, obtiene un resultado favorable, quien acredita relativamente más sus formulaciones declarativas de pretensión. En consecuencia, la no prueba de un hecho alegado por el demandante y del cual dependa la existencia de una determinada pretensión, no significa la falsedad del hecho en cuestión, sino que solamente no se ha probado la confirmación de la verdad de la hipótesis en que se fundó la pretensión, de manera que la acción será desestimada; (e) Ello nos permite avanzar, en la idea que lo que está sujeto a acreditación en el marco del proceso, es la verdad de las hipótesis en que se sustentan las pretensiones y defensas de las partes, en los términos y contextos formulados, las que serán acreditadas de acuerdo a las cargas que determinen las reglas del *onus probandi*. Con todo, el cumplimiento o no de los requerimientos de conducta que se exijan para acreditar dichas hipótesis determinará la necesidad de dar probada o no la verdad de las mencionadas hipótesis. Por ejemplo, si respecto de la prueba de un determinado hecho el demandante acompaña un documento del cual se infiere directamente la existencia del hecho en cuestión, el mismo resultará probado, pudiendo afirmarse la verdad de la hipótesis de la pretensión del actor. Pero otro lado, si el demandado ha alegado, hechos extintivos al fundamento del demandante, y no los acredita, se tendrá por probado el hecho que funda la acción, por incumplimiento de la carga de prueba, aún cuando no se allegue al proceso ningún medio de probanza sobre el hecho respectivo, el que, por lo demás, fue reconocido por el demandado al aceptar su existencia, pero que frente a su vigencia, alegó la extinción del mismo; (f) De esta manera, el actor no siempre requerirá una prueba superior equivalente al 50% de la verdad de la hipótesis de pretensión respectiva, ya que, dependiendo de las alegaciones de la demandada, no sea necesario exigirle ninguna prueba de plausibilidad, en la medida que el demandado tampoco haya aportado ningún medio que demuestre la plausibilidad de la verdad de la hipótesis de defensa. Lo contrario, podría suponer exigencias de pruebas imposibles para el actor (probar hechos negativos alegados por la contraparte); (g) Por otro lado, en aquellos casos en donde ambas partes hayan aportado antecedentes a favor de la correspondencia de sus hipótesis de pretensiones y defensas para los fines de la decisión cautelar, no cabe sino considerar, de acuerdo a las reglas de la carga de prueba, si el demandante podrá cumplirlas, más no, exigir una victoria provisoria respecto del estado de la cuestión probatoria al momento de la decisión, ya que, lo que el requisito –que estudiamos– pretende solamente descifrar la existencia de algún nivel de correlación entre el discurso (hipótesis de pretensión) y la prueba que llevará en la sentencia definitiva a pronunciarse sobre dicha adecuación, y (h) Más aún, dicha conclusión se impone por el hecho que, el juego de las otras variables (daño irreparable para demandante, demandado o terceros), puede llevar a considerar la pertinencia o no de la medida cautelar, en circunstancias que un análisis probatorio de preeminencia de pruebas, en sede cautelar, puede conducir a rechazar una medida preliminar cuando sea socialmente deseable.

²⁰¹ WOLF, Arthur. Ob. Cit. 230p.

irreparable, porque, aún cuando, la parte demandante tenga menos de un cincuenta por ciento de probabilidades de obtener el juicio, debe ser concedida la medida cautelar, si es el caso que exista una prueba muy potente acerca de la efectividad de concurrir daño irreparable para dicha parte, en caso de no concederse la medida. Por lo mismo, propone una escala móvil, a efectos de concluir sobre la conveniencia de conceder o no una medida cautelar²⁰².

(c) La comparación del riesgo de daño irreparable del demandante, con aquel riesgo de daño que la concesión de la medida cautelar ocasionará en las otras partes del juicio, y especialmente, en el demandado (*the state of the balance between this harm and the injury that granting the injunction will inflict on other parties*): La presente exigencia es aquella que permite introducir en el examen de la procedencia de las medidas cautelares, el interés del demandado. En efecto, la afectación a la situación jurídica del sujeto pasivo, debe ser considerada al momento que el tribunal adopte una decisión sobre acceder o no a la medida cautelar. Ello sobre la base evidente, que la concesión de una tutela provisional, acarreará de todas maneras, perjuicios al demandado. Por lo que, uno de los propósitos de la cautela provisional, debe ser también, el de preservar las posiciones relativas de las partes hasta que el juicio concluya, en cuanto a impedir que dicho instrumento, signifique un arma de presión indebida en contra del demandado.

²⁰² Así explica que: “The court should balance this harm against the showing of harm to the movant. A preliminary injunction should not be entered unless the harm to the movant is greater than the harm to the nonmoving party taking into account possible bonds by either side. Based upon these considerations, neither a sliding scale method nor a two-part, three-part, or four-part balancing test should be adopted by any court deciding a motion for preliminary injunction. A sliding scale approach would allow a party with less than a 50% chance of winning on the merits to succeed on the motion, so long as there is a very strong showing of irreparable harm” DENLOW, Morton. Ob. Cit. 537p (“El tribunal debe equilibrar este daño en contra de la muestra de daño a la parte demandante. Una medida cautelar no debe ser introducida a menos que el daño al demandante sea mayor que el perjuicio a la parte demandada, teniendo en cuenta las posibles obligaciones de ambas partes. Basadas en estas consideraciones, ni el método de escala móvil, ni de dos partes, de tres partes, o la prueba de cuatro factores de equilibrio debe ser adoptado por cualquier tribunal que decide un recurso de medida cautelar. Un enfoque de escala móvil permitiría a una de las partes tener menos de un 50% de probabilidades de ganar sobre el fondo para tener éxito en la petición de medidas cautelares lo que es una fuerte muestra de daño irreparable”)

Lo anterior viene a significar que aún cuando la medida se adopte sin oír a la parte demandada, de todas formas, el tribunal velará por sus intereses, comparando el daño irreparable que la concesión o denegación de la medida causará en cada parte. La defensa de los intereses del demandado, queda radicado en el juez, sobre la base de un control judicial sobre la procedencia de la medida.

Como veremos posteriormente, de acuerdo al parámetro *Posner-Leubsdorf*, lo relevante en la decisión judicial es la comparación entre el valor esperado del daño irreparable del demandante, versus el valor esperado del daño irreparable del demandado, de forma de optar a favor de la parte que sufra el menor daño en el marco de dicha dialéctica.

El mencionado parámetro es la base de la formulación que realiza el análisis económico del derecho en materia de prohibiciones preliminares, sin embargo, no sería completamente satisfactorio, a fines de lograr una mayor eficiencia, toda vez, que dicho enfoque, no consideraría daños que no resultan subsanables por medio de los remedios que dispone la ley para aminorar los perjuicios causados por la concesión de una medida cautelar.

En otras palabras, en aquellos casos en donde se conceden medidas cautelares, se generan perjuicios al demandado, que pueden ser salvaguardados y reparados, vía remedios o recursos legales, establecidos con dicho fin (existencia de fianzas, y establecimiento de regímenes de responsabilidad). No obstante ello, existen cierta de clase de daños que no son eliminados por medio de dichos instrumentos. En efecto, los posibles daños que una medida provisional genera son de dos clases, a saber: (a) Costos Hundidos, que vienen a significar pérdidas netas de bienestar social, y (b) Pérdidas privadas, que generan transferencias de riquezas inmerecidas a favor de la parte que incorrectamente se vio beneficiada por una medida cautelar. La primera clase de daños

no es posible de ser reparada ni por un sistema de fianzas, ni por un sistema de responsabilidad para el solicitante negligente o doloso, lo que sí ocurre, con la segunda clase de daños, que puede ser redistribuido entre las partes, desde aquella que sufre el daño, a quien la causa, y en cuya lógica, es factible, la internalización de los costos generados por una improcedente medida cautelar. Lo anterior es así, porque existe un costo social que no resulta cubierto por los beneficios a que accede el demandante que ha obtenido indebidamente una medida cautelar, y que por lo mismo, no son susceptibles de ser devueltos por medio de los mecanismos antes indicados. Dicho costo social, incluye perjuicios a terceros (como por ejemplo, consumidores), quienes no poseen mecanismos legales apropiados de compensación.

Ahora bien, lo trascendente de lo que se ha dicho, es que, en la evaluación de los daños irreparables que se pueden causar al demandado, no sólo deben ser considerados, aquellos perjuicios susceptibles de ser retribuidos por mecanismos legales *ex post*, sino que también, aquél costo social, que no se refiere a los beneficios privados de un demandante que ha terminado siendo vencido sobre el fondo.

En este sentido, se pronuncian Ofer Grosskopf y Barak Medina, cuando señalan que:

“In sum, deadweight-loss should always be considered an irreparable social cost, since compensation for it merely reallocates the damage but does not eliminate it. In contrast, undeserved-wealth-transfers should be so considered only if an *ex-post* restitutionary remedy is unavailable, either legally or practically (due to judgment proof problems)”²⁰³

²⁰³ GRISSKOPF, Ofer, y Medina, Barak. Ob. Cit. 13p. (“En suma, la pérdida de peso muerto, siempre debe ser considerado como un costo social irreparable, ya que solamente limita la indemnización por el daño, pero no lo elimina. Por el contrario, las transferencias de la riqueza no merecida, deben ser reconocidas como tales sólo si una solución de restitución retrospectiva no está disponible, ya sea legal o práctica (debido a los problemas de prueba de juicio)”

(d) La existencia de un interés público (*whether it is in the public interest*):

Respecto de este presupuesto de las medidas cautelares, existe mayor consenso en lo que a su procedencia y admisibilidad se refiere. En efecto, resulta mayormente pacífico en la doctrina, que no debería constituir un factor de incidencia en disputas entre privados. Con todo, sí debe ser considerado cuando las entidades públicas o el gobierno sean partes en un juicio, ya sea como demandante o demandado, y en aquellos casos en donde se ejercen acciones colectivas o de interés general (*class action*). En este sentido, Wolf, señala:

“Therefore the public interest or harm to others factor should be eliminated from consideration, except in two instances: class actions and suits involving governmental parties. In these two categories of cases, the named parties are obligated to represent the interests of unnamed or absent persons whose injuries should be considered as if they were active litigants. In such instances, it is appropriate to align their interests with named parties”²⁰⁴

Pues bien, probado que sean dichos cuatro factores, debería concederse una medida cautelar a favor del demandante. Como hemos indicado, la valoración del interés del demandado, es objeto de control judicial, porque el resguardo de su esfera de derechos debe ser controlada por el juez al momento de decidir sobre el otorgamiento de la medida. Con todo, igualmente el demandado sufrirá perjuicios o daños, por lo que la normativa sobre prohibición preliminar, debe contar con mecanismos que posibiliten la mitigación de dichos detrimentos, en aquellos casos en donde la tutela provisional no se transforme en definitiva, por el hecho de que el demandante no obtenga un resultado favorable sobre el fondo.

²⁰⁴ WOLF, Arthur. Ob. Cit. 234-235p. (“Por lo tanto el interés público o daño a otros factores se deben eliminar de la consideración, excepto en estas dos instancias: las acciones de clase o colectivas y acciones gubernamentales en que intervengan las partes. En estas dos categorías de casos, las partes mencionadas están obligadas a representar los intereses de las personas anónimas o ausentes cuyas lesiones deben ser consideradas como si fueran litigantes activos. En estos casos, es conveniente alinear o ajustar sus intereses con las partes mencionadas”)

Por lo mismo, la legislación norteamericana, establece como mecanismo paradigmático de mitigación de daños, el establecimiento de una fianza que el actor debe rendir con anterioridad a la concesión de una medida cautelar. A tal efecto, el artículo 65 (c) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, disponen que el solicitante de una prohibición preliminar, se encuentra obligado a rendir fianza por una suma que el tribunal considere apropiada, a los efectos de solventar el pago de los costes y daños que se puedan incurrir a cualquiera de las partes que demuestren haber sido injustamente afectados por la medida cautelar. La función de dicha fianza, es la de garantizar una indemnización al sujeto pasivo que ha sufrido injustamente una tutela cautelar, así como, facilitar la recuperación de los perjuicios que pudiera haber sufrido. En este mismo sentido, Dan Dobbs, cuando señala:

“[t]he main purpose of the bond requirement is to protect the defendant from reparable loss of rights due to a decision made before trial.”²⁰⁵

Para Richard Brooks, y Warren Schwartz²⁰⁶, la existencia de dichos medios de mitigación, que se traducen en que el demandante internalizará los costos y perjuicios de una medida cautelar incorrectamente concedida, hacen innecesario que el tribunal valore o tenga en consideración los daños irreparables que dicha medida puede causar en el demandado. Sin embargo, como han acreditado, Ofer Grosskopf y Barak Medina, dichos mecanismos de reparación *ex post* (en la manera en que se encuentran regulados), no eliminan la totalidad de los costos asociados al otorgamiento de una tutela provisional, por lo que, cualquier medio de mitigación, resulta complementario, al control judicial sobre los requisitos antes indicados.

²⁰⁵ DOBBS, Dan. *Law of remedies: Damages, equity, restitución*. 1993. 2a Edición. 197p. (“El objetivo principal del requisito de fianza es para proteger al demandado de la pérdida indemnizable de los derechos por una decisión tomada antes del juicio”)

²⁰⁶ RICHARD R.W. Brooks, y WARREN F. Schwartz. *Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine*. *Stanford Law Review*. 381. 2005

Adicionalmente, las fianzas concedidas en el sistema norteamericano (y también en otros sistemas²⁰⁷), están afectos a un problema de subvaloración de los daños futuros, en razón de las siguientes circunstancias, a saber:

- a. De acuerdo a una antigua jurisprudencia, proveniente de la decisión de la Corte Suprema de 1882, en el caso, *Russell vs. Farley*, el tribunal respectivo tiene el deber de considerar la equidad del caso antes de fijar o establecer una fianza, lo que conduce necesariamente, a suavizar el monto de las fianzas. Con todo, el argumento expuesto, no resulta mayormente aceptable, hoy en día, en presencia de una norma como la del artículo 65 (c) antes mencionada.
- b. En segundo lugar, el hecho de que la fianza es estimada en una etapa temprana del juicio, impide que considere todos los costes esperados y daños que se pueden ocasionar al demandado, por lo que existe un umbral de error mayor (en relación a su monto), mientras más lejano se ubique el momento de la concesión de la medida, respecto del momento de la decisión sobre el fondo.
- c. Adicionalmente, el hecho de que la legislación, no establezca, para fijar el monto de la caución, el interés de terceros, hace que de todas maneras la suma de la fianza sea subvalorada respecto del costo social infringido.
- d. Por último, resulta ineludible que el tribunal considere al momento de fijar el monto de la fianza, los otros elementos que hacen procedentes la tutela cautelar, y que involucren aspectos no relacionados necesariamente con el daño esperado que la tutela causará en el sujeto pasivo, por lo que, tampoco se obtiene, por esta vía, una completa compensación, ni siquiera, de la riqueza privada transferida indebidamente al demandante.

²⁰⁷ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 354-262p.

Frente a dichos problemas de los mecanismos de mitigación de la cautela, y considerando que la tutela provisional surge de la imposibilidad de que la respuesta jurisdiccional sea instantánea al momento del ejercicio de la acción por el demandante, es que existen fuertes motivos para que los tribunales norteamericanos, consideren apropiado adelantar la decisión sobre el fondo, una vez concedida una medida cautelar. Ello se impone por las siguientes razones, a saber:

- a. Existe una tendencia de la jurisprudencia, a explorar con mayor interés el asunto de fondo, con la finalidad de eliminar los márgenes de error que importa la decisión sobre la base de que el actor tendrá un “resultado probable”
- b. En segundo lugar, una pronta decisión del problema, generaría un mensaje claro a las partes acerca de la vitalidad o plausibilidad de la demanda
- c. En tercer lugar, existe una razón económica, porque el litigio acerca de la procedencia de las medidas cautelares, introduce una carga adicional al sistema judicial.

Con todo, la posibilidad de instar por una pronta prosecución del juicio, de oficio por el juzgador, resulta impensado en procedimientos en donde rige sin mayor contrapeso, el principio dispositivo, el que se revela, en este aspecto, como claramente anti-económico, ya que en base a él, como ocurre en el ordenamiento jurídico nacional, el demandante solo tiene una carga procesal de activar el proceso cada seis meses.²⁰⁸

²⁰⁸ En efecto, en nuestro sistema, la carga de impulso procesal para el demandante, es de seis meses, de conformidad al artículo 152 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, lo que puede significar un incentivo para la demora del proceso, más aún si ha logrado la concesión de alguna medida cautelar, la que puede transformarse en un arma de presión indebida para el demandado.

Para terminar nuestro repaso al sistema del *common law*, debemos indicar que la crítica más importante, resulta de la indefinición y poca claridad de los requisitos que hacen procedente la concesión de una prohibición preliminar. La objeción, es que la Corte Suprema Norteamericana ha descrito una ruta sinuosa, con variaciones de escala en la aplicación de las normas en cuestión, lo que ha impedido alcanzar seguridad jurídica en este delicado tema. Lo anterior, se debe a que, el tribunal de primera instancia, tiene amplias facultades a los efectos de decidir la concesión o no de las medidas cautelares, en desmedro de las posibilidades de revisión de las Cortes de Apelaciones. Dicha tensión se manifestó entre el voto de mayoría (expuesto por Richard Posner), y el voto de minoría (expuesto por Swygert), en el caso *Roland Machunery Co vs. Dresser Industries Inc.* En donde, Swygert, defendió la postura de que la discreción en el examen de los presupuestos de procedencia de la tutela cautelar, debe recaer en el tribunal de distrito de primera instancia, no siendo posible, sino en casos excepcionales, la revisión en sede de apelación. En este sentido señala que la valoración acerca de la ponderación de los daños; la determinación de la probabilidad del demandante de éxito sobre el fondo, y la conclusión acerca de daños irreparables, importan juicios discrecionales, que son de difícil examen por parte de un tribunal de apelación. Al respecto, agrega que la responsabilidad en la decisión final recae en el tribunal de distrito de primera instancia, por lo que tiene un mayor control sobre el proceso que un tribunal de apelación, de manera que, en ese mismo sentido, se encuentra el primero en mejor posición para preservar el estado de cosas que pretende garantizar la tutela cautelar. Por lo demás, una amplia libertad de revisión, facilitará sustitución de decisiones, generando duplicidad de costos y mayores niveles de gastos para el sistema judicial. En este sentido, no se justifica poner en igual pie en cuanto a la posibilidad de valorar un asunto, a un tribunal que posee mayor información (de primera instancia), que a uno, que solamente conoce, sobre la base de un expediente escrito. Al respecto, cita a la jurisprudencia unánime que apoyaría su criterio²⁰⁹

²⁰⁹ Ver: *Data Laboratories, Inc. v. Coulter Electronics, Inc.* , 420 F.2d 1174, 1178 (7th Cir. 1969); *American Medical Ass'n v. Weinberger*, 522 F.2d 921, 924 (7th Cir. 1975)

Con todo, la conclusión a la que se ha llegado con dicha discrecionalidad y poder limitado de revisión, es un descontento, que se manifiesta de manera clara en los siguientes pasajes doctrinarios, a saber:

“While non-uniformity of decisions may serve a creative purpose in the short run, over time it tends to breed disrespect for and discontent of the law and advance the perception that judicial decisionmaking is largely arbitrary. Furthermore from a practical perspective, non-uniformity, especially of the intra-circuit variety, tends to undermine the goal of predictability which is vital for lawyer and client in ordering their affairs to conform with established legal norms. If the principles are uncertain, both counseling and compliance become chancy at best.”²¹⁰

“Unfortunately, in the absence of a definitive Supreme Court decision, the standards applied by the circuit courts of appeals are not consistent. The result is confusion for lawyers and judges and an unpredictable application by the courts. The best route for parties and the courts is to avoid the preliminary injunction hearing and to proceed with an expedited trial on the merits. Because parties apprised of the complications and costs of a preliminary injunction hearing usually decide not to incur the additional expense and delay created by the motion, district courts should inform litigants of the pros and cons associated with the motion, seek to develop an agreed interim solution, and promote the benefits of an expedited trial on the merits. In addition, the Supreme Court

²¹⁰ WOLF, Arthur. Ob. Cit. 236-237p. (“Si bien la falta de uniformidad de las decisiones puede servir a un propósito creativo en el corto plazo, con el tiempo tiende a gestar la falta de respeto y el descontento respecto de la ley y continua con la percepción de que la toma de decisiones judiciales es en gran medida arbitraria. Más aún desde una perspectiva práctica, la falta de uniformidad, especialmente dentro de un mismo circuito, tiende a menoscabar el objetivo de previsibilidad que es vital para el abogado y el cliente en cuanto a ordenar sus asuntos para ajustarse a las normas legales establecidas. Si las motivaciones son inciertos, tanto el asesoramiento y el cumplimiento se convierten en opciones arriesgadas”)

should adopt a uniform standard that courts and parties can apply throughout the country. This is long overdue”²¹¹

Ello ha significado que la doctrina ofrezca diferentes modelos para la procedencia de las medidas cautelares, frente a la vaguedad y poca uniformidad jurisprudencial.

Uno de dichos modelos, es el ofrecido por Arthur Wolf, quien establece un enfoque de cinco pasos, en donde el juez de distrito debe conceder una prohibición preliminar: (a) Si determina que el sujeto pasivo tiene la intención o es probable que actúe en perjuicio del sujeto activo; (b) En caso afirmativo, debe estudiar si existe un recurso adecuado después del juicio, que tienda a aminorar el perjuicio probable del demandante, en caso de que no se adopte la tutela cautelar; (c) Si no existen dichos recursos *ex post*, el juez debe determinar la existencia de daños irreparables para el demandante por sobre la existencia de daños irreparables del demandado; (d) Si ello es afirmativo, debe analizar si los mecanismos de mitigación de daños, reducirán el daño previsto, en cuyo caso, se debe optar por dichos instrumentos; y (e) Si no existe dicha posibilidad, debe emitir la orden, exigiendo de todas formas fianzas u otras medidas de protección al demandado²¹².

Con todo, dicho modelo, no resulta completamente compatible con un objetivo de eficiencia, porque como hemos visto, ni la fianza, ni otros mecanismos *ex post* de

²¹¹ DENLOW, Morton. Ob. Cit. 539p. (“Desafortunadamente, en ausencia de una decisión definitiva de la Corte Suprema, las normas aplicadas por los tribunales del circuito de cortes de apelaciones no son consistentes. El resultado es confuso para los abogados y jueces, y genera una aplicación impredecible por los tribunales. El mejor camino para las partes y los tribunales es evitar la audiencia de medida cautelar y proceder a un juicio expedito sobre el fondo. Porque las partes están al tanto de las complicaciones y los costos de una audiencia de medidas cautelares y por lo general deciden no incurrir en gastos adicionales, retrasos o demoras creados por la moción o propuesta de medidas cautelares, los tribunales de los distritos deben informar a los litigantes de los pros y contras (ventajas y desventajas) asociadas con la solicitud, buscando desarrollar una solución de común acuerdo provisional y promover los beneficios de un juicio expedito sobre el fondo. Así mismo la Corte Suprema debe adoptar un criterio uniforme, que los tribunales y las partes pueden solicitar ejercer en todo el país. Esto es muy necesario”)

²¹² WOLF, Arthur. Ob. Cit. 235p.

mitigación de daños, son susceptibles de evitar todos los costos sociales que una medida cautelar puede generar, por lo que no producen un escenario alternativo preferible a la de la tutela provisional, de manera que la importancia que se le da en dicho mecanismo, resulta exagerada.

Frente a eso, un primer avance fue dado por Richard Posner, y por John Leubsdorf, quienes con el objeto de reducir los costos involucrados en la concesión de una medida precautoria, propusieron el modelo tradicional y paradigmático de tutela cautelar que ha ofrecido el análisis económico del derecho.

§. 5.3 El parámetro Posner-Leubsdorf.

Una propuesta específica sobre tutela provisional, en el contexto del derecho estadounidense, es el modelo formulado por Richard Posner y por John Leubsdorf, que es conocido como parámetro *Lubsdorf-Posner*, sobre medidas cautelares.

La propuesta de dichos autores, ha sido expuesta por Posner, en su Libro sobre el Análisis Económico del Derecho²¹³, así como, en la decisión *Roland Machinery Co vs. Dresser Industries Inc*²¹⁴. Por su parte, John Leubsdorf ha expuesto sus ideas, en un artículo publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Harvard²¹⁵.

²¹³ POSNER, Richard. Ob. Cit. 520p

²¹⁴ Un pasaje de dicha decisión en donde se hace aplicación de la fórmula propuesta por Posner, es el siguiente: “The idea underlying these equivalent approaches is that the task for the district judge in deciding whether to grant or deny a motion for preliminary injunction is to minimize errors: the error of denying an injunction to one who will in fact (though no one can know this for sure) go on to win the case on the merits, and the error of granting an injunction to one who will go on to lose. The judge must try to avoid the error that is more costly in the circumstances. That cost is a function of the gravity of the error if it occurs and the probability that it will occur. The error of denying an injunction to someone whose legal rights have in fact been infringed is thus more costly the greater the magnitude of the harm that the plaintiff will incur from the denial and the greater the probability that his legal rights really have been infringed. And similarly the error of granting an injunction to someone whose legal rights will turn out not to have been infringed is more costly the greater the magnitude of the harm to the defendant from the injunction and the smaller the likelihood that the plaintiff's rights really have been infringed” *Roland Machinery Co vs. Dresser Industries Inc. 749.*, f. 2D (7o. Cir. 1984) 7p. (“La idea que subyace en estos enfoques equivalentes es que la labor del juez de distrito para decidir si concede o deniega una petición de

El criterio *Lubsdorf-Posner*, otorga un sentido económico al parámetro de los cuatro factores que se ha desarrollado en el *common law*. Como aspecto relevante se puede mencionar que esta fórmula considera en un plano de igualdad los intereses del sujeto pasivo y del sujeto activo, avanzando, además, respecto del parámetro de los factores, en cuanto a no considerar como antecedente relevante en la generalidad de los casos, la implicancia del interés público en la concesión o no de las medidas cautelares. Adicionalmente, se explicita, con la finalidad de propender a la igualdad antes señalada, las probabilidades de éxito del demandado, las que forman parte de la fórmula propuesta al efecto.

Lo anterior queda claro, por el hecho de que la propuesta de análisis económico del derecho de las prohibiciones preliminares que se estudia, considera el antecedente expuesto por Coase, en cuanto a que toda decisión judicial ocasiona daños a ambas partes, y por lo tanto, tiene una perspectiva dual²¹⁶. En efecto, frente a la pregunta de si corresponde dar o no tutela provisional a un demandante, la respuesta del análisis económico, toma en cuenta la posición no sólo del actor, sino que también de quien se ve afectado por dicha decisión, esto es, el demandado. En este sentido, Posner señala:

“But since the defendant may suffer irreparable harm from the entry of a preliminary injunction, the court must not only determine that the plaintiff will suffer irreparable harm if the preliminary injunction is denied -- a threshold

medida cautelar es para minimizar los errores: el error de negar una orden judicial a quien de hecho (aunque nadie puede saber esto por seguro) va a ganar el caso en cuanto al fondo, y el error de conceder una orden judicial para el que va a perder. El juez debe tratar de evitar el error más caro. Ese costo es una función de la gravedad del error si se produce y la probabilidad de que ocurra. El error de negar una orden judicial a una persona cuyos derechos han sido de hecho violados, es por lo tanto, más costoso cuanto mayor es la magnitud del daño que el demandante incurrirá dada dicha negación y a medida que mayor sea la probabilidad de que sus derechos legales realmente hayan sido vulnerados. Y del mismo modo el error de conceder un mandato legal a una persona cuyos derechos legales no se han infringido es más caro cuanto mayor sea la magnitud de los daños a la parte demandada de la medida cautelar y la menor probabilidad de que los derechos del demandante realmente se hayan infringido”)

²¹⁵ LEUBSDORF, John. The Standard for Preliminary Injunctions. *Harvard Law Review*, 91: 525p. 1978

²¹⁶ Ver: Acápites § III del Capítulo I de esta tesis.

requirement for granting a preliminary injunction -- but also weigh that harm against any irreparable harm that the defendant can show he will suffer if the injunction is granted”²¹⁷

El objetivo final, es que la medida que se adopte, no puede ser ineficiente, en cuanto a generar mayor pérdida social, que la alternativa contraria.

Pues bien, la fórmula indica que una medida cautelar (prohibición preliminar) debe ser otorgada sí y sólo sí: $P(H_p) > (1-P)H_d$, donde P es la probabilidad de que el demandante gane en el juicio (y por tanto 1-P es la probabilidad de que el demandado gane). H_p es el daño irreparable que sufrirá el demandante si no se otorga una prohibición preliminar para mantener la situación de hecho mientras se decide el asunto en definitiva, y H_d , es el daño irreparable que sufrirá el demandado si se otorga la prohibición preliminar. O sea, debería concederse la prohibición preliminar, sí y solo sí, la proporción de las probabilidades de triunfo del demandante respecto de las del demandado supera la proporción del daño irreparable del demandado respecto del daño irreparable del demandante²¹⁸.

De acuerdo, a lo que sugiere Richard Posner, la fórmula antes indicada, podría reordenarse de una manera más intuitiva, como sigue²¹⁹:

$$P/(1-P) > H_d/H_p$$

²¹⁷ Roland Machinery Co vs. Dresser Industries Inc. 749., f. 2D (7o. Cir. 1984) Página:6 (“Pero dado que el demandado pueda sufrir un daño irreparable con la concesión de una medida cautelar, el tribunal no sólo debe determinar que el demandante sufrirá daño irreparable si la medida cautelar se deniega - un requisito mínimo para la concesión u otorgamiento de una medida cautelar -, sino también debe medir o sopesar, los daños irreparables que el demandado puede demostrar que sufrirá si la medida cautelar se concede”)

²¹⁸ POSNER, Richard. Ob. Cit. 520p

²¹⁹ POSNER, Richard. Ob. Cit. 520p

En dicha fórmula, se considera la ponderación de los errores por sus costos, por lo que no se aleja de los fines buscados por el análisis económico en el ámbito procesal²²⁰. De esta forma, bien puede considerarse que la herramienta del análisis económico del derecho salvaguarda, de mejor manera, exigencias del debido proceso, aunque, quizás no lo pretenda explícitamente, ni tampoco, haya surgido de un desarrollo acerca de sus implicancias dogmáticas.

Ahora bien, hemos dicho que la propuesta del análisis económico del derecho que se estudia, respeta los intereses de ambas partes, porque para la concesión de la medida, deben ser tomados en cuenta por el juez, tanto el daño irreparable del demandante si es que no se otorga una prohibición preliminar, como el daño que sufrirá el demandado si es que la misma prohibición se concede. Además de la consideración probabilística de las opciones de que demandante obtenga una sentencia favorable.

Ello permite propender a un adecuado resguardo de las garantías involucradas en la paradoja señalada en los acápites anteriores, ya que precisamente una fórmula como la expuesta, permitiría poner fin a dicha paradoja, expresando la justa respuesta a un problema en donde se concilian los intereses de respuesta pronta del actor, y los del demandado, en cuanto a no ser abusado por la concesión de la tutela judicial, sobre la base que sus intereses estarán presentes al momento de decidir la adopción de la misma, existiendo en todo caso, y siempre, una decisión razonada que considere su posición procesal.

Es importante hacer presente que se contempla en la fórmula analizada un aspecto descuidado en las legislaciones de origen continental, cual es, el daño esperado que se producirá al demandado al concederse la tutela provisional. Lo anterior es trascendente, porque de hecho, la concesión de la medida importa necesariamente dicho daño, o sea, se trata de una variable cuya existencia se verificará en todos los casos.

²²⁰ Ver: Acápite §. 4.4 de este capítulo.

Dicho daño esperado, desde el análisis económico del derecho, se entiende como los valores de utilidad perdidos a consecuencia de la concesión de la tutela provisional (costos primarios)²²¹. Dichos daños se caracterizan porque no pueden ser reducidos a 0, por lo mismo, debe alcanzarse, para los efectos de minimizar los costos involucrados, un óptimo de prevención de dicha clase de daños, el que estará dado, por aquel nivel de daños esperados para el demandado, que no supere el valor del daño probable para el demandante, de no concederse la tutela provisional, multiplicado por la probabilidad para el actor de obtener una sentencia favorable. Dicho óptimo de prevención (como es posible de observar), se encuentra implícito en la aplicación de la fórmula estudiada, de manera que el juez al decidir si conceder o no una tutela provisional, estará aplicando derechamente criterios de eficiencia²²².

Se podría, con todo, y en primer término, objetar que dicha fórmula no da solución a los problemas intrínsecos de la concesión de una tutela provisional, cuales serían: la información incompleta del juez, y la exigencia de prontitud en el otorgamiento de la decisión tutelar. Con todo, dicha crítica no es completamente efectiva, porque se parte de la premisa de una información incompleta del juez, y asimismo, tampoco existirá dicha información completa, incluso al momento de fallar en definitiva²²³, si es que consideramos, al efecto, las teorías más modernas en materia procesal, en cuanto a los objetivos del proceso civil acusatorio²²⁴. En lo que se refiere a

²²¹ SCHAFFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit. 99p.

²²² De hecho la defensa frente a los anti-bienes (daños) solo es eficiente en la medida que la pérdida de utilidad necesaria para defenderse de los mismos sea inferior a la utilidad de reducirlos. Dicha enunciación de eficiencia y de gastos óptimos de prevención se encuentra implícita en la fórmula estudiada, no siendo ésta sino una aplicación particular de aquella.

²²³ Incluso el establecimiento de un sistema de medidas cautelares como propuesto por el análisis económico del derecho podría llevar a incentivar y promover la revelación de información ya que aumentan las exigencias para las partes, en cuanto se deben acreditar una serie de supuestos adicionales que el sistema tradicional no contempla. De acuerdo a la economía de la ley, la revelación de información es necesaria para que las partes puedan valorar sus posiciones verdaderas y así terminar los procesos vía negociación. SHAVELL, Steven. Ob. Cit. 426-432p

²²⁴ En efecto, se ha sostenido recientemente que un sistema acusatorio civil, difícilmente puede pretender la búsqueda de la verdad, de manera que, si dicha verdad no es necesaria para fallar en definitiva un asunto, menos aún es necesaria para pronunciarse sobre una medida precautoria. De lo anterior se sigue que el problema de la información completa no tiene la relevancia que se pretende, porque se acepta que el

la prontitud en la decisión, debemos sincerar el hecho de que, constituye una dificultad imposible de eliminar, ya que nace de la misma naturaleza del proceso jurisdiccional. Lo importante, sin embargo, es la consideración dual del problema, y el hecho de que el juzgador, fallará tomando en cuenta los intereses del demandado, respecto de lo cual, no necesita información completa, porque un medio subsidiario a dicha información, y que puede tender a mejorar los Standard de transmisión de antecedentes, lo constituye un sistema correcto de responsabilidad del demandante y de caución generalmente obligatoria, de acuerdo a lo que se verá en el acápite §. 7.2

En segundo lugar, dicha fórmula puede ser cuestionada, desde una óptica de eficiencia, lo que será desarrollado posteriormente en la sección §. 4.5 de este capítulo.

Por ahora, indicaremos la adecuación de la fórmula *Posner-Leubsdorf* a los objetivos del análisis económico del derecho procesal.

sistema procesal subsista, aún cuando el juez resuelva con información incompleta, al no ser posible teóricamente tener todo el cúmulo de antecedentes involucrados en un asunto, y no ser exigido tampoco, por el sistema procesal. Tanto es así, que existen por lo menos dos razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático, a saber: (a) No es fácil establecer qué se entiende por verdad judicial y por verdad *tout court*, lo que se ve complicado por la poco clara distinción entre verdad material y verdad formal. Pareciendo más razonable que, la existencia de reglas jurídicas que determinan la prueba por medio de normas probatorias, sirva para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no. para diferenciar totalmente, la verdad que se establece en el proceso. de aquella que se habla fuera del mismo; y (b) Además, por el lugar que se atribuye a la prueba de los hechos en la teoría del proceso, ya que existe una contradicción entre las afirmaciones que describen las funciones procesales de la teoría de la prueba, por una parte, y la teoría del proceso, por la otra, pretendiendo la primera el establecimiento de la verdad de los hechos, y la segunda, no consintiéndolos sus objetivos, en absoluto, en determinar dicha verdad, ya que existirían otros objetivos loables buscados por la teoría del proceso, tales como, mantener la paz social. Vinculado con esto último, existen múltiples teorías que niegan la verdad en el proceso civil, por lo que la exigencia de información completa en algún momento del proceso (sea al resolver en definitiva o al fallar una tutela provisional) no sería aceptada ni siquiera unánimemente. Al respecto, alguna de ellas se refieren a las teorías de la imposibilidad teórica de la prueba de la verdad en el proceso; a la imposibilidad ideológica de la prueba de la verdad en el proceso; lo que ha dado lugar en el *common law* al *adversary system of litigation*; a la imposibilidad práctica; a las teorías de la irrelevancia de la verdad en el proceso civil, con sus conocidas variantes del proceso entendido como juego retórico-persuasivo, y del proceso entendido como versión semiótico-narrativista., etc Para mayor información, Ver: TARUFFO, Michele. Ob. Cit. 542p.

§. 5.4 La fórmula Posner-Leubsdorf de la prohibición preliminar y la obtención de los objetivos procesales del Análisis Económico del Derecho Procesal.

Hemos desarrollado la idea de que la fórmula matemática dada por el análisis económico del derecho de acuerdo al parámetro *Posner-Leubsdorf* para la prohibición preliminar, permite la obtención de los objetivos procesales del análisis económico del derecho, que son: la reducción de los costos del error, y la reducción de los costos del sistema procesal. Veamos de qué manera, se cumplen dichos objetivos:

§. 5.4 1 La fórmula de prohibición preliminar y la reducción del error judicial: Como se ha sostenido, la fórmula matemática de la prohibición preliminar, permite al juez minimizar los costos esperados del error al comparar los costos ponderados del error de ambas partes. En este sentido, Posner nos señala que, si suponemos que el demandante tiene una probabilidad de 60% de ser declarado vencedor en un juicio, entonces el error al negar la petición de tutela provisional es de 60%, de forma que el riesgo del error si es que se concede es de un 40%. Si suponemos adicionalmente, que el daño irreparable para el demandante por la no concesión de la prohibición preliminar asciende a: \$ 50, mientras que si se concede, el costo del error asciende para el demandado a: \$ 100, tenemos que el costo esperado del error es mayor para el demandado que para el demandante (\$40 contra \$30²²⁵), lo que determina que la prohibición debe desestimarse.

De esta manera, al efectuar un comparación de los dos lados de la desigualdad, se pueden ponderar (en un mismo momento y en primera instancia) mejor los intereses envueltos, en cuanto a las probabilidades de error y a los costos esperados del mismo, adoptando una decisión que minimizará en mayor medida el error, si es que se considera solamente el daño irreparable para el demandante (como ocurre en la tradición de derecho continental, por medio de la materialización del requisito del *periculum in*

²²⁵ Una vez aplicada la probabilidad del error antes señalada.

*mora*²²⁶). En tal posición no existirá ninguna valoración del riesgo y del daño esperado del demandado, y con ello las posibilidades de error aumentarán.

Ahora bien, en conexión con el otro objetivo procesal del análisis económico del derecho (reducción de los costos del sistema procesal) podría pensarse que lo que se ahorra en los costos del error se gasta en costos para el sistema procesal, al exigirse un mayor cúmulo de información para la adopción de decisiones sobre prohibiciones preliminares. Pero ello no es necesariamente así, porque las exigencias normales de las legislaciones para la concesión de medidas cautelares, se traducen en cargas para el demandante, en cuanto a individualizar los bienes afectos a las medidas solicitadas; indicar su valor; su ubicación, todo lo que va unido a un sistema de responsabilidad del peticionario. Con esos datos, más aquella información que surge del proceso, en cuanto a la individualización y actividad del demandado, puede resultar suficiente para una evaluación de los supuestos a considerar en la fórmula indicada. Con todo, el sistema de responsabilidad pasa a ser esencial y complementario al control judicial de los requisitos de procedencia de la medida cautelar, porque si la verificación del juez, no es suficiente (para reducir el error) la ponderación de los intereses del demandado, en los términos propuestos, y de todas formas, se genera un error en la decisión de la medida provisional, ya sea porque ella esalzada posteriormente en el curso del proceso, o bien, porque se rechaza la demanda, entonces, el demandante que usó indebidamente la herramienta de la medida cautelar, se hará responsable de los perjuicios que se ocasionaron al demandado con motivo de su concesión, debiendo resarcirse en toda la extensión del daño, .

Por lo demás, y en conexión con lo señalado anteriormente, la transmisión de información del demandante al juzgador, en cuanto a la carga de aquel de probar los

²²⁶ Ver: CHIOVENDA, Guiseppe. Principios de derecho procesal civil. Traducción español de José Casaias y Santaló. . Madrid, Editorial Reus, 1925. Madrid. Vol 1. 263p.

presupuestos de la fórmula indicada, establecería las cargas y costes en quien debe internalizarlos, reduciendo (si es que cumple con dichas cargas procesales) el error.

Una reducción de los errores, a partir de la fórmula indicada, tiene trascendencia para los efectos de reducir el costo de ejecución, ya que habiendo menos errores, existirán asimismo, menor cantidad de ejecuciones que no debieron concederse.

La reducción de los errores judiciales en el juzgador de primera instancia, tiene importancia para el sistema de apelaciones, porque existiendo menos errores se reducirán igualmente las apelaciones. En efecto, un litigante racional apelará solamente cuando el valor esperado de su apelación supere a su costo, y de acuerdo a Cooter y Ulen, el valor esperado de la apelación es elevado cuando es probable que el tribunal superior revoque la decisión del tribunal de primera instancia. De manera que, ese valor esperado se reducirá en la medida que existan menos posibilidades de que el tribunal de primera instancia haya cometido errores. Si nosotros consideramos que la fórmula propuesta tiende a reducir los errores, en comparación con un sistema que no contemple los elementos de dicha fórmula, tenemos entonces que, los errores serán menos, y las apelaciones correrán igual suerte^{227 228}. Obviamente que el supuesto más cotidiano de error de parte del juzgador de primera instancia, es que exista una mala ponderación de

²²⁷ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 532p.

²²⁸ Esta conclusión es necesario analizarla a la luz de lo que señala Richard Posner, en cuanto a sí un menor número de apelaciones producirá luego un mayor número de apelaciones, en dos períodos distintos. En otras palabras, Richard Posner (POSNER, RICHARD. Ob. Cit. 549p), sugiere para estos efectos dividir idealmente dos periodos (periodo 1 y periodo 2), suponiendo que en el periodo 1 las apelaciones son pocas, por las razones ya enunciadas, esto es, porque el valor esperado de la apelación para el demandado es menor que su costo, sobre la base que el valor esperado de la apelación aumenta o disminuye dependiendo de si existe una proporción alta o baja de revocación, respectivamente. Posner, sugiere que como consecuencia de lo anterior, en el periodo 2, aumentarán las apelaciones, porque en el periodo 1 bajará el nivel de precedentes y eso dificultará que los individuos arreglen sus diferencias, al no saber cómo tendrán que resolver sus disputas en el tribunal, conduciendo a un mayor número de disputas en el periodo 2, lo que incluirá mayor número de apelaciones. Creo que dicho análisis es errado, porque la existencia de pocos procesos no significa la inexistencia de precedentes, aunque estemos de acuerdo con que un precedente requiere un número mínimo indeterminado de fallos, que puede ser perfectamente unos pocos, siendo razonable pensar que en un periodo 1 de todas formas se darán los casos necesarios para formar un precedente. Además, en un sistema continental civil, en donde no existe el precedente, no es necesario que un alto número de fallos de apelación determine el curso a seguir de las conductas de los sujetos, bastando al efecto que las reglas sean claras.

los elementos de la fórmula estudiada, debiendo tenerse en claro que los errores que no alterarán el resultado definitivo no serán revocados.

§. 5.4 2 La fórmula de la prohibición preliminar y la reducción de los costos del sistema procesal: Como hemos visto, la fórmula que se estudia, permite la concesión de aquellas medidas que resultan socialmente más beneficiosas, en cuanto a que se otorgará una medida cautelar, siempre que el daño que se evite sea mayor que el daño que se provoca con su otorgamiento. Dicho objetivo se encuentra implícito en la fórmula propuesta por Posner.

Sin embargo, existen otras consideraciones económico-procesales, que no son satisfechas por el parámetro. En efecto, una fuente de aumento de los costos del sistema procesal dice relación con la facilidad de las partes en conflicto de presentar reclamaciones legales. Por su parte, el aumento de dichas presentaciones depende de los costos involucrados en su formulación, y del valor esperado de la reclamación²²⁹. De esta manera, a menor costo de presentación de la reclamación, se aumenta su número, y asimismo, a mayor beneficio obtenido con la concesión de una medida cautelar, se produce igual aumento de reclamaciones. Al respecto, el solo control judicial, resulta insuficiente para propender a la reducción de dicha clase de costes, siendo necesario contemplar regulaciones conexas sobre regímenes de responsabilidad y caución o fianza.

Si constatamos, en la práctica, que los costos involucrados en la formulación de una medida cautelar son bajos, y que además el valor que se obtiene con ella es alto, en relación (precisamente) con dichos costos, entonces, tenemos que se producirá un incremento de los costos del sistema procesal, debido a que con mayor facilidad, se presentarán reclamaciones de medidas cautelares.

²²⁹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 483p.

La manera de reducir dichos costos del sistema procesal, pasa, en primer lugar, por elevar los costos asociados a las reclamaciones, lo que como se verá en los acápite siguientes, se produce por medio de la exigencia de una caución óptima, por un monto similar o un poco inferior al valor de los daños que provoca la medida cautelar. Al respecto, la fórmula que se estudia, no incluye formalmente un examen de dicha caución óptima, logrando el aumento de los costos asociados a las reclamaciones de medidas cautelares, por la vía de exigir al solicitante, un mayor cúmulo de antecedentes, a efectos de que el juez se encuentre en condición de poder resolver y ponderar cada uno de los requisitos involucrados en la fórmula señalada. Con todo, dicha manera de aumentar los costos de la presentación, con la finalidad de constituir un filtro a las presentaciones, no resulta un avance significativo, en comparación con lo que ocurre en sistemas continentales, en donde el control judicial se extiende a menos supuestos que los que se contienen en la fórmula *Posner-Leubsdorf*. Por otro lado, como se verá en el acápite siguiente, una deficiencia de dicho parámetro pasa por no contemplar mecanismos complementarios de mitigación de daños, centrando solamente el análisis en la verificación judicial de requisitos, sin anexar un estudio de otros instrumentos (como lo es, la caución), que pueden coadyuvar al incentivo de conductas indeseadas en términos de bienestar social.

Adicionalmente, creo que la fórmula propuesta, tampoco ayuda a disminuir los costos del sistema procesal en cuanto a evitar los abusos de procedimiento²³⁰, logrando reducir el número de reclamaciones, por cuanto, descuida como señala Ramos Romeu, otros mecanismos de mitigación de daños, como lo son el régimen de responsabilidad, y

²³⁰ Ello se agrava por la constatación de que la presentación de demandas y de acciones en general no significa un costo asociado alto, lo que permite en ciertos supuestos que se abuse del procedimiento por medio de acciones de valor social negativo, en donde de todas formas el demandante ejercerá su derecho a demandar, aún cuando el valor esperado de su reclamación sea menor a sus costos, en circunstancias que el costo de la defensa del demandado supere sus beneficios, y por tanto, decida no defenderse. Precisamente dicho supuesto es uno de aquellos en donde, Shavell señala existiría la posibilidad de plantear juicios de valor negativo (Ver: SHAVELL, Steven. Ob. Cit. 419-423p) Con todo, si en el juicio respectivo existe una medida cautelar adoptada, el valor esperado para el demandado aumentará y en consecuencia, también se incrementará proporcionalmente sus posibilidades de defensa.

un sistema de caución, que permitirá, el traslado *a posteriori* de los beneficios indebidamente obtenidos por el demandante dada la concesión de una medida cautelar.

En efecto, de acuerdo a la literatura económico-procesal, los individuos abusarán del procedimiento siempre que una de las partes (demandantes) tenga derecho a solicitar una petición cualquiera, y la otra (demandado) deba pagar o soportar los costos del cumplimiento de dicha petición.

O sea, desde un punto de vista económico, las medidas cautelares constituye un caso paradigmático de institución procesal en donde es posible generar situaciones de abuso del procedimiento, porque una ineficaz regulación normativa, puede llegar a establecer demasiados incentivos para solicitar dichas medidas, en circunstancias que el costo de las mismas, terminará siendo soportado por quien no la solicita.

La forma de poner término al abuso del procedimiento es desplazar los costos del cumplimiento a la parte que haga la solicitud, porque con dicho desplazamiento, se elimina el incentivo para el abuso, al tener dicha parte que hacerse responsable de la petición²³¹.

Desde un punto de vista empírico, si es el caso que, existe la constatación que los tribunales y los demandantes no son responsables por las medidas cautelares concedidas y solicitadas con ánimo de perjudicar al demandado, entonces, indudablemente, dicho error judicial, producirá un aumento correlativo de peticiones infundadas.

El problema en este caso, es que no es posible desplazar totalmente los costos del cumplimiento al demandante en forma *ex ante*, sino que dicho desplazamiento ocurrirá en forma *ex post*, por medio de la concreción y aplicación del principio de responsabilidad y de un sistema de caución generalmente obligatoria en materia de

²³¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 503p.

tutela provisional²³². En tal sentido, si existen antecedentes, en cuanto a que los tribunales hacen valer dicha responsabilidad de manera clara y categórica y que de esta forma, se sanciona a los peticionarios temerarios, entonces, operará de manera *ex post* un desplazamiento de los costos del cumplimiento de la medida precautoria, porque quien soportará dichos costos, será en definitiva el demandante, y no el demandado que será resarcido de los perjuicios sufridos.

§. 5.5 La crítica al parámetro *Posner-Leubsdorf* desde la eficiencia, y la superación del criterio de los cuatro factores.

Hemos visto que el parámetro *Posner-Leubsdorf*, constituye un avance, en términos de eficiencia, respecto del criterio de los cuatro factores, elaborado en el derecho del *common law*.

Sin embargo, es posible, también desde la óptica de la eficiencia, efectuar serias objeciones a dicho criterio, las que tienden a subsanar sus deficiencias, que se

²³² Creo que esta es la afirmación correcta, pero que merece un comentario para aclarar algunas dudas. En efecto, como hemos sostenido anteriormente la concesión de una tutela provisional generará sí o sí costos primarios, o pérdidas de valores de utilidad, de manera que obviamente, dichos costos no pueden desplazarse *ex ante*, porque como no es posible cautelar bienes propios (desde la perspectiva de la tutela provisional) los daños son irreparables para el demandado. Lo que sucede es que con un sistema eficiente de responsabilidad y de caución obligatorio, es posible una traslación de dichos daños en forma *ex post* al daño ya provocado en el demandado. Entonces, desde este análisis la caución funciona como medio de eliminación del abuso del procedimiento, y en forma *ex post*. Sin embargo, desde otra perspectiva, la caución puede ser vista como una forma de internalizar los costos de la concesión de las medidas precautorias, produciendo un aumento de los costos de las reclamaciones de dicha tutela provisional, operando como un filtro de dichas reclamaciones. Obviamente que en esta perspectiva, la caución obligatoria opera *ex ante*, y como un correctivo a la presentación excesiva de tutela provisional. De esta forma tenemos que la búsqueda del ahorro de costos del sistema procesal, con la fórmula propuesta y con un sistema de caución obligatoria, se producen correctivos *ex post*, en cuanto a evitar los abusos de procedimientos, y además, se llevan a cabo correctivos *ex ante*, en cuanto se aumentan los costos de la presentación de las tutelas provisionales, con lo cual, se disminuye el número de solicitudes en tal sentido. En este último aspecto, es que se pronuncia Juan Carlos Marín, cuando indica que: “En este sentido, pareciera que la caución funciona más bien como un correctivo económico que limita *ex ante* la actuación de la parte que no está en condiciones de asegurar una eventual responsabilidad posterior” MARIN, Juan Carlos. Ob. Cit. 63p.

encuentran, precisamente, en la correlación de dicho parámetro con el contexto en el que surge.

En efecto, el criterio expuesto por Posner y Leubsdorf, tiene como antecedente ineludible, la jurisprudencia surgida en el *common law*, y que se ha denominado de los cuatro factores. Al respecto, el concepto de daño irreparable, se vincula como se ha visto anteriormente, con la existencia de un remedio legal posterior, que tienda a evitar la existencia de dichos daños, de manera tal que, si existe dicho remedio legal, entonces, la medida cautelar no debería ser concedida, toda vez que, los daños no tendrían el carácter de: irrecuperables.

En este sentido, Richard Posner, en el fallo *Roland Machinery Co vs. Dresser Industries Inc*, tantas veces citado, señala que existe un daño irreparable cuando el perjuicio no se puede curar con un remedio después del juicio²³³.

Si ello es así, entonces, uno pensaría que la fórmula utilizada por Posner, para explicar su propuesta de análisis económico del derecho de medidas cautelares, incluye, como variable a considerar, la existencia de dicho remedio, que resulta, de acuerdo a lo analizado, trascendental para la calificación de un perjuicio, como daño irreparable. Sin embargo ello, no es así, ya que dicha fórmula nada señala respecto de dicha variable, que resulta, con todo, fundamental para la cabal materialización de la misma, así como de una de las variables que sí se considera, cuál es: el daño irreparable del demandante.

La omisión anterior, se explica porque el parámetro utilizado por Posner, constituye, una simplificación económica del criterio de los cuatro factores, y que si bien, no se traduce en criterios completamente idénticos, sí constituye un avance, que no puede, con todo, despojarse del sentido y alcance que se le ha dado a dichos factores jurisprudenciales y normativos. De hecho, no obstante que Posner, en el caso *Roland*

²³³ Ver también en: *American Can Co. v. Mansukhani*, 742 F.2d 314, 325 (7th Cir. 1984).

Machinery Co vs. Dresser Industries Inc, utiliza las variables incluidas en la fórmula antes descrita del análisis económico del derecho, de todas maneras, hace un detallado recuento de la jurisprudencia referente al criterio de los cuatro factores.

El problema, es que, dichos factores, y especialmente, el relacionado con los daños irreparables que se pueden ocasionar al demandante de no concederse una prohibición preliminar, no tienden necesariamente a la consecución de la eficiencia, cuando se condiciona la existencia de dichos daños, a la inexistencia, *a posteriori*, de un remedio legal.

Ello, porque debemos considerar que existen daños irreparables, desde una perspectiva de eficiencia, con prescindencia de los remedios que puedan existir, para mitigarlos. En primer lugar, porque el análisis sobre la procedencia de una prohibición preliminar, se hace *ex ante*, no siendo posible, desde dicha mirada, evaluar sería y objetivamente, las posibilidades de recuperación futura de perjuicios, y en segundo lugar, porque, una definición de perjuicios irreparables como la señalada, limita, dichos detrimentos, a aquellos que son susceptibles de recuperación futura, en razón de una transferencia indebida de riqueza a favor del demandante pernicioso, al momento de concederse una medida cautelar, más no, extiende dicho concepto, a los costos sociales que genera una medida cautelar, y que no pueden ser objeto de redistribución futura, por medio de algún mecanismo legal de reintegro de perjuicios.

En efecto, asociada a toda clase de medidas cautelares, se generan dos clases de perjuicios, a saber: (a) Pérdidas netas de bienestar, que no son susceptibles de ser recuperados posteriormente (*deadweight-loss*), y (b) Detrimentos originados por transferencias indebidas de riqueza a un demandante que obtiene una medida cautelar, pero que termina perdiendo el proceso sobre el fondo.

Los remedios, que pretenden alzarse como mecanismos legales que hagan imposible la existencia de daños irreparables, solamente permiten la reasignación de la segunda clase de daños, más no de las primeras, porque dichas pérdidas, dicen relación, con intereses de terceros que no son susceptibles de recuperación dentro de un juicio, o bien, con intereses incalculables que afectan consideraciones públicas valiosas, y cuya titularidad no compete al demandado, o por último, con derechos que sencillamente no son posibles de recuperación, por no constituir beneficios susceptibles de reintegro. Sin embargo, todos dichos perjuicios, constituyen un costo social, que debe ser ponderado y considerado por el juzgador, ya que, de otra manera, la concesión de una medida cautelar, solamente tomaría en cuenta, algunos de los perjuicios que ocasiona, y no toda la pérdida de bienestar involucrada como costo.

En este sentido, se pronuncian latamente Grisskopf y Medina, cuando señalan:

“We argue that efficiency entails that this “no available remedy” definition of irreparable harm is incorrect, as it disregards relevant social harms. In determining what harms should be considered as irreparable it is essential to distinguish between two types of harms that can result from the decision whether to issue a preliminary injunction. (1) A direct net loss of social welfare (deadweight-loss); and (2) an errant transfer of wealth from a party who is legally entitled to it to a non-entitled party (undeserved-wealth-transfer). For instance, assume that the plaintiff applies for a preliminary injunction to restrict the defendant from producing a drug due to its alleged violation of the plaintiff’s patent. As indicated, the court should compare between the irreparable harm if the injunction is not issued and the plaintiff ultimately prevails, and the irreparable harm if the injunction is issued and the defendant wins at the end of trial. Focusing on the latter factor, a “wrong preliminary injunction” may generate a loss of production and consumption of the drug (deadweight-loss); and it may enable the plaintiff to extract profits that would otherwise be obtained by

the defendant (undeserved-wealth-transfer). These two types of harms differ in terms of their reparability by an *ex-post* remedy: the remedy can eliminate undeserved-wealth-transfers; but compensation for deadweight-loss merely reallocates the burden from one party to another, without eliminating the cost from a social perspective. Consequently, the traditional definition, which views irreparable harm as a “harm that cannot be cured by a remedy after trial” is correct only as far as undeserved-wealth-transfers are concerned. A deadweight-loss suffered by one party is *socially* irreparable even if this party’s private loss can be cured by a remedy after trial”²³⁴

Trataremos de explicar lo anterior, con un ejemplo: Durante un juicio, sobre competencia desleal, el demandante que sostiene que el demandado se encuentra comercializando indebidamente un producto X, obtiene una medida precautoria que impide la comercialización durante el juicio de dicho producto. Posteriormente, se dicta sentencia a favor del demandado, quien, en consecuencia, una vez alzada la medida cautelar, puede seguir comercializando dicho bien. Si el sistema cautelar nacional,

²³⁴ GRISSKOPF, Ofer, y Medina, Barak. Ob. Cit. 2-3p. (“Nosotros sostenemos que la eficiencia implica que la definición de este "recurso no disponible" de un daño irreparable es incorrecta, ya que no toma en cuenta los daños sociales pertinentes. Para determinar qué daños deben ser considerados como irreparables, es esencial distinguir entre dos tipos de daños que pueden resultar de la decisión de dictar una medida cautelar. (1) La pérdida de ganancia directa del bienestar social, y (2) una transferencia indebida del capital desde una de las partes que tiene derecho legal a ello a una parte que no tiene derechos legales (transferencia de capital no merecido). Por ejemplo, supongamos que el demandante solicita una medida cautelar para restringir al demandado la producción de una droga debido a una presunta violación de la patente del demandante. Como se indica, el tribunal debe comparar entre el daño irreparable si la orden no se emite y si el demandante en última instancia gana, y el daño irreparable si la orden se emite y si es la parte demandada quien ha obtenido el litigio. Centrándose en este último factor, una "medida cautelar errónea" puede generar una pérdida de producción y consumo de la droga (la pérdida de peso muerto), lo que puede permitir al demandante obtener beneficios que de otro modo se obtendría por la parte demandada (transferencia de capital no merecido). Estos dos tipos de daños difieren en cuanto a su posibilidad de reparación por un recurso a posteriori: el recurso puede eliminar la transferencia de capital no merecido, pero una compensación por la pérdida de peso muerto sólo la redistribuye de una parte a otra, sin eliminar el costo desde un punto de vista social. En consecuencia, la definición tradicional, que considera un daño irreparable como un "daño que no puede ser reparado por un recurso después del juicio" sólo es correcto en cuanto se refiere a la transferencia no merecida de capital. La pérdida de peso muerto sufrida por una de las partes es socialmente irreparable, incluso si la pérdida personal de esta parte puede ser remediada por un recurso después del juicio”)

contemplara un régimen de responsabilidad y de caución obligatoria (mecanismos o remedios legales de reintegro de los perjuicios sufridos indebidamente por el demandado), y si se aplicara la fórmula *Leubsdorf-Posner*, tendríamos que el tribunal que concedió la medida precautoria, debería considerar como perjuicios, sobre los cuales, valorar los distintos elementos de la mencionada fórmula, solamente aquellos que pueden ser susceptibles de reintegro en un juicio posterior en donde se haga valer la responsabilidad del demandante, sin embargo, no se considerarían, a tal efecto, el daño sufrido por los consumidores de dicho bien, durante el periodo en que estuvieron privados de su comercialización, o los detrimentos causados por la no producción o por la producción menor en el tiempo intermedio, causados a la empresa fabricante del producto respectivo, o bien, aquellos perjuicios que no sean beneficios indebidos obtenidos por el actor, o los perjuicios no incluidos en cualquier subvaloración judicial del daño moral o lucro cesante sufrido por el demandante.

Ahora bien, lo anterior, no significa que el juez al momento de decretar una medida cautelar, valore el daño irreparable del demandante de una manera prácticamente perfecta, anticipando una evaluación de perjuicios de carácter futura y eventual a favor del demandado. Solamente, se señala que, la fórmula *Leubsdorf-Posner*, falla al explicar, en términos de eficiencia, el contenido del daño irreparable del actor, limitándolo solamente a los perjuicios que son susceptibles de redistribución entre las partes, y no, como debería ser, centrándolo en la totalidad de las pérdidas de bienestar que se ocasionan con dicha tutela provisional.

De esta forma, si la eficiencia, impone al análisis económico del derecho procesal, la reducción de los costos del error y de los gastos involucrados en el sistema procesal, entonces, la evaluación del elemento antes referido, debe incluir todos los costos sociales involucrados, con independencia de su posibilidad posterior de compensación a la parte perjudicada.

Debemos, entonces avanzar, como sostienen Grisskopf y Medina²³⁵ desde una consideración de los daños irreparables entendidos como *entitlement-sensitive*, a una concepción de los daños irreparables como *entitlement-blind*, lo que significa, un tránsito desde una evaluación de los derechos en cuanto al mérito que implícitamente tienen, hacia una evaluación de dichos derechos, en cuanto a los efectos agregados que una decisión sobre ellos, ocasionan respecto del bienestar social. Así, una medida cautelar debería ser adoptada cuando se obtenga, con su concesión, un valor social más elevado, con indiferencia del mérito asignado al derecho en cuestión, ya que esta última perspectiva, permite la valoración de solamente una clase de daños, relativa al valor que tiene el derecho para la parte afectada, siendo que los perjuicios que ocasiona una medida cautelar, superan dicho umbral de menoscabo.

Con todo, tampoco resulta aceptable, posiciones extremas derivadas de la concepción de *entitlement-blind*, por cuanto, ello significaría eliminar toda consideración acerca de las probabilidades de éxito del demandante y del demandado, ya que, éstos últimos elementos, van implícitos en el mérito del derecho objeto del juicio. Pero como en este caso, estamos en sede procesal, su consideración, resulta elemental, ya que, el mérito del derecho para una u otra parte, está condicionado durante el curso del juicio, a las probabilidades de un resultado favorable, entendiendo que la minimización de los costos del sistema procesal, como orden consecutivo, pasa por generar un resultado provisorio, que será más cercano al definitivo, ya que de otra forma, el costo del error, al final del juicio, podría ser mayor que el beneficio o mayor valor obtenido por una medida cautelar, que considerada aisladamente, aumente los niveles de bienestar social.

En otras palabras, el problema temporal implícito en toda cuestión preliminar, en cuanto a que, existen momentos diversos para, la concesión de una medida cautelar, y la adopción de una decisión sobre el fondo, trasunta en que no deben ser valorados

²³⁵ GRISSKOPF, Ofer, y Medina, Barak. Ob. Cit. 10p

independientemente dichos momentos, sino que el primero debe valorarse, *ex ante*, respecto del segundo, de acuerdo a las probabilidades de terminar transformándose en una decisión correcta sobre el fondo. Ello ayuda a reducir, los costos que supone el error judicial, más allá si resulta aceptable conceder una medida cautelar, sobre la pura consideración del valor social obtenido por el otorgamiento de dicha medida, en relación con su denegación, independientemente a las probabilidades del demandante de obtener un juicio favorable en definitiva.

Lo anterior significa que, la superación del criterio *Leubsdorf-Posner*, desde la eficiencia, pasa por soslayar el criterio de los cuatro factores, en aquellos aspectos que no signifiquen la mejor decisión de bienestar según *Kaldor-Hicks*, en especial, el concepto de daño irreparable condicionado por la existencia de remedios legales posteriores, y que tiendan a la mitigación de alguno de los daños provocados por la medida cautelar. Ello nos lleva a valorar los derechos en litigio, desde una perspectiva que logre despojarlos de sus méritos, sin embargo, dicho esfuerzo, no puede afectar la consideración económica-procesal, de que dada la naturaleza del juicio, alguna adecuación debe existir entre la tutela provisional y la tutela definitiva, por lo que la probabilidad de éxito de las partes, no puede ser eliminada, no obstante, vincularse con el mérito del proceso, pero ya no sustancialmente, sino, de forma adjetiva.

En consecuencia, por mucho que la consideración pura de una perspectiva *entitlement-blind*, imponga la adopción de una medida cautelar, solamente cuando el daño irreparable del demandante supere el del demandado, sin consideración alguna al mérito de los derechos (y a las probabilidades de éxito de las partes), como por ejemplo, ocurriría de acuerdo a los siguientes valores, a saber: \$ 100 por sobre: \$ 80, de todas maneras, resulta incorrecta dicha consideración, por cuanto, la eficiencia, impuesta en sede de medidas cautelares, como comparación entre el valor esperado del daño irreparable de cada una de las partes, nos obliga a tomar en cuenta las probabilidades de

éxito, en cuyo caso, el demandante logrará el resultado esperado, si es que, sus probabilidades de éxito superan el 44%.

En suma, el criterio *Leubsdorf-Posner*, falla al vincularse con elementos que no tienden a la eficiencia, y a la reducción de todos los costes involucrados en el otorgamiento de una medida cautelar. Ello daría lugar a una situación de estado social no óptimo, porque, es posible mejorar el resultado obtenido de la aplicación de dicho criterio, considerando como daños irreparables, todos los costes, involucrados en la concesión de una medida cautelar, en este sentido, la crítica de Grisskopf y Medina, resulta correcta, más no, cuando se la quiere llevar al extremo, en cuanto a despojar de todo mérito a los derechos en litigio, ya que ello, significaría no valorar las probabilidades de éxito de las partes, centrando el análisis solamente en los efectos agregados de la concesión de la medida cautelar sobre el bienestar entendiendo los derechos como *entitlement-blind* puros. Es necesario, entonces, atemperar una posición extrema como la indicada, dando sentido a la consideración probabilística señalada, ya que ella, permite reducir los costos del error (otro objetivo deseable, aparte de la reducción de costos del sistema procesal), lo que, por otra parte, permite rescatar el aporte del parámetro *Leubsdorf-Posner*, al tomar en cuenta la plausibilidad de éxito de las pretensiones y defensas de ambas partes.

Sin embargo, todos los análisis, criterios y correcciones de parámetros que se han desarrollado hasta el momento, olvidan el estudio complementario de los mecanismos de mitigación de daños, y regímenes de responsabilidad, que complementan la funcionalidad de las fórmulas estudiadas, y que en su conjunto, propugnan hacia la consecución de los fines procesales del análisis económico del derecho. Adelantando un poco, lo que se dirá posteriormente, desde la óptica de la eficiencia, los remedios tendientes a aminorar los daños causados por las medidas cautelares, coadyuvarán a la finalidad de minimizar el daño irreparable, si es que cumplen con las siguientes funciones, a saber: (a) Desde una perspectiva *ex ante*, si es que rectifican las

consecuencias de un interdicto preliminar mal concedido, considerando tanto los costes susceptibles de redistribución futura entre las partes, como las pérdidas netas de bienestar social; (b) Si pueden afectar la cantidad de información existente al momento en que se dicta dicha medida, de manera de aumentar la probabilidad de que la decisión preliminar sea la correcta; y (c) Si desde una perspectiva *ex ante*, generan incentivos al demandante para solicitar la medida precautoria (no es inhibitoria), y tampoco, elimina los incentivos al demandado para oponerse a ella.

§. 6 La propuesta de Análisis Económico del Derecho de Francisco Ramos Romeu, respecto de las medidas cautelares, y su énfasis en el régimen de responsabilidad versus el control judicial.

Como hemos concluido en el acápite § 4.4 de este capítulo, la totalidad de las propuestas de análisis económico del derecho provenientes del *common law*, centraban el objeto de su estudio en la búsqueda de una fórmula o criterio que pudiera alcanzar una medida cautelar óptima, entendiendo por ella, la que redujera los costos sociales involucrados (costes de error y costes administrativos).

La verificación de si la propuesta reunía el carácter de óptima, era efectuada *ex ante* por el juzgador. O sea, primaba en términos excluyentes, el control judicial, que se manifestaba en la homologación de los requisitos respectivos por parte del magistrado.

Paralelamente a ello, dichas propuestas efectuaban un análisis colateral y anexo respecto de la función y naturaleza de la fianza²³⁶, o del régimen de responsabilidad, así como de otros mecanismos *ex post* de mitigación de los daños que podía ocasionar la medida cautelar, sin embargo, no incluían formalmente dichos mecanismos en las fórmulas propuestas, de manera que, si bien se reconocía la importancia de dichos

²³⁶ GRISSKOPF, Ofer, y Medina, Barak. Ob. Cit. 2p

instrumentos, los mismos no pasaban a formar del examen sujeto al control judicial que sí se realizaba respecto de los otros elementos de las mencionadas fórmulas.

De esta manera, reconociéndose que la adopción o no de medidas cautelares, generaba perjuicios o daños, no formaba parte del examen *ex ante* acerca de dicha adopción o no de medidas, el hecho de que, la existencia de un régimen de responsabilidad objetiva o por culpa, podía generar una minimización *ex post* de los mencionados perjuicios. El estudio de la propuesta de medidas cautelares, terminaba formulándose de manera independiente al estudio de los mecanismos de mitigación, sin resolverse el problema de la preeminencia de uno u otro mecanismo, en razón de las ventajas o desventajas comparativas de ambos sistemas, en atención a su fuerza relativa.

§. 6.1 Propuesta de Francisco Ramos Romeu respecto de las medidas cautelares. La primacía del sistema de responsabilidad por sobre el sistema de control judicial

Conciente de dicha inconsistencia en la manera en que los autores estudiaban el tema de las medidas cautelares, es que el profesor español Francisco Ramos Romeu, quien se especializó en análisis económico del derecho, en la Universidad *New York University Scholl of Law*, ha efectuado una propuesta de medidas cautelares, que pretende enfocar la cuestión ya no solo desde el prisma del control judicial, sino que también, desde el régimen de responsabilidad, de forma de complementar los diversos instrumentos involucrados en las medidas cautelares. Así expresa que:

“Legislators and scholarship has failed to take into account how the different parts of the regulation of preliminary measures complement each other and the special factual circumstances in which decisions on preliminary measures are taken”²³⁷

²³⁷ RAMOS Romeu, Francisco. An Economic Theory of the Regulation of Preliminary Measures. *En: Berkeley Program in Law and Economics. Annual Papers.* 4p. 2009. (“Los legisladores y los tribunales han fallado en tomar en cuenta cómo las diferentes partes de la regulación de las medidas preliminares se

Al respecto, la bibliografía de dicho autor sobre la materia, está compuesta, fundamentalmente por su libro publicado en España el año 2006, y titulado: “Las Medidas Cautelares Civiles. Análisis jurídico-económico”²³⁸, y por un *paper*, publicado en el programa de *Law and Economics* de la Universidad de Berkeley el año 2009, y titulado: “*An Economic Theory of the Regulation of Preliminary Measures*”²³⁹, que constituye, en esencia, una versión resumida, y levemente mejorada del libro primeramente nombrado.

Lo importante de la propuesta que luego se examinará es que el autor, efectúa un análisis comparado del sistema continental, así como del sistema del derecho común, lo que se ve favorecido por el hecho de que su formación mezcla ambos paradigmas, lo que permite un estudio acabado acerca de las diferencias y similitudes existentes entre ambos.

La tesis central del autor es que la eficacia de las medidas cautelares tanto en el *civil law* como en el *common law* se ve gravemente afectado por la trascendencia que se le da al control judicial de las solicitudes de medidas cautelares a efectos de filtrar medidas no óptimas, en desmedro y a expensas de otros mecanismos, como lo constituye el régimen de responsabilidad por los daños que causan las medidas cautelares, y que para los efectos de alcanzar niveles de eficiencia, serían más apropiados que aquellos derivados del control judicial. Asimismo, el autor señala que el control judicial tendería a ser redundante y llevaría a una sobreprotección del demandado²⁴⁰.

complementan entre sí y las especiales circunstancias de hecho en el que las decisiones sobre las medidas preliminares se toman”)

²³⁸ Libro ya citado anteriormente: RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. 715p

²³⁹ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. 57p. También obtenible desde: <http://www.escholarship.org/uc/item/6np4j7g3>

²⁴⁰ Así expresa que: “Indeed, one of the thesis of this article is that the effectiveness of preliminary measures both in civil law and common law jurisdictions is severely impaired in part because much weight is put in the judicial control of requests for preliminary measures to filter nonoptimal measures at the expense of other mechanisms, such as liability for the harm that measures cause, which could be much more effective in this task. Moreover, present legal mechanisms tend to be redundant, and therefore

Para llegar a tal conclusión, el autor luego de haber examinado las diferencias y similitudes entre uno y otro sistema, se cuestiona acerca de si la regulación de las medidas cautelares, resulta ineficiente, debido a que: (a) No se basan en un análisis económico sólido (Alternativa 1), o bien, porque (b) Al análisis económico de las medidas cautelares, le falta algo importante (Alternativa 2). Al respecto, es de la idea de optar por la segunda alternativa, ya que, la teoría del análisis económico del derecho sobre la materia, nada expresa acerca del régimen de responsabilidad, o bien, nada cuestiona acerca de las bondades de un control judicial exclusivo acerca de la procedencia de la tutela cautelar. En efecto, señala sobre este punto que:

“In fact, the theory fails to explain much of the actual regulation of the use of preliminary injunctions today both in common law and civil countries. To begin, it fails to say anything about the liability system for the harms that the preliminary measure may cause, (...). What role does this liability play? Why isn't the judicial control of requests sufficient? Does the existence of the bond affect in any way the task of the judge?”²⁴¹

Como presupuesto básico, el autor, sostiene que la indemnización óptima, a ser satisfecha por un régimen de responsabilidad, es aquella que resulta igual al daño efectivamente causado al demandado. En este sentido, señala que:

inefficient, which leads to an overprotection of defendants” RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2009). 3-4p. (“De hecho, una de las tesis de este artículo es que la eficacia de las medidas preliminares tanto en la legislación civil y las jurisdicciones de derecho común se ven gravemente afectadas, en parte porque mucho interés es puesto en el control judicial de las solicitudes de medidas preliminares para filtrar las medidas no óptimas a costa de otros mecanismos, como el de responsabilidad, el cual podría ser mucho más eficaz en esta tarea. Por otra parte, los mecanismos jurídicos actuales tienden a ser redundantes, y por lo tanto ineficaces, lo que conduce a una sobreprotección de los acusados”)

²⁴¹ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2009). 11-12p (“De hecho, hoy en día la teoría falla al explicar gran parte de la actual regulación de la utilización de medidas cautelares tanto en países de derecho común y civil. Para comenzar, no dicen nada sobre la responsabilidad del sistema por los daños que la medida cautelar pudiera causar (...). ¿Qué papel juega esta responsabilidad? ¿Por qué no es suficiente el control judicial de las solicitudes? ¿La existencia de bonos o fianzas afecta en modo alguno la tarea del juez?”)

“Pues bien, una vez realizadas las determinaciones pertinentes, en principio la indemnización óptima es igual al daño efectivamente imputable al solicitante”²⁴²

Ahora bien, a efecto de solucionar el vacío doctrinario que ha detectado, comienza a desarrollar las diferentes razones por las cuales un sistema de responsabilidad debe ser preferido a un sistema basado en el control judicial acerca de la procedencia de las medidas cautelares. La conclusión es que, desde todo punto de vista, el sistema de responsabilidad resulta preferible al del control judicial, ello por los siguientes motivos, a saber:

- a. Respecto de los costes administrativos de uno y otro sistema, concluye que el control judicial genera mayores costos administrativos, toda vez que las partes se ven obligadas a justificar los presupuestos de las medidas, y el juez, debe estudiar cada caso. En cambio, en un sistema de responsabilidad, solo se generan costes administrativos cuando el sujeto pasivo reclama la responsabilidad. Adicionalmente, si analizamos los costos asociados a cada asunto, tenemos que un sistema de control judicial genera mayores niveles de gastos, ya que el juez, debe examinar todos los presupuestos de la cautela, en cambio en un sistema de responsabilidad, se producen menos costos por caso, porque el juez solo debe valorar los daños producidos e imputables por la medida cautelar²⁴³.
- b. En cuanto a la agilidad y celeridad de ambos mecanismos, el sistema de responsabilidad tiene la ventaja que no provoca una demora en la adopción de las medidas cautelares, lo que sí existe en un sistema de control judicial, lo que afectaría la efectividad de la institución. Agrega el autor, que dada la urgencia que importa la adopción de una medida cautelar, el sistema del control judicial, termina por atentar contra dicho objetivo²⁴⁴.

²⁴² RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2009). 271p

²⁴³ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 181p

²⁴⁴ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 182p

- c. En tercer lugar, señala que el error judicial es más probable bajo un sistema de control judicial que bajo un sistema de responsabilidad, toda vez que, las decisiones sobre la tutela cautelar, se adoptan en presencia de información incompleta, toda vez que el juez conoce mucho menos que las partes acerca del proceso. En cambio, en un sistema de responsabilidad, el juez posee cuantitativamente mayor información que en un sistema de control judicial. Además, tiene mayor tiempo para decidir, y por último, tiene mayor posibilidad de evaluar los daños derivados de una medida injusta²⁴⁵.
- d. Por último, sostiene que el sistema de responsabilidad genera menor inseguridad jurídica, porque los presupuestos de la responsabilidad serían, menores, lo que no existe en la intervención judicial a los efectos de adoptar una medida cautelar²⁴⁶.

Las razones expresadas anteriormente, llevan a Francisco Ramos, a optar por un sistema de responsabilidad, frente a un sistema de control judicial, como mecanismo preeminente para la regulación de las medidas cautelares. Veremos posteriormente, como se materializa dicha opción, y si la propuesta se condice con los argumentos expresados. Posteriormente, Ramos Romeu, a efectos de dar mayor plausibilidad a su posición, descarta los argumentos que se expresan en contra de la existencia de un régimen de responsabilidad, señalando al efecto que:

- a. La crítica al régimen de responsabilidad, en cuanto a que daría lugar a mayor cantidad de medidas cautelares indeseadas o no óptimas, en los extremos de que, el demandante no tenga probabilidad alguna de obtener un resultado favorable, o que, el demandante no sufrirá daños por la no concesión de la medida, debe ser descartada, porque, sostiene que en la práctica, son nulos los

²⁴⁵ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 182p

²⁴⁶ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 182p

casos como los planteados, por lo que, el problema no llega a producirse, o bien, no tiene la fuerza suficiente para quitar valor a la propuesta formulada.

- b. En segundo lugar, una medida cautelar puede generar diferentes daños que no son posibles de ser reparados completamente por un sistema de responsabilidad, como por ejemplo, las pérdidas de oportunidad de ciertos negocios, o bien, las desvalorizaciones de activos, cuya posibilidad de prueba puede resultar imposible. Sin embargo, dicha crítica, no resulta completamente certera, porque, el régimen de responsabilidad, según el autor, puede ser complementado con un sistema de control judicial mínimo, o incluso, con un régimen de caución.
- c. En tercer lugar, la objeción acerca de que ciertos daños del demandado son irreparables, o bien, que no pueden compensarse monetariamente, por tratarse el dinero de un sustituto imperfecto a dichos perjuicios, resulta débil, porque, debe observarse que el demandante también puede sufrir un daño de dichas características, por lo que, si ambas partes, se encuentran en dicha situación, entonces, la crítica se diluye, al no existir, ningún mecanismo que pueda hacer frente a la mencionada problemática.
- d. Por último, la crítica al régimen de responsabilidad, en cuanto a que no daría espacio suficiente para que los terceros afectados por la concesión de una medida cautelar, puedan exigir la reparación de sus detrimentos, no resulta válida, si se piensa que, dicha sistema de responsabilidad, no es óbice a que se contemplen mecanismos procesales que tiendan o permitan reclamaciones de dichos terceros por los perjuicios que le causa una medida cautelar.

Desacreditadas las críticas que pueden ser realizadas al establecimiento de un sistema de responsabilidad respecto del otorgamiento de medidas cautelares, procede dilucidar el problema, acerca de cómo configuramos dicha responsabilidad, y qué tipo

de responsabilidad²⁴⁷ (estricta o por culpa), convendría establecer. Al respecto, el Ramos Romeu, expresa que existen diversos factores que favorecen el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetivo, en base a lo siguiente:

- a. En primer lugar, la clase de daños que puede provocar el demandante con la concesión indebida de una medida cautelar, es de aquellos denominados unilaterales, esto es, de aquellos, en donde solamente, el solicitante de la tutela cautelar puede evitar el daño, y por lo tanto, él se encuentra en la mejor posición para controlar el acaecimiento del perjuicio. En presencia de dichas circunstancias, la responsabilidad objetiva resulta más fácil de ser administrada, toda vez que, basta que el juez conozca la magnitud de los daños que la medida ha ocasionado, lo que no ocurre, en un sistema de responsabilidad por culpa, en donde el juez debe establecer para cada caso, el nivel socialmente óptimo de exigencia, y el hecho de sí el sujeto solicitó la medida cuando sabía o debía saber que la misma no era óptima²⁴⁸
- b. El segundo factor que hace deseable el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetivo, por sobre uno de responsabilidad por culpa, es la dificultad que significa determinar *a posteriori*, la existencia de culpa en la actuación del solicitante de una medida cautelar²⁴⁹. Así, la prueba acerca de que el demandante actúo negligentemente para obtener la concesión de una medida cautelar, ocultando datos que conocía y que hubieran significado el no otorgamiento de la tutela provisional, resulta prácticamente imposible. Por otro lado, en el sistema de responsabilidad objetiva, se soslaya dicha dificultad,

²⁴⁷ Mitchell Polinsky, concluye que en general (considerando solamente la precaución de ambas partes) tanto el sistema de responsabilidad objetivo como el de culpas conducen a resultados eficientes. Sin embargo, si agregamos dentro de los presupuestos del análisis, el nivel de actividad de cada uno de los partícipes, y no estamos en condiciones de conocer los valores asociados a dichos nivel de actividad, la elección del sistema más óptimo pasará por decidir si es más importante controlar la actividad del ofensor o de la víctima, en el primer caso (como ocurre en materia de medidas cautelares), será preferible un sistema de responsabilidad objetivo corregido por un mecanismo de compensación de culpas. POLINSKY, Mitchell. Ob. Cit. 53-67

²⁴⁸ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 343p

²⁴⁹ POLINSKY, Mitchell. Ob. Cit. 65-66p.

porque solamente debe ser definido la magnitud de los daños, más no, el nivel de culpa o negligencia.

- c. Asimismo, en un sistema de responsabilidad objetivo, se logra el propósito de que, el juez que resuelve sobre el proceso principal, y el que se pronuncia sobre la existencia de la responsabilidad, sea el mismo. Lo anterior, se favorece por sobre un sistema de responsabilidad por culpa, por el hecho de que, la valoración de la negligencia, no trasunta en algún riesgo de falta de imparcialidad del juzgador, quien puede encontrarse en una posición difícil para valorar debidamente dicha imprudencia, al haber en un primer momento permitido, la realización de la conducta dañosa²⁵⁰.
- d. Un cuarto factor que posibilitaría una preferencia por un sistema de responsabilidad objetiva, es que la concesión de una medida cautelar, genera, en la mayoría de los casos, una terminación anticipada del procedimiento, por lo que, el juez que debe valorar la existencia de dicha responsabilidad, en una etapa no definitiva del proceso, no tendría toda la información suficiente a los efectos de valorar debidamente el nivel óptimo de cuidado.
- e. Una quinta consideración a favor de la preeminencia de un sistema de responsabilidad objetivo, es el hecho de que la regulación de las medidas cautelares, constituye un reglamento aplicable a diversos procedimientos, de forma que el establecimiento de responsabilidad (y de cuidado debido, en cada clase de proceso), puede resultar demasiado complejo, lo que se favorecería, en cambio, con un sistema (como el de responsabilidad objetiva) que simplifica dicho aspecto, al no hacer necesario la fijación de un Standard de diligencia no apto para todos los procedimientos a que pudiera resultar aplicable.

Por su parte, las dos objeciones, más importantes al sistema de responsabilidad objetivo, se derivan, en primer lugar, del hecho de que, no desincentivaría peticiones de

²⁵⁰ En el caso de la legislación española, este problema incluso ha sido objeto de desarrollo en la Exposición de Motivos de la LEC 2000, párrafo XVIII.

demandantes insolventes²⁵¹, y en segundo lugar, del riesgo moral del demandado²⁵², el que conociendo que de todas maneras será compensado de los perjuicios que se le ocasionen, no tendría incentivos a los efectos de adoptar medidas de mitigación de daños, en supuestos, en donde sería eficiente hacerlo. Sin embargo, Ramos Romeu, señala que dichas aprehensiones, no resultan completamente ciertas, si en el caso del incentivo generado a demandantes insolventes, es posible contrarrestar dicho problema con el establecimiento de una fianza que, produzca un filtro a peticiones provenientes de dicha clase de demandantes. Por su parte, respecto de la segunda objeción, ella es posible de ser salvada, por medio del establecimiento de un deber de mitigación de daños respecto del demandado²⁵³.

Con posterioridad a la conclusión arribada por Ramos Romeu, acerca de la conveniencia del establecimiento de un sistema de responsabilidad, por sobre un sistema de control judicial, el autor acepta que, en ciertos casos, el juez pueda exigir fianza, como mecanismo de control de medidas no óptimas^{254 255}. Con todo, ello no sería necesario, cuando, las probabilidades del actor de obtener un resultado favorable en el

²⁵¹ SHAVELL, Steven. The judgment-proof problem. *Internacional Review of Law and Economics*. N° 6. 43p. 1986, y SHAVELL, Steven. Ob. Cit. 393-394p., ya que señala que un régimen de responsabilidad objetiva genera mayores incentivos para demandar, lo que aumenta el umbral de reclamaciones infundadas.

²⁵² Que surge cuando el comportamiento del sujeto (en este caso, el demandado), cambia sabiendo que un régimen de responsabilidad, lo compensará completamente de sus pérdidas, de modo que aumenta la probabilidad de pérdidas o de su monto. El azar moral, se estudia a propósito del seguro, ver: COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 76p. Según veremos posteriormente, en la regulación del sistema de responsabilidad que se incluye en el marco del régimen cautelar propuesto en la presente tesis, esta crítica se atempera debido al establecimiento de un deber de mitigación de daños por parte del demandado, lo que conduce a un sistema de responsabilidad objetivo con compensación de culpas.

²⁵³ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2009). 32p

²⁵⁴ Al respecto, el autor, prefiere a la fianza, por sobre otros mecanismos para evitar medidas no óptimas, como lo son, la exigencia de aval, o la contratación de un seguro obligatorio. Descarta, en primer término, al aval, porque en la materia que se estudia, resulta improbable que un tercero reúna las características que harían eficiente dicha solución, como lo son el hecho de disponer de recursos suficientes, y el poder de control respecto del comportamiento del demandante. En segundo lugar, tampoco resulta probable, el establecimiento de un sistema de seguro obligatorio, toda vez que, para que ello exista, se requiere de un mercado en donde las aseguradoras puedan observar el comportamiento de los demandantes, en este caso, puedan tener la capacidad de determinar la probabilidad de que el actor prevalezca en el juicio, lo que podría resultar extremadamente caro. RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2009). 33-37p.

²⁵⁵ Ver también: SHAVELL, Steven. *Economic análisis of accidente law*. Cambridge, Harvard University Press, 1987. 170-175p.

juicio fueran cercanas a 1; o bien, en el caso de medidas cautelares solicitadas por el demandante luego de que haya obtenido una sentencia definitiva que cause ejecutoria; o bien, en casos en que la medida cautelar, tenga por objeto la prevención de daños irreparables, o bien cuando el demandante sea notoriamente solvente.

Ahora bien, en los casos en donde existe la necesidad de controlar el otorgamiento de medidas no óptimas, por medio de la fijación de una fianza, se debe determinar los factores que afectan el monto de dicho bono, existiendo al respecto tres posibilidades, a saber:

- (a) La fianza se fija por un monto mayor a la magnitud del daño que puede sufrir el demandado. Si el monto del daño se denota con D *do*, y el monto de la fianza, se denota con Kf , tenemos que esta posibilidad, se escribiría: $Kf > D$ *do*.
- (b) Si la fianza se fija por un monto igual a la magnitud de los daños, y se mantiene la nomenclatura anterior, tenemos que esta posibilidad, se escribiría: $Kf = D$ *do*, y
- (c) Por último, si la fianza se fija por un monto menor a la magnitud de los daños, y se mantiene la nomenclatura utilizada anteriormente, tenemos que esta posibilidad, se escribiría: $Kf < D$ *do*.

De dichas alternativas, tenemos que la posibilidad (a) nunca sería deseable, porque incluso los demandantes solventes que habrían podido solicitar medidas cautelares óptimas, perderían incentivos de pedir las, a medida que mayor sea el monto de la fianza, respecto de los daños que pudiera ocasionar al demandado con el otorgamiento de la tutela provisional. En efecto, si denotamos con (S) la capacidad económica del demandante, tenemos que si la caución es demasiado alta, existe un gran número de casos en donde $Kf > S > D$ *do*, por lo que, no se solicitaría nunca la medida

cautelar. Por su parte, si $S \geq Kf > Ddo$, se solicitaría en menos casos de los óptimos, que estaría dado, de acuerdo a la fórmula de Posner, por:

$$Kf + (1-p) \times Ddo < p \times Dte$$

Por su parte, en la alternativa (b), el demandante solicitaría la medida porque, $S \geq Ddo$, y $S \geq Kf$, sin embargo, si la medida cautelar óptima es:

$$P \times Dte > (1-p) \times Ddo$$

Entonces, se solicitaría en menos ocasiones que el óptimo porque la variable Kf , tiene un costo, aunque sea de \$ 1, por lo que haría que dicha fórmula óptima quedara:

$$Kf + (1-p) \times Ddo < p \times Dte$$

En cuyo caso, la diferencia existente entre $P \times Dte > (1-p) \times Ddo$, y $Kf + (1-p) \times Ddo < p \times Dte$, haría que no se solicitaran todas las medidas que se ubiquen en dicho umbral.

Por último, en la alternativa (c), esto es, cuando, la fianza es fijada en un valor menor del daño probable del demandado, existiría una situación de óptimo mejor que en el caso (b), si es que la fianza, se fija en un monto un poco menor que el valor del daño probable que se ocasione al sujeto pasivo, ya que, se elimina el costo asociado que impide la adopción de la medida óptima. Si por su parte, se fija la fianza, en un monto mucho menor al valor del daño probable que la medida ocasiona al sujeto pasivo, entonces, se dará más espacio a que se obtengan medidas no óptimas, porque se amplía el espectro de demandantes insolventes que pueden pedir medidas cautelares, sin posibilidad de responder de los perjuicios que dicha tutela, ocasione.

Una vez, efectuado el desarrollo del marco conceptual antes indicado, el autor, pasa a efectuar sus propuestas de *lege ferenda*, que se expresa en los siguientes términos, a saber:

“Para adoptar una medida cautelar, bastará con que el juez aprecie que la pretensión del demandante no es temeraria, que los riesgos derivados del retraso en dictar una resolución sobre el fondo no son inexistentes, y que el demandante es solvente. A falta de solvencia, el juez podrá exigir caución”²⁵⁶

A dicho Standard, el autor, señala que debería añadirse una posibilidad de control judicial, en los siguientes términos, a saber:

“En los casos en que la medida pudiera causar daños de difícil equivalente pecuniario, o daños irreparables, para adoptarla el juez deberá determinar que los perjuicios que causa su adopción no son superiores a los posibles perjuicios que pueda evitar, teniendo en cuenta la probabilidad de que la pretensión del demandante sea estimada y los tipos de daños que puedan sufrir ambas partes”²⁵⁷

Pues bien, la mencionada propuesta, se basa en la idea central de que el sistema de responsabilidad funciona adecuadamente, de manera que no existe motivo para que un juez ejerza mayor control sobre la solicitud de una medida cautelar, como sería en el caso propuesto por la fórmula *Leubsdorf-Posner*, en donde, como sabemos, el juez, debe determinar la cuantía del daño probable de ambas partes, y las probabilidad de obtención de un resultado favorable por parte del actor, de forma que:

$$P \times Dte > (1-p) \times Ddo$$

²⁵⁶ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 458p

²⁵⁷ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 458p.

Otra característica de dicha propuesta, es que establece un sistema de responsabilidad unido a un mecanismo de caución facultativa, cuya concesión dependerá de la existencia de un demandante insolvente.

Por último, determina la existencia de un control judicial fuerte, en los mismos términos de la fórmula *Leubsdorf-Posner*, en supuestos en donde se pudieran ocasionar al demandado perjuicios irreparables, así como, daños de difícil equivalente monetario (casos en donde el dinero es un mal sustituto)

Con todo, la formulación de dicho planteamiento no se encuentra exento de problemas y de inconsistencias que se harán presentes en la siguiente sección.

§. 6.2 Críticas al planteamiento de Francisco Ramos Romeu

La propuesta formulada por Francisco Ramos Romeu, pretende constituir un avance en la manera en que se combinan los distintos mecanismos involucrados en el problema de la tutela provisional. En este sentido, formula un criterio que busca centrar el problema de las medidas cautelares, en la adopción de tutelas óptimas, incentivando a los sujetos hacia la consecución de la eficiencia.

Ahora bien, dicha propuesta, resulta reciente (2009), por lo que no se conoce mayor bibliografía acerca de la recepción de la misma en la doctrina, y menos en la jurisprudencia. Coadyuva a dicho vacío, el hecho de que, el profesor Ramos Romeu, se encuentra actualmente radicado en España, en donde, el desarrollo del *law and economics*, si bien es cierto ha tomado impulso, no ha cristalizado, todavía, una masa crítica doctrinaria suficiente como para evaluar y objetar con fundamentos, propuestas novedosas como la sugerida por el autor.

Lo anterior, no es óbice, sin embargo, para no formular algunas observaciones y comentarios a la propuesta descrita en el apartado anterior, sobre la base de la perspectiva de estudio de esta tesis, esto es, desde los objetivos del análisis económico del derecho procesal, así como desde los objetivos buscados por el mismo autor. En ambos supuestos, como diremos, no se obtiene un resultado completamente satisfactorio.

En efecto, y en primer lugar, la propuesta de Ramos Romeu, se basa en la preeminencia del régimen de responsabilidad para alcanzar una medida cautelar óptima, y que satisfaga criterios de eficiencia. En este sentido, critica las formulaciones provenientes del *common law*, en cuanto a que ellas, daban mayor trascendencia al control judicial, descuidando o no complementando el análisis con la regulación del régimen de responsabilidad. Pues bien, el autor, previo a fundamentar el tránsito, en perspectiva de eficiencia, desde un sistema basado en la homologación jurisdiccional de los requisitos de la tutela provisional, hacia un sistema basado en la responsabilidad, define lo que entiende como indemnización óptima, señalando que, ella sería igual al daño efectivamente causado al demandado con el otorgamiento de una medida cautelar indebida²⁵⁸.

Sin embargo, dicha primera aproximación de Ramos Romeu, puede ser objeto de dos observaciones conexas, a saber: (a) Tal como han dejado en claro Crisskopf y Medina²⁵⁹, la preeminencia del régimen de responsabilidad, no tiene en cuenta, todos los daños probables que el otorgamiento de una medida cautelar (que no debió ser concedida) puede ocasionar, como daños globales. Lo anterior, porque, la concesión de una medida cautelar indebida, genera costos sociales que no son susceptibles de recuperación en un sistema de responsabilidad, no obstante, tratarse de pérdidas netas de bienestar que deberían ser consideradas sí o sí, por el juzgador, si es que el objetivo en el establecimiento de un instituto como el que se estudia, es precisamente, la minimización

²⁵⁸ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 271p

²⁵⁹ GRISSKOPF, Ofer, y Medina, Barak. Ob. Cit. 4-5p.

de los daños sociales provocados irregularmente; y (b) En segundo término, y vinculado con lo anterior, tenemos que dicha observación se ve reforzada, toda vez que, la misma definición de daños efectuada por Ramos Romeu, solo toma en cuenta, como perjuicios indemnizables, los detrimentos sufridos por el demandado, más no otros costes sociales, que pueden terminar generando disminuciones efectivas de bienestar social, sin posibilidad futura de recuperación, como lo son, los perjuicios que pueden ocurrir a terceros.

Dichas observaciones tienden a dejar en evidencia, deficiencias ciertas de la propuesta que se estudia. En efecto, ya hemos indicado anteriormente que²⁶⁰, una confianza alta en el régimen de responsabilidad, no permite la reasignación *ex post* de las pérdidas de bienestar que genera una medida cautelar mal concedida. Tal opinión es sostenida por Crisskopf y Medina, frente a lo sugerido por Richard Brooks y Warren Schwartz, en su texto: *Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine*²⁶¹, en cuanto a que, si el demandante asume el riesgo de soportar los daños de la parte demandada, el tribunal no debería sopesar dichos daños al momento de expedir una medida preliminar de carácter cautelar, lo que, implícitamente, significa, reducir el nivel de control judicial en pos de favorecer el régimen de responsabilidad.

Por su parte, dichas mismas observaciones críticas, han sido realizadas a la propuesta *Leubsdorf-Posner*, toda vez que ella, basaba el concepto de daños, en la existencia de beneficios indebidos obtenidos por el demandante en razón del otorgamiento incorrecto de una prohibición preliminar, lo que impedía, la restitución al demandado perjudicado, de otros detrimentos que no estuvieran considerados como beneficios, o bien, de otros perjuicios, que no hubieran afectado, necesariamente al sujeto pasivo del proceso. Con todo, debemos señalar que la propuesta *Leubsdorf-Posner*, en el contexto de la legislación y práctica jurisprudencial estadounidense,

²⁶⁰ Ver: acápite § 4.2 de este capítulo.

²⁶¹ Que fue publicado en el Volumen 58 de la Revista de Derecho de la Universidad de Stanford del año 2005.

encuentra fundamento en una profusa jurisprudencia²⁶², que no obstante, resulta contradictoria con fines de eficiencia que se estudian en la materia.

Podemos apreciar que la crítica formulada por Ramos Romeu al criterio *Leubsdorf-Posner*, y a Richard Brooks y Warren Schwartz, es la misma, no obstante, que las propuestas de cada uno de dichos autores, difieren entre sí. Lo que se pretende, con dicha objeción, es que, el tribunal al momento de decretar una medida cautelar, debe considerar la minimización de los daños globales que genera la medida. Por lo mismo, la reducción del concepto indemnizable, resulta contradictoria con la búsqueda de una reducción de los costos sociales totales o globales que genera la medida.

Así, entonces, y adelantando lo que se dirá en la siguiente sección de este capítulo, tenemos que, el modelo paradigmático de medidas cautelares de análisis económico del derecho, entendido como:

$$P \times D_{te} > (1-p) \times D_{do}$$

Debe necesariamente complementar su formulación, para lograr el objetivo de reducción de costes del sistema judicial, incorporando y teniendo en cuenta, los daños que pueda causar a terceros la medida incorrectamente formulada. En este sentido, la variable D ter, debe pasar a formar parte de la fórmula expuesta, transformando el óptimo que se deriva de ella, como sigue:

$$P (D_{te}) > (1-P) D_{do} + H (D_{ter})^{263}$$

²⁶² Al respecto, podemos citar: *Northwestern Fuel Co. v. Brock*, 139 U.S. 216 (1891); *Baltimore & Ohio Railroad Co. v. U.S.*, 279 U.S. 781 (1929); *Arkadelphia Milling Co. v. St. Louis Southwestern Railway Co.*, 249 U.S. 134, 145-146 (1919); *National Kidney Patients Association v. Sullivan*, 958 F.2d 1127, 1136 (D.C. Cir. 1992); *Chestnut Hill Gulf, Inc. v. Cumberland Farm, Inc.*, 788 F. Supp. 616, 622 (D. Mass. 1992)

²⁶³ En donde se agrega como variable a considerar el daño que la medida cautelar produce en terceros (D ter), el que también es probabilístico (H), ya que no toda tutela provisional va asociada al mismo.

En otras palabras, una medida cautelar, resultará completamente óptima, si es el caso que la probabilidad de que el demandante obtenga un resultado favorable (P) multiplicado por el daño estimado que se ocasionará a su persona, en el supuesto que no se conceda la medida (Dte), es mayor que la probabilidad del demandado de obtener una sentencia favorable (1-p), multiplicado por el daño esperado que el otorgamiento de la tutela provisional le ocasionará (Ddo), más los daños probabilísticos (H) que dicho otorgamiento producirá en terceros (D ter).

Lo curioso es que, el mismo Ramos Romeu, acepta dicha crítica, más no la incorpora en su propuesta final. Así señala:

“En la práctica, la medida cautelar puede causar daños no sólo al demandado, sino también a terceros y obviamente deben tenerse en cuenta porque esos daños a terceros pueden ser determinantes de que la medida sea óptima o no en el caso concreto”²⁶⁴

En el derecho comparado, el tratamiento del problema de los perjuicios a terceros en el marco de las medidas cautelares, ha sido puesto en relieve en el derecho anglosajón, solamente a propósito de la propiedad industrial e intelectual. Al respecto, es interesante revisar lo expuesto por John Boyce y Aidan Hollis²⁶⁵, y por Ramsey Shehadeh y Marion Syewart²⁶⁶.

Una segunda observación a la propuesta de Ramos Romeu, se refiere a que ella resulta inconsistente con su propia finalidad de dar primacía real al régimen de

²⁶⁴ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 453p.

²⁶⁵ BOYCE, John, y HOLLIS, Aidan. Preliminary injunctions and damage rules in patent law. Paper disponible en: <http://econ.ucalgary.ca/fac-files/boyce/injunctions%20and%20damages.pdf>

²⁶⁶ SHEHADEH, Ramsey y STEWART, Marion. An economic approach to the balance of hardships and public interest test for preliminary injunction motions in patent infringement cases. Journal of the Patent and Trademark Office Society. N ° 83: 341-354p. 2001.

responsabilidad por sobre el control judicial. En efecto, su proposición de *lege ferenda*, está estructurada en dos regulaciones distintas para supuestos diferentes:

Supuesto 1: La medida cautelar no ocasiona al demandado daños irreparables o daños no susceptibles de ser compensados pecuniariamente (Párrafo primero), y

Supuesto 2: La medida cautelar sí ocasiona al demandado daños irreparables o daños no susceptibles de ser compensados pecuniariamente (Párrafo segundo)

En el caso del supuesto 1, el control judicial resulta limitado a (x) La verificación de una plausibilidad mínima de carácter negativo respecto a la pretensión del demandante, en cuanto a que ésta no sea temeraria; (xx) La apreciación de que los riesgos en la demora de la tutela definitiva, sean minimamente ciertos; y (xxx) La determinación de la solvencia patrimonial del actor.

Por su parte, en el supuesto 2, dicho control judicial, se intensifica, toda vez que, se exige:(x) La determinación de que los perjuicios que ocasione la medida no sean superiores a los perjuicios que pueda evitar; (xx) Considerando (xx.1) la probabilidad de que la pretensión del demandante sea estimada en el fondo; y (xx.2) la clase de daños involucrados, para ambas partes.

La forma en como dichos supuestos se encuentran regulados, determina que ambos juegan en base a posibilidades de opción judicial de carácter alternativas y excluyentes. O sea, operando un supuesto, no resulta posible optar por la otra regulación alternativa.

Lo anterior, se demuestra, por el hecho de que el autor, no indica un criterio de preferencia mínimo a favor del supuesto 1, o del supuesto 2, no obstante, que implícitamente, toda la construcción, se encuentra formulada para dar preeminencia al supuesto 1, ya que con ello, logra superar las exigencias de control judicial, de las

propuestas paradigmáticas del análisis económico del derecho, como lo es, la fórmula *Leubsdorf-Posner*, que en la práctica, resulta muy similar a la regulación contenida en el supuesto 2, ya que exige la prueba acerca de las probabilidades de resultado favorable de ambas partes, así como, la determinación de los perjuicios esperados en caso de que se adopte o no la medida cautelar.

Pues bien, dicho criterio de preferencia mínimo no existe en la propuesta de Ramos Romeu, porque no se explicita nada acerca de qué supuesto constituye la regla general, y cuál la excepción. Por lo demás, empíricamente tampoco resultaría posible formular dicho criterio de preferencia, y eso lo sabe Ramos Romeu, por cuanto, la preeminencia de una regulación por sobre otra, debería basarse en un examen cuantitativo acerca de la mayor concurrencia práctica del supuesto 1, por sobre el supuesto 2, lo que, no se encuentra disponible, a los efectos de lograr dicha justificación.

De esta forma, si no hay criterio de preferencia mínimo justificado económicamente, entonces, el juez al aplicar la propuesta de Ramos Romeu, tiene que necesariamente, estudiar la procedencia del sustrato contenido en ambos supuestos, para ver por cuál optar, y al realizar esto, obviamente, está ejerciendo un control judicial, de manera igualmente intensivo al que existe en un sistema en donde dicha verificación jurisdiccional tiene plena validez (fórmula *Leubsdorf-Posner*)

Efectivamente, en la práctica, dicha propuesta llevará al juez, a estudiar si existe o no existe daño irreparable o no susceptible de compensación pecuniaria. La determinación que obtenga luego de dicho análisis, proviene de un examen propio de un sistema de control judicial exhaustivo, de manera que el propósito de Ramos Romeu, en cuanto a lograr un estatus de privilegio para el régimen de responsabilidad, estableciendo un nivel mínimo de control judicial, no resulta satisfecho, o por lo menos, no satisfactoriamente. Para ello, requeriría, un criterio de preeminencia, que justifique

empíricamente, la preferencia por una regulación en lugar de la otra, el que, con todo, no se encuentra desarrollado ni disponible en su propuesta.

En tercer término, la propuesta de Ramos Romeu, falla al establecer una regulación de la fianza ya que la formulada al efecto no logra satisfacer completamente las exigencias de eficiencia. Lo anterior porque, de acuerdo a la propuesta de *lege ferenda* que realiza el autor, la fianza tiene como características, el hecho de ser doblemente excepcional y facultativa.

Es doblemente excepcional, porque solamente procede en el supuesto 1, y no en el supuesto 2, o en ambos, y además, porque, en el supuesto 1, no concurre en todos los casos, sino que solamente cuando el demandante no sea solvente. Por su parte, es facultativa, porque, aún cuando proceda en los casos excepcionales que se han descrito, de todas formas, su exigencia en cada caso, depende del juzgador.

Pues bien, dicha solución no resulta satisfactoria en términos de eficiencia, porque la fianza pretende, económicamente, dos objetivos: (a) Evitar solicitudes de demandantes insolventes; y (b) Evitar el otorgamiento de medidas no óptimas.

El fundamento del primer objetivo, es evitar situaciones en donde el actor se encuentre afecto a la incapacidad de responder de los perjuicios que su conducta produzca. Ello, es a todas luces, ineficiente, ya que, si se considera que dichos perjuicios se refieren a los daños que ha provocado la medida cautelar en el patrimonio del demandado, o bien, se refiere a la totalidad de los costes sociales que genera dicha medida, en ambos casos, el patrimonio del demandante será insuficiente para solventar tales gastos, de forma que no existirá reasignación de perjuicios, y terminará el demandado soportando dichos daños.

Lo anterior, puede expresarse de la siguiente manera: Sea (S) el patrimonio del demandante, y (Ddo) los daños que sufrirá el demandado de concederse la medida, si estamos en presencia de un demandante insolvente, entonces:

$$S < Ddo,$$

Y consecuentemente, el actor solo responderá, hasta:

$$(1-p) \times S$$

Lo que no satisface el nivel óptimo de indemnización, que respecto de los daños que sufre el demandado, se denota como:

$$(1-p) \times Ddo$$

Y que no resulta alcanzado por $(1-p) \times S$, ya que por inferencia:

$$(1-p) \times Ddo > (1-p) \times S$$

Lo que es lo mismo que:

$$\{P \times Dte > (1-p) Ddo\} > \{P \times Dte > (1-p) \times S\}$$

En consecuencia, un resultado ineficiente.

Por otro lado, el segundo objetivo de la fianza, busca evitar el otorgamiento de medidas no óptimas, en razón de los incentivos que genera en demandantes insolventes la solicitud de medidas cautelares, cuando éstos saben, desde su posición estratégica, que no podrán responder de los perjuicios que causan. En este sentido, Steven Schavell, ha

señalado que solamente cuando los individuos tienen activos por lo menos iguales a los daños que causan, tienen incentivos óptimos para adoptar decisiones. O sea, solamente si:

$$(S \geq Ddo)$$

En este sentido, indica que:

“If individuals’ assets are less than the potential harm, however, they will engage too often in the harmful activity, as they will not then face expected liability equal to the full expected harm, and they will similarly lack incentives to take optimal care”²⁶⁷

Consecuencialmente, si los activos de un individuo, son inferiores a los daños que pudiera causar, podrá dedicarse a la actividad perjudicial, cuando es socialmente indeseable, y en tal supuesto, adicionalmente, ejercerá una atención inadecuada. En este mismo, sentido, y desde la mirada del régimen de responsabilidad, el sujeto en situación de insuficiencia patrimonial, no se hará cargo del costo social de su actividad, y por lo mismo, tiene incentivos para participar de ella, incluso cuando su ganancia es menor de aquella que produce el mayor beneficio marginal social.

En los términos de las notaciones señaladas anteriormente, tendríamos que:

$$Ddo > (1-p) \times Ddo > (1-p) \times S$$

Lo que, resulta, asimismo, ineficiente.

²⁶⁷ SCHAVELL, Steven. Minimum Asset Requirements. 2002. Workpaper: <http://www.nber.org/papers/w9335>. 1p. (“Si los bienes personales son menores que el daño potencia, ellos se verán a menudo comprometidos en actividades peligrosas, dañinas o riesgosas, ya que no se verán enfrentados a responsabilidades iguales al daño completo esperado, y carecerán de incentivos similares para tener una atención óptima”)

Por otro lado, la propuesta de Ramos Romeu, no se hace cargo de los objetivos de la fianza que se ha indicado. De hecho, no se soluciona el problema de la incapacidad para responder, en los siguientes casos:

- (a) Cuando el juez, en el supuesto 1, no estando en presencia de un demandante solvente, no exige la fianza (recordemos que no es obligatorio su establecimiento, sino que excepcional).
- (b) En todos los casos posibles del supuesto 2, ya que, allí, el control judicial, aunque más intenso que en el control 1, no se extiende a la verificación de la solvencia del actor.

Dicha propuesta, resulta, más insatisfactoria, si consideramos que el problema de la incapacidad para responder, resulta más grave en el supuesto 2, que en el supuesto 1, ya que, la existencia de daños irreparables o de no susceptibles de compensación pecuniaria, agrava la posición del demandado afectado por una medida cautelar indebida, porque a medida que se intensifican dichas clases de daños, en sentido proporcional inverso, el dinero se hace menos apto para satisfacer dichos perjuicios.

Adicionalmente, la medida es insatisfactoria, incluso en la lógica del mismo autor, porque en el supuesto 1, la fijación de una fianza, obliga a efectuar un control judicial, tendiente a calcular una fianza óptima, lo que significa que la misma, debe ser minimamente inferior al óptimo cautelar, de forma que, la variable $K(f)$, no signifique un costo que desincentive la adopción de medidas cautelares óptimas, en los siguientes términos:

$$K(f) + (1-p) \times D_{dte} > (1-P) D_{do} + H(D_{ter})$$

Pues bien, el juez al efectuar dicho cálculo, lo que en realidad, está haciendo, es un control judicial igualmente intensivo como el propuesto por la fórmula *Leubsdorf-Posner*, por lo que nuevamente no encontramos justificación (en la propuesta de Ramos Romeu) para eludir un nivel importante de homologación jurisdiccional.

Incluso es más, la propuesta de Ramos Romeu, se opone a lo que el mismo autor, ha propuesto, al analizar las exigencias de una caución óptima, de acuerdo a lo expuesto en el siguiente cuadro:²⁶⁸:

	Demandante Solvente		Demandante Insolvente	
	Medida óptima	Medida no- óptima	Medida óptima	Medida no- óptima
Sin caución	1. Solicita: (1-p) x Do	2. No solicita: P x Dte	5. Solicita: (1-p) x Ddo	6. Solicita: (1-p) x Ddo
Con caución	2. Solicita: (1-p) x Ddo	4. No solicita: P x Dte	7. No solicita: P x Dte	8. No solicita: P x Dte

Lo anterior, porque analizando dicho cuadro, ha llegado a la conclusión de que la caución sería deseable como requisito general, sólo si: Los daños esperados derivados de la adopción de medidas no óptimas que se causen en un sistema sin caución, sean superiores a los daños esperados que la falta de adopción de medidas óptimas producen en un sistema con caución, esto es, cuando:

$$(1 - p) \times Ddo > P \times Dte$$

Lo anterior, porque siempre que el demandante sea solvente, exista o no exista caución, pedirá una medida óptima, porque en todo caso:

²⁶⁸ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 315p.

$$S \geq Ddo$$

Por su parte, en presencia de un demandante insolvente, la caución, constituye el filtro para peticiones no óptimas, lo que no ocurre en ausencia de caución (Ver cuadro: 6).

De esta manera, si seguimos dicha conclusión, y la contrastamos con la propuesta formulada por el mismo autor, tenemos que:

Deficiencias	Supuestos	Desarrollo de deficiencia
Deficiencia N ° 1	Supuesto 1	En no todos los casos se controla a demandante insolvente, por lo que, en un sistema sin caución, siempre solicitará la medida, sea o no óptima
Deficiencia N ° 2	Supuesto 2	Como no exige caución, entonces siempre solicita medida, sea o no óptima

De forma que en ambas deficiencias, siempre:

$$(1 - p) \times Ddo > P \times Dte$$

No obstante, nunca, existirá caución. Por lo que, la misma propuesta conduce a resultados ineficientes.

Por último, podemos observar la propuesta de Ramos Romeu, señalando que la misma no logra la consecución del objetivo de reducir el error en la toma de decisiones en un marco de incertidumbre. Lo anterior, se verifica con el examen del supuesto 1, en donde, un mínimo de control judicial, poco puede lograr en cuanto a algún grado razonable de adecuación con la sentencia definitiva. En efecto, decidir otorgar o no, una medida cautelar, simplemente verificando que la pretensión del demandante no es temeraria, y que algún riesgo de daño existe de no concederse dicha medida, significa, incluso, bajar los Standard de correspondencia con una decisión sobre el fondo, a niveles menores de aquellos establecidos en normativas continentales, como la chilena, que exige al efecto, presunción grave del derecho que se reclama²⁶⁹. Ello deja de lado, completamente la ponderación de los costos por sus errores, que es el presupuesto económico que permite, no obstante sus insuficiencias, compatibilizar los dos objetivos del análisis económico del derecho procesal. En dicha propuesta, solamente se ponderan los costos en sí, no por sus probabilidades de certeza, lo que resulta gravemente perjudicial, al ampliar el umbral de error respecto de una sentencia definitiva, pudiendo ocasionar mayores pérdidas de bienestar temporal, durante el curso del juicio.

Vinculado, con lo anterior, no deja de ser relevante, el hecho que el supuesto 1, no atiende al daño esperado que puede ocasionar la medida cautelar en el demandado, lo que no permite dar una respuesta adecuada a la paradoja de garantías que se ha tratado anteriormente en este capítulo. Al respecto, nos remitimos a la primera crítica formulada a la propuesta de Ramos Romeu, que guarda relación con esta observación.

§. 7 Síntesis y Propuesta de Análisis Económico del Derecho de medidas cautelares.

En este acápite haremos una breve síntesis de lo expuesto anteriormente acerca de los parámetros de análisis económico del derecho de las medidas cautelares, para

²⁶⁹ Artículo 298 del Código de Procedimiento Civil.

luego, efectuar una proposición que tienda a solucionar de la mejor manera las deficiencias detectadas en los modelos estudiados.

§. 7.1 Síntesis

Hemos desarrollado en el presente capítulo las principales propuestas que el análisis económico del derecho ha ofrecido en materia de tutela provisional. Al respecto, y en síntesis, podemos ofrecer los dos grandes modelos paradigmáticos, que son, a saber:

- a. El modelo que tiende a la preeminencia del control judicial, cuyo exponente principal lo podemos encontrar en el criterio *Leubsdorf-Posner*, y
- b. El modelo que tiende a la preeminencia del régimen de responsabilidad, cuyo exponente principal lo identificamos en el criterio propuesto por Ramos Romeu.

Respecto de cada uno de dichos modelos, hemos indicado sus deficiencias y objeciones. Así, al criterio *Leubsdorf-Posner*, se lo critica por no tender a la reducción de aquellos costes que significan pérdidas de bienestar neto, y que no son posibles de ser redistribuidos en un proceso de responsabilidad, así como también, se objeta el hecho de centrar el estudio solamente en el control judicial, descuidando un examen complementario de otros mecanismos que *ex post*, podrían mitigar los daños que se ocasionan con el otorgamiento de la medida cautelar. Por su parte, el modelo de Ramos Romeu, es posible de ser objetado en razón de diversas consideraciones, que atentan en contra de la eficiencia de su propuesta. Al respecto, hemos indicado que no logra superar las críticas formuladas al criterio *Leubsdorf-Posner*, en cuanto que el contenido de la indemnización óptima que el autor identifica, tiende a dejar de lado aquellos costes sociales no compensados por un régimen de responsabilidad. Adicionalmente, la primacía que pretende dar a la responsabilidad por sobre el control judicial, no resulta plasmada en su propuesta final, ya que no logra identificar un criterio de preferencia

mínima a favor del supuesto N ° 1 (basado en la confianza en el régimen de responsabilidad), por sobre el supuesto N ° 2 (basado en un sistema de control judicial), por lo que de todas maneras, se exige un nivel intensivo de dicho control, para evaluar la procedencia del supuesto a aplicar en el caso concreto, frustrándose de esa manera, el objetivo buscado. En tercer lugar, y ahora, afectando consideraciones propias de la eficiencia, el régimen de fianza, que debería complementar un sistema de medidas cautelares, tendiendo a solicitudes óptimas, y además, evitando el problema de la incapacidad de respuesta de demandantes temerarios, tampoco resulta satisfactoriamente planteado, ya que, el criterio que propone al efecto, conduce muchas veces, a una situación de: $(1 - p) \times Ddo > P \times Dte$, no obstante, establecer la procedencia de la fianza, de carácter doblemente excepcional. Por último, dicha propuesta, en el supuesto 1, aumenta considerablemente los riesgos del error judicial, preocupándose mayormente de la reducción de los costes del sistema procesal, con lo que no logra compatibilizar otros objetivos deseados por el análisis económico del derecho procesal.

En base a lo anterior, la mejor manera de lograr una debida respuesta a los problemas involucrados en la concesión de una medida cautelar, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, e incluso, desde el debido proceso legal, pasa por, compatibilizar dos clases de cuestiones, a saber:

- a. Compatibilizar los objetivos del análisis económico del derecho procesal, en cuanto a la reducción de los costos del error, y la disminución de los costos del sistema procesal, y
- b. Compatibilizar un sistema de control judicial con mecanismos *ex post* de mitigación de daños.

Desde dichas ópticas, la propuesta de Ramos Romeu, resulta deficitaria en ambas cuestiones, en cambio, la propuesta de *Leubsdorf-Posner*, resulta por lo menos aceptable desde la perspectiva de compatibilizar los objetivos señalados en la letra a) anterior,

pudiendo, en miras a la eficiencia, mejorarse a ese respecto, y propender a compatibilizar los distintos instrumentos de mitigación de daños. En dicho sentido, se propone un modelo de análisis, que se desarrolla en el acápite siguiente.

§. 7.2 Propuesta de Análisis Económico del Derecho sobre medidas cautelares

De acuerdo a lo explicado, el modelo básico de estudio de medidas cautelares, que permite comparar los costos esperados del error para ambas partes, en un escenario de incertidumbre e información incompleta, con el objetivo de reducir, los costos totales del sistema, al propender a la solución que evite más costos que aquellos que genera, es aquella conocida como fórmula *Leubsdorf-Posner*, que se denota de la siguiente manera:

$$P \times D_{te} > (1-P) \times D_{do}$$

Al respecto, ya hemos indicado que dicha fórmula, no incluye los costos que asumen terceros, y que significan pérdidas relevantes de bienestar social. Dichos perjuicios, son trascendentes al momento de evaluar una medida cautelar como óptima o no. Por lo que, en primer lugar, debemos avanzar en una formulación que incluya dicho costo, y que hemos denominado variable (D_{ter}), y que incorporada en la fórmula señalada, da origen a la siguiente notación:

$$P (D_{te}) > (1-P) \times (D_{do} + D_{ter})$$

Ahora bien, dicha fórmula, tampoco resulta completamente eficiente, porque es posible obtener un mejor escenario alternativo, sobre la consideración de que, no en todos los casos, existirán daños a terceros. De esta forma, a diferencia del daño que se puede producir a las partes del juicio, de concederse indebidamente una medida (perjuicio al sujeto pasivo), o bien, del daño que es posible ocasionar al sujeto activo de no otorgarse una medida cautelar, el daño a terceros, resulta en sí, probabilístico.

Por lo mismo, la variable (D ter) debe necesariamente incluir una formulación probabilística acerca de su ocurrencia, lo que denotaremos con la variable (h). Así, el daño a terceros se expresa como sigue:

$$H(D \text{ ter})$$

De la anterior notación, podemos inferir que a medida que (h) disminuye, mayor es la probabilidad de que no exista daño a terceros, y viceversa.

Ello resulta fundamental, porque, como se ha dicho, no en todos los casos judiciales, será necesario considerar la variable (h), la que, por ejemplo, en un proceso entre partes de un contrato de carácter eminentemente privado, como puede ser, un juicio de comodato precario, la variable (h) será igual a cero:

$$H = 0$$

Pues bien, incluyendo, la variable probabilística del daño a terceros, tenemos que nuestra fórmula quedaría de la siguiente manera, a saber:

$$P(D \text{ te}) > (1-P) D_{do} + P(D \text{ ter})$$

Dicha fórmula resulta más eficiente según Kaldor-Hicks que la fórmula:

$$P(D \text{ te}) > (1-P) \times (D_{do} + D \text{ ter})$$

Lo anterior, toda vez que, desde el punto de vista del bienestar social, se minimiza una mayor cantidad de daños sopesado por sus costos, cuando se intensifica el control judicial, con la prueba de un requisito adicional, en aquellos supuestos, en donde

se entiende que la afectación a terceros ocurrirá. De esta manera, si la verificación del daño a terceros se exigiera en todos los casos, existirá un umbral de supuestos, en donde no se justifica el control sobre dicha variable, porque simplemente, resulta excesivo, al no plantearse un problema en dicho sentido, cargando un costo adicional a medidas que pueden resultar óptimas de no suponer el gasto de control judicial sobre la variable (h)

Pues bien, el hecho que la fórmula antes indicada, incluya lo referente al daño a terceros de manera probabilística, permite establecer una propuesta que mejora aquella inicialmente planteada por Posner, y que supera, las críticas efectuadas, fundamentalmente por Ofer Grosskopf y Barak Medina, al exigir al juez que valore costos sociales que no solamente se refieren al daño esperado que se puede inferir al demandado, en el evento que se otorgue la medida cautelar.

Sin embargo, hasta el momento, nos hemos concentrado exclusivamente en el examen del control judicial, como instrumento de eficiencia de las medidas cautelares. Resulta, indispensable, con todo, que dicho instrumento, se conecte con otros mecanismos que posibiliten una debida mitigación de daños. Al respecto, la fianza o bono, permite *ex ante*, incentivar ciertos comportamientos deseables, al evitar el problema de la incapacidad para responder, que puede existir respecto del demandante, en cuanto a no satisfacer las exigencias y costos involucrados en el otorgamiento de una medida cautelar incorrecta.

En este sentido, hemos indicado a lo largo de este capítulo que el mencionado problema, incentiva conductas indeseables, toda vez que el sujeto que conoce su situación patrimonial, estratégicamente efectuará reclamaciones, con prescindencia del daño que ellas provocan, en toda el umbral que supere su patrimonio.

De esta forma, el activo del demandante, que hemos denotado como la variable (S), debe ser igual a la cantidad de daños que la medida cautelar puede provocar, esto es, igual a la variable compuesta $(D_{do} + D_{ter})^{270}$.

Lo dicho tiene trascendencia, porque, el fundamento de la caución, se basa precisamente en dichos modelos. Ello porque pretende asegurar al demandado y a otros interesados, el debido resguardo de sus intereses por una medida cautelar mal concedida. Por lo mismo, si denotamos, el monto de la fianza o caución, como $K(f)$, tenemos que ella debe, por lo menos, ser igual al monto de los costes sociales involucrados en el otorgamiento de una medida cautelar, o sea:

$$K(f) \geq (D_{do} + D_{ter})$$

Sin embargo, dicho comentario, debe ser matizado, con algo que hemos desarrollado previamente, en el sentido de que la variable $K(f)$, tiene un costo ineludible, tanto para el solicitante, como para el sistema (gastos administrativos de concesión de la medida), de forma que una medida cautelar óptima, sin la exigencia de caución, esto es:

$$P(D_{te}) > (1-P)D_{do} + P(D_{ter})$$

Puede terminar siendo no óptima, por medio del establecimiento de un costo adicional, reflejado en:

$$K(f) = (D_{do} + D_{ter})$$

Por lo mismo, a efecto de que la fianza no constituya un desincentivo para el otorgamiento de medidas cautelares óptimas, la misma debe estar fijada, en un monto

²⁷⁰ Recordemos que dichas variables son probabilísticas.

algo menor al nivel eficiente, esto es, debe establecerse por una cuantía ligeramente menor al valor probable de los daños que la medida ocasiona:

$$K(f) < (D_{do} + D_{ter})$$

Solo lo anterior, permitirá que:

$$P \times D_{te}$$

Siga siendo de todas formas superior a:

$$(1-P) D_{do} + P (D_{ter})$$

Y por lo tanto, no impeditivo para una medida óptima, según:

$$P \times D_{te} > (1-P) D_{do} + P (D_{ter})$$

En este mismo sentido, Ramos Romeu, cuando señala:

“Empiécese por lo que podría ocurrir si estableciera una caución igual, $c = D_{do}$. Si el demandante fuera solvente, de formas que $S \geq D_{do}$, entonces podría obtener el aval en su caso dado que $S \geq c$, por implicación. Así las cosas, pediría la medida si $K(c) + (1-p) \times D_{do} < p \times D_{te}$, y no lo haría en caso contrario. Dado que la medida es óptima, siempre que $(1-p) \times D_{do} < p \times D_{te}$, y que $K(c) + (1-p) \times D_{do} > (1-p) \times D_{do}$, puede verse como obtener una caución tiene un coste y se solicitará la medida en menos casos de los que sería óptimo. De ahí que sería deseable reducir un poco la cuantía de la caución, ligeramente por debajo de D_{do} , para que se adoptaran todas las medidas óptimas”²⁷¹

²⁷¹ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 341-342p.

Obsérvese que el modelo utilizado por Ramos Romeu, no contiene lo referente a los daños a terceros o costes sociales no involucrados en el daño que sufre el demandado de concederse la medida cautelar, ni el aspecto probabilística de dicho perjuicio.

La propuesta que se formula en esta tesis, entonces, se diferencia de aquella expresada por Ramos Romeu, porque la caución debe ser generalmente obligatoria, y no doblemente excepcional, como la formulada por aquél. Los únicos casos de excepción, serían aquellos en donde, estemos en presencia de un solicitante notablemente solvente, debiendo recaer la prueba acerca de la suficiencia de activo, en el mismo peticionario. Quien por dicho intermedio, se verá incentivado a poner a disposición del tribunal y de la contraparte, su patrimonio, lo que favorecerá posteriormente, posibles ejecuciones en caso de ser responsable por el otorgamiento indebido de la medida.

Lo que se ha avanzado hasta este momento, constituyen mejoras a las propuestas que el análisis económico del derecho ha formulado en materia de tutela provisional. Al respecto, hemos indicado mecanismos provenientes del control judicial, como de la fianza. Éste último instrumento, permite que el solicitante internalice *ex ante* ciertos costos asociados a las medidas cautelares, por lo que constituirá un filtro a reclamaciones provisionales infundadas, toda vez que, una vez estimadas en tal sentido, el demandado tendrá un fondo donde concurrir para pagarse de sus perjuicios. Pero adicionalmente, se logra el traslado de ciertos costes al solicitante, al momento mismo de la concesión de la medida cautelar, por lo que desaparece cualquier riesgo de abuso del procedimiento, al no ser de cargo del demandado la restitución *ex post* de sus detrimentos.

Con todo, el solo establecimiento de un sistema de fianza generalmente obligatorio, no permite constituir por sí solo, un mecanismo de mitigación de daños.

Requiere ir unido, ineludiblemente a un sistema de responsabilidad eficaz, toda vez que, la fianza, no será entregada al demandado perjudicado, sino una vez que se determine la responsabilidad del demandante. Si ello es ilusorio, porque el régimen de procedimiento establecido al efecto, es lento, o bien, porque no permite el debido resguardo del demandado, ocurrirán dos cosas, a saber:

- a. Los demandantes se abstendrán de solicitar medidas óptimas, porque, aún cuando fueran responsables de los perjuicios, mantendrán valores económicos sin utilidad por un gran lapso de tiempo, comprendiendo al efecto, no sólo el proceso principal al que accede la medida cautelar, sino que también, el nuevo juicio en donde se ventile su responsabilidad. Puede ocurrir, entonces, que el beneficio que obtiene el actor proveniente de la medida cautelar, se subsuma en la pérdida de valor por la no utilización de los recursos adscritos a la fianza, lo que genere la no solicitud de medidas cautelares óptimas.
- b. Los demandados, frente a un proceso de determinación de responsabilidad poco eficaz, y que demore en la compensación y resarcimiento de sus perjuicios, deberán asumir mayores pérdidas temporales, mientras más se alargue la reparación de sus daños, incentivando defensas que tiendan a aumentar el verdadero valor de sus detrimentos, de forma que por dicha vía, compensen las mayores pérdidas temporales que se produzcan por la demora en la compensación.

Pues bien, frente a ello, resulta esencial el establecimiento de un régimen correcto de responsabilidad. En este sentido, y a efecto de lograr dicho fin, los argumentos expuestos por Ramos Romeu, tendientes a favorecer un sistema de responsabilidad objetivo, por sobre uno de carácter subjetivo, son plenamente aplicables

para estos efectos²⁷². Por lo demás, dichos argumentos se basan en una extensa bibliografía sobre la cuestión, basados en el antecedente que, el daño producido en sede de medidas cautelares²⁷³, es propiamente unilateral, esto es, depende fundamentalmente de la conducta e incentivos del mismo solicitante, frente a lo cual, los deberes de cuidado de la víctima de la medida, son muy menores, por no decir, nulos.

Recordemos que un sistema de responsabilidad objetivo es aquel en donde el causante de un determinado accidente o perjuicio, es responsable de los daños que produzca en las víctimas, aún cuando dicho detrimento no hubiera podido evitarse

²⁷² En efecto, al tratar la propuesta que realiza Francisco Ramos Romeu sobre medidas cautelares (acápite §. 5.1 de este capítulo), señalamos las razones que harían preferible un sistema de responsabilidad objetiva por sobre uno subjetivo, siendo ellas: (a) En primer lugar, la clase de daños que puede provocar el demandante con la concesión indebida de una medida cautelar, es de aquellos denominados unilaterales, esto es, de aquellos, en donde solamente, el solicitante de la tutela cautelar puede evitar el daño, y por lo tanto, se encuentra en mejor posición para controlar el acaecimiento del perjuicio. En presencia de dichas circunstancias, la responsabilidad objetiva resulta más fácil de ser administrado, toda vez que, basta que el juez conozca la magnitud de los daños que la medida ha ocasionado, y no como ocurre, en un sistema de responsabilidad por culpa, en donde el juez debe establecer para cada caso, el nivel socialmente óptimo de exigencia, y el hecho de sí el sujeto solicitó la medida cuando sabía o debía saber que la misma no era óptima (b) El segundo factor que hace deseable el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetivo, por sobre uno de responsabilidad por culpa, es la dificultad que significa determinar a posteriori, la existencia de culpa en la actuación del solicitante de una medida cautelar. Así, la prueba acerca de que el demandante actuó negligentemente para obtener la concesión de una medida cautelar, ocultando datos que conocía y que hubieran significado el no otorgamiento de la tutela provisional, resulta prácticamente imposible. Por otro lado, en el sistema de responsabilidad objetivo, se soslaya dicha dificultad, porque solamente debe ser definido la magnitud de los daños, más no, el nivel de culpa o negligencia; (c) Asimismo, en un sistema de responsabilidad objetivo, se logra el objetivo de que, el juez que resuelve sobre el proceso principal, y el que se pronuncia sobre la existencia de la responsabilidad, sea el mismo. Lo anterior, se favorece por sobre un sistema de responsabilidad por culpa, por el hecho de que, la no valoración de la negligencia, no se trasunta en algún riesgo de falta de imparcialidad del juzgador, quien puede encontrarse en una posición para valorar debidamente dicha imprudencia, al haber en un primer momento permitido, la realización de la conducta dañosa; (d) Un cuarto factor que posibilitaría una preferencia por un sistema de responsabilidad objetiva, es que la concesión de una medida cautelar, genera, en la mayoría de los casos, una terminación anticipada del procedimiento, por lo que, el juez que debe valorar la existencia de dicha responsabilidad, en una etapa no definitiva del proceso, no tendría toda la información suficiente a los efectos de valorar debidamente el nivel óptimo de cuidado; (e) Una quinta consideración acerca de la preeminencia de un sistema de responsabilidad objetivo, es el hecho de que la regulación de las medidas cautelares, constituye un reglamento aplicable a diversos procedimientos, de forma que el establecimiento de responsabilidad (y de cuidado debido, en cada clase de proceso), puede resultar demasiado complejo, lo que se favorecería con un sistema (como el de responsabilidad objetiva) que simplifica dicho aspecto, al no hacer necesario la fijación de un Standard de diligencia no apto para todos los procedimientos a que pudiera resultar aplicable.

²⁷³ En este sentido, ver: SCHAFFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit. 219-239p; COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 382-419p; POLINSKY, Mitchell. Ob. Cit. 53-74p; y POSNER, Richard. Ob. Cit. 156-204p.

mediante el ejercicio del cuidado debido. Por el contrario, un sistema de responsabilidad por negligencia, determina la responsabilidad del victimario, solamente en caso de que, dicha persona haya actuado sin sujeción a la debida diligencia, que es identificada en cada caso, por el juzgador.

Incluso más, es posible, agregar a los argumentos a favor de un sistema de responsabilidad objetivo, otra razón adicional, en cuanto al hecho que un sistema de responsabilidad por culpa, no permite optar por la medida más eficiente, entre dos o más medidas óptimas.

En efecto, supongamos dos medidas cautelares. En la primera (caso 1) las probabilidades de ambas partes de obtener un resultado favorables son de un 50%; adicionalmente, el daño probable que sufrirá el demandado en caso de concederse la medida cautelar, asciende a \$ 50, y el daño probable que sufrirá el demandante de no otorgarse idéntica medida, asciende a \$100; suponiendo por último que no existen otros costes sociales involucrados, de forma que: $D_{ter} = 0$. En dicho supuesto, procede que se dé lugar a la medida porque, la cantidad de daños que se evitan (\$ 50), superan a la cantidad de daños que se causan con la medida (\$ 25), obteniéndose un beneficio social igual a \$ 25, ya que:

$$P(0.5) \times D_{te}(100) = 50$$

$$(1-p)(0.5) \times D_{do}(50) = 25, \text{ así}$$

$$50 > 25$$

Por otro lado, en el segundo supuesto (caso 2), se mantienen invariables las probabilidades de ambas partes de obtener un resultado favorable; los daños que la medida ocasionará al demandante, así como, la inexistencia de costes sociales adicionales a los perjuicios del demandado. Sin embargo, se modifica el daño esperado

que el sujeto pasivo sufrirá en caso de otorgarse la medida, el que asciende a \$ 90. En este supuesto, también resulta eficiente que se adopte la medida, porque, la cantidad de daños que se evitan (\$ 50), son superiores a la cantidad de daños que se causa (\$ 45), obteniéndose un beneficio social igual a \$ 5, ya que:

$$P (0.5) \times D_{te} (100) = 50$$

$$(1-p) (0,5) \times D_{do} (90) = 45, \text{ así}$$

$$50 > 45$$

En ambos casos, las dos son medidas óptimas (caso 1 y caso 2), no obstante, la que reduce en mayor medida, los perjuicios asociados a su concesión es la primera, ya que solamente tiene asociado un costo de (\$ 25), y no de (\$ 45), como en el caso 2, de forma que se obtiene un beneficio social de \$ 20 entre una y otra alternativa.

Sin embargo, bajo un régimen de responsabilidad por culpa, el demandante no tiene incentivo alguno para optar por la medida que menor daño cause, en tanto que solamente responde si actúa con negligencia, lo que es independiente del perjuicio que pueda originar la medida. De esta forma, si el sujeto solicitante de una medida cautelar, actúa diligentemente y solicita una medida óptima, le dará lo mismo instar a una tutela que genere un daño esperado para la contraparte ascendiente a (\$ 25) o bien a (\$ 45), lo que no sucede en el marco de un régimen de responsabilidad objetiva, en donde, dado que no juega la imputabilidad del sujeto, derechamente se hará responsable al demandante de los perjuicios que origine su reclamación de tutela provisional (más allá de la cuestión si ella es óptima o no), y por tanto, sí adquiere relevancia, solicitar aquella medida que genere menor coste social, ya que, con ello, reduce su responsabilidad esperada.

Ahora bien, el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva, requiere de ciertas reglas de procedimiento que lo hagan efectivo, al respecto, se propone:

- a. Que el procedimiento en donde se haga valer el régimen de responsabilidad objetiva derivada de una mala concesión de medidas cautelares, sea efectuada ante el mismo tribunal que conoció del proceso principal.
- b. Dicho procedimiento debe tramitarse de conformidad con las reglas sobre incidentes que se establezcan en cada legislación.
- c. El plazo para reclamar de dichos perjuicios prescribe dentro del plazo de tres meses de ejecutoriado el fallo definitivo dictado en el proceso principal.
- d. Si es el caso que no se reclama dentro de dicho plazo, el tribunal deberá dejar sin efecto, la caución otorgada por el solicitante de la medida cautelar.
- e. Es necesario que se definan claramente los presupuestos que harían procedente la responsabilidad objetiva: Sin ahondar mayormente en el tema, porque hacerlo superaría los objetivos planteados por esta tesis, sería pertinente que se estableciera como supuestos de responsabilidad para el demandante que ha solicitado una medida cautelar, aquellos supuestos, en donde: (e.1) Exista sentencia definitiva firme y ejecutoriada que rechaza la demanda. En aquellos casos en donde se rechaza la demanda parcialmente, habría que analizar si la pretensión desestimada, incidió sustancialmente en los daños previstos que se le hubieran podido ocasionar al demandante de no concederse la medida cautelar; (e.2) Cuando el demandante se desiste de su demanda luego de obtenida una medida cautelar; (e.3) Cuando una medida cautelar haya sido otorgada *inaudita parte* y luego de la oposición del demandado, se deja sin efecto, la medida cautelar, ya sea en primera instancia, o por vía de apelación; (e.4) Cuando se haya logrado la concesión de una medida cautelar prejudicial, y no se presenta la demanda dentro del término legal respectivo; (e.5) Cuando el demandante pierde el derecho a continuar con el proceso, en razón de un abandono de

procedimiento. En todos dichos casos, existe por parte del demandante que ha obtenido una medida cautelar, un interés que escapa al logro de una tutela definitiva efectiva, porque ello, supone que el proceso que ha incoado, resulta acorde a sus necesidades, lo que no se manifestará cuando se desiste de la acción intentada, o bien, cuando se aplica a su respecto, la sanción procesal, del abandono del procedimiento. Por su parte, si el demandante pierde completamente el juicio, es porque existió un error en la valoración de las pérdidas esperadas derivadas de la concesión o no de la medida cautelar, que ocasionó perjuicios injustificados a un sujeto cuyos intereses fueron protegidos jurisdiccionalmente. En el caso, que se deje sin efecto una medida adoptada *inaudita parte*, la justificación de la responsabilidad del demandante, la encontramos en el hecho de que, se presume legalmente que el demandante quiso beneficiarse con la falta de defensa del demandado respecto de sus intereses, en el marco de un mayor grado de incertidumbre que aquél que existiría respecto de una medida cautelar adoptada oyendo previamente a ambas partes.

- f. Establecimiento de una regla de deber de mitigación de daños, a ser aplicada en cada caso, por el juzgador.

Este último aspecto, resulta clave, ya que, la existencia de un deber de mitigación de daños, resulta necesario frente al hecho de que, de acuerdo a una regla de responsabilidad objetiva, el demandante deberá hacerse responsable de todos los perjuicios que ocasione la medida, lo que puede conducir a que el demandado, consciente de que será resarcido debidamente, no adopte ningún deber de mitigación, lo que puede traducirse en inexistencia de prevenciones tendientes a que el daño no se acreciente (azar moral). Una actuación del demandado en dicho sentido, puede provocar que no adopte la mejor decisión, en términos de reducir los daños totales, y por tanto, conduciría a un comportamiento sub-óptimo, lo que se comprueba con el siguiente ejemplo: Supongamos que rige una regla de responsabilidad objetiva, que no existe perjuicio a terceros y que las probabilidades del demandante de obtener un resultado

favorable ascienden a 70%, correspondiendo los perjuicios que puede sufrir de no concederse la medida a \$ 100, y que por la contraparte, en un escenario 1, el demandado sin adoptar ninguna prevención, sufre un perjuicio de \$ 180; en cambio, en el escenario 2, el demandado adoptando una prevención de \$ 20, sufre un perjuicio de \$100. Podemos ver, que ambos casos conducen a un resultado eficiente, ya que en el escenario 1, se evitan (\$ 70) más perjuicios que aquellos que se causan con la medida (\$ 54), según la siguiente fórmula:

$$0.7 \times 100 > 0.3 \times 180$$

Por su parte, en el escenario 2, también se evitan más perjuicios (\$ 70) de aquellos que se causan (\$ 30), según la siguiente fórmula:

$$0.7 \times 100 > 0.3 \times 100$$

Sin embargo, en el escenario 1, se causan perjuicios ascendientes a (\$ 180), en cambio en el escenario 2, solamente se causan daños por (\$ 100).

Si lo que rige, es una regla de responsabilidad objetiva y no existe deber de mitigar el daño, el demandado sabe que será resarcido en ambos casos. Sin embargo, existiendo un deber en tal sentido, el demandado ya no tendrá una conducta de indiferencia, ya que, si solicita la medida cautelar, y no toma la precaución, solamente será resarcido por el valor de los daños provocados si hubiera mitigado los perjuicios, en este caso (\$ 100 + \$ 20 = \$ 120), por lo que asumirá una pérdida de (\$ 60), que constituye la diferencia entre el daño sufrido (\$ 180), y lo que habría sufrido si hubiera prevenido el daño, más el costo de dicha mitigación (\$ 100 + \$ 20).

Por lo mismo, de acuerdo a la fórmula Hand, tenemos que será procedente el establecimiento en cada caso, de un deber de mitigación de daños del demandado,

siempre que dicho deber se traduzca en un requerimiento de precaución eficiente, esto es, aquél en donde el valor de dicha precaución sea menor que los daños que se evitan por su intermedio. Usando el mismo ejemplo anterior, el escenario 2, sería plenamente eficiente de acuerdo a la fórmula Hand, porque, por medio de una precaución de (\$ 20), se reduce el perjuicio en (\$ 60).

Adicionalmente, si utilizamos el ejercicio antes indicado, tenemos que un deber de mitigación de daños, que cumpla con los presupuestos de la fórmula Hand, permitirá reducir los costos sociales totales, ya que en el escenario 1, sin que el sujeto pasivo deba cumplir con niveles de prevención, los costos sociales ascienden a (\$ 124), en razón de que:

$$0.7 \times 100 + 0.3 \times 180 = 124$$

En cambio, en el escenario 2, y rigiendo un deber de prevención, dichos costos sociales, se reducen a (\$ 120), ya que:

$$0.7 \times 100 + 0.3 (100 + 20) = 120$$

Por otro lado, y antes de materializar la propuesta que se efectúa en la presente tesis acerca de medidas cautelares, es necesario referirnos a la manera en cómo se interrelacionan los objetivos de la tutela provisional, con la reasignación de las costas procesales que se producen durante el juicio.

Majaderamente hemos indicado que el beneficio económico que puede generarse con una medida cautelar óptima, es el de evitar mayores perjuicios que aquellos que se producirían en caso de no ser otorgada dicha medida. Además, la concesión de una medida cautelar óptima, evita litigios al aumentar las posibilidades de acuerdo entre las

partes^{274 275}. Si por otro lado, sabemos, que la regulación de costas judiciales produce incentivos sobre la promoción de acuerdos, deberíamos preguntarnos, sobre qué sistema de regulación de costas, debería contener nuestra propuesta.

Como antecedente previo, debemos indicar que cuando existe aleatoriedad en las decisiones judiciales, esto es, cuando el resultado probable de un proceso, está sujeto a un alea que no otorga mayores certezas, cualquier regulación de condena en costas, pierde todo sentido, en lo relativo a guiar la conducta de sujetos racionales, porque, la misma, va a estar sujeta a dicha incertidumbre. En este sentido, Richar Posner, señala:

“A medida que un proceso judicial se vuelve caso azaroso, la penalización de los pronósticos errados equivales a hacer responsables a los individuos por sus acciones inevitables: una responsabilidad con limitadas propiedades economizadoras”,²⁷⁶

Con todo, podemos describir cuatro propuestas de regulación de condena en costas en sede de medidas cautelares: (a) Sistema de condena en costas en juicio principal: Esto es, se condenará en costas a la parte que pierda el proceso principal; (b) Sistema de condena en costas en cautela provisional: Esto es, se condenará en costas a la parte que pierda la medida cautelar; (c) Sistema de responsabilidad por daños derivados de la tutela cautelar: Esto es, el demandado recupera las costas, en caso de que obtenga

²⁷⁴ En efecto, la concesión de una medida cautelar óptima, coloca a las partes de un juicio en una posición de mayor certeza sobre la marcha del proceso que lo que existía con anterioridad, toda vez que, en el otorgamiento de una cautela óptima se han valorado aspectos que dicen relación con el mérito de las pretensiones y excepciones o defensas de cada una de las partes (probabilidades de triunfo de ambas partes) por lo que de ello emana cierta información relevante para la suerte del litigio. En este mismo sentido: DENLOW, Morton. Ob. Cit. 538p.

²⁷⁵ En este mismo sentido, podríamos citar a Steven Shavell, para quien, los mecanismos de precisión de las decisiones -la medida cautelar óptima, lo es- generan una reducción de los costos sociales al aumentar las posibilidades de acuerdo porque existe una estimación más cercana de las partes respecto del resultado del juicio. SHAVELL, Steven. Ob. Cit. 451-454p.

²⁷⁶ POSNER, Richard. Ob. Cit. 538p.

un resultado favorable en el juicio principal; (d) Repartición de costas: Cada parte paga sus propias costas.

De acuerdo a lo que ha demostrado Steven Shavell²⁷⁷, la adopción de un sistema de condena de responsabilidad por daños derivados de la tutela cautelar, incentiva de mayor medida a las partes a llegar a acuerdos. De hecho, comparativamente con un sistema de condena en costas en juicio principal y/o cautelar, dicho incentivo se acrecienta, toda vez que, en cualquiera de estos dos sistemas, las partes tienen confianza en que podrán recuperar sus costas, y por tanto, cualquier acuerdo frustra dicha confianza. Por lo demás, la divergencia misma entre las partes, acerca de la plausibilidad o no de la pretensión principal y cautelar, genera menos incentivos para lograr los acuerdos, que en un sistema como el de responsabilidad, en donde, solamente se computan las costas que genera el demandado, logrando que el actor tenga incentivos mayores a efectos de llegar a acuerdos. Respecto del ánimo sobre la permanencia de la medida cautelar, una vez decretada, si está pendiente una condena en costas, el demandante no tendrá mayores motivos para llegar a acuerdos, ya que razonablemente esperará que el proceso sea favorable a sus intereses, de forma que adicionalmente, obtendrá las costas. Efectos similares al del sistema de responsabilidad, se generan en un sistema de repartición de costas.

Desde la perspectiva de los gastos procesales, en los dos primeros sistemas, se incentiva la inversión en el juicio, y por tanto, la mayor producción de gastos, por cuanto, existe un mayor valor asociado al logro de un resultado favorable²⁷⁸. Frente a dichas opciones, el sistema de responsabilidad y de no condena en costas, disminuyen los gastos sociales, porque solamente, se encuentra formando parte del fondo del pleito, las costas del demandado, en el primer caso, y ninguna costa procesal, en el segundo.

²⁷⁷ SHAVELL, Steven. Ob. Cit. 430-431p.

²⁷⁸ SHAVELL, Steven. Ob. Cit. 431-432p

En conclusión, creo que existen fuertes motivos, para que la propuesta sobre medidas cautelares, contemple un sistema de costas, basado en la regla de responsabilidad.

§. 7.3 Consideraciones previas a la propuesta de lege ferenda

En el acápite siguiente se formulara la propuesta de *lege ferenda* que se propone en esta tesis. Lo que se dirá refiere a aspectos sustanciales de las medidas cautelares, esto es, tópicos que se refieren a los presupuestos que hacen procedente la tutela provisional, en el marco de un sistema que relaciona como complementarios el control judicial con un sistema de responsabilidad con mitigación de daños. Se deja de lado, lo referente a un estudio sistemático de aspectos procedimentales referidos a la tutela provisional. Ello se justifica, porque desarrollar dichos temas, significaría extender los objetivos de este trabajo a aspectos no previstos relativos a la reforma del proceso civil, que excede con mucho la aplicación del análisis económico del derecho en la tutela cautelar, y que incluso, abarca otras áreas del Derecho, tales como, el Derecho Administrativo y Constitucional. Tampoco se analizan, por los mismos motivos, aspectos orgánicos y de acceso a la justicia²⁷⁹.

²⁷⁹ Para analizar este aspecto debemos recordar lo señalado en el pie de página número 130 de este capítulo en donde se detalló la posición sostenida por quienes consideran que el bien justicia no es un bien público, sino que un bien privado. Ello supone que los servicios de resolución de conflictos generan un costo, y que el mismo debe ser pagado por quienes lo utilizan. Sin embargo, es obvio concluir que ello generaría problemas en quienes poseen menos recursos, porque no estarían en condiciones de poder solventar los mencionados costos. Más aún, en materia de medidas cautelares, en donde –como hemos visto- el óptimo conlleva la necesidad de una caución, que vendría a aumentar los costos hacia demandante (esa fue precisamente las razones dadas por los revisores del Código de Procedimiento Civil, para no exigir la caución obligatoria. En efecto en las actas de la comisión revisora del Código de Procedimiento Civil, los comisionados Sres. Lira, Huneeus, y Zegers, señalaron que: “Por otra parte, la fianza establece una notable desigualdad entre los litigantes, por ser un medio que sólo está al alcance de los ricos” LAZO, Santiago. Los Códigos Chilenos Anotados. Código de Procedimiento Civil. Santiago, Editores Poblete y Cruzat Hnos. 251p). Lo anterior, y con la finalidad de evitar que los pobres perjudiquen su opción de acceso a la justicia, nos lleva a la necesidad evidente de buscar mecanismos de justicia distributiva, que debe ser financiada por el Estado, a fin de proveer asesoría y recursos para una litigación que no genere discriminaciones en razón del patrimonio de los litigantes. Dicha política distributiva pasaría por focalizar los beneficios estatales en quienes más lo necesitan. Lo anterior, es completamente replicable en el caso chileno, en donde, la falta de un sistema apropiado de asesoría gratuita a las personas con menos recursos ha llevado a un subsidio estatal implícito a quienes tienen mayor posibilidad de litigar,

Sin embargo, se llamará la atención acerca de las limitaciones de la propuesta que se formulará en el acápite siguiente, ello porque, resulta perturbador para el sistema, introducir reformas parciales en una etapa específica del proceso, y no extender dicho cambio legislativo a la totalidad del procedimiento. De esta forma, lo que quiere decir, y constituye una deficiencia del modelo propuesto, es que, toda empresa de modificación legislativa, debe abarcar el proceso como un todo, regulando cada arista del problema sobre la base de un objetivo final uniforme. Si ello no es así, tendríamos áreas del proceso basadas en un objetivo determinado, y otras, en otros objetivos, lo que impediría la consecución y evaluación de un único parámetro buscado, impidiendo que los

que son, precisamente quienes poseen mayores ingresos. En este sentido, Carlos Peña, cuando señala que: “Desde luego, el sistema de justicia en Chile carece de tasas, es decir, quienes litigan sólo han de cubrir sus costos directos. Con cargo a rentas generales se financia la totalidad del aparato de justicia, compuesto por órganos no competitivos, con justiciables cautivos. Las tasas no operan para moderar la propensión a litigar ni como fuente de financiamiento del sistema. El resultado de este fenómeno produce resultado obvio: las personas de mayores ingresos tienen mayores posibilidades de acceder a la protección que brinda el sistema y los excluidos terminan subsidiando a los de mayores recursos que logran hacerlo. Los pobres, por su parte, no logran acceder prontamente al sistema porque si bien no hay tasas, el mercado de los abogados –con cuya representación es necesario contar para el acceso- carece de subsidios. El Estado no cuenta con un sistema suficientemente amplio y focalizado de asistencia para pobres. El sistema judicial civil, al carecer de tasas, acabaría subsidiando la litigación de quienes por poseer mayores recursos, pueden acceder al sistema de justicia (la composición del litigio civil evidenciaría importantes exclusiones)” PEÑA, Carlos, VARGAS, Juan Enrique, y CORREA, Jorge. Ob. Cit. 30-31p.

En razón de lo anterior, se hace necesario establecer mecanismos que permitan la concreción de un sistema de asistencia para pobres, focalizado en ellos, y que en materia cautelar, signifique dotar a las personas que carecen de recursos de la posibilidad cierta de acceder a medios de caución que permitan que el instrumento cautelar no discrimine, en su procedencia, entre litigantes ricos y pobres. La búsqueda de dicho mecanismo, excede esta tesis, aún cuando, Francisco Ramos Romeu, ha propuesto algunas ideas, consistentes en dos mecanismos: (a) El primero, pasaría por una evaluación administrativa de aquellas medidas cautelares promovidas por litigantes beneficiados con la asesoría gratuita que cuente con la garantía del Estado. Éste último, analizará, por medio de un organismo administrativo específico, la conveniencia procesal de una medida cautelar, y en el evento que se resuelva su efectividad, entonces, otorgará la garantía respectiva. Obviamente, que ello supone aumentar los costos terciarios y adicionalmente, lleva implícito un problema en los tiempos de resolución sobre si conceder o no la garantía respectiva, lo que es especialmente grave, en materia cautelar, considerando la urgencia del factor tiempo; y (b) Otro sistema, sería aquél en donde la garantía estatal sea dada con posterioridad a la anuencia del Tribunal acerca de la procedencia de la medida. Se identifica como problemas de esta solución, el que los tribunales requerirían un mayor nivel de control judicial sobre la procedencia de la medida, lo que con todo, no es completamente cierto, ya que, si existe la posibilidad de caución estatal, no debería existir cuestionamiento jurisdiccional acerca de la determinación de la caución óptima, generándose, en consecuencia, una reducción de los costos. (Ver: RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit (2009). 43-45p)

Para un mayor desarrollo del tema, ver: BONET Navarro, Ángel. El acceso a la justicia. Cuaderno de Derecho Judicial. XVIII. 2006. 13-122p

beneficios de un área terminen siendo ganancias del sistema en su totalidad, porque bien, pueden compensarse con las deficiencias que sean detectadas en las otras áreas.

Por lo mismo, lo que se dirá, solamente tendrá la posibilidad de obtener resultados satisfactorios, si es que se efectúa una reforma general al sistema procesal civil, con el objetivo de hacerlo más eficiente y más efectivo²⁸⁰. En este sentido, existe el consenso acerca de los beneficios que conlleva un tránsito hacia un mejor proceso. Así, Héctor Fix-Fierro:

“A pesar de tales dificultades teóricas, los formuladores de políticas públicas en todo el mundo parecen estar de acuerdo, cada vez más, en que la reforma judicial y, por consiguiente, la eficiencia de los tribunales, tienen una importancia creciente en vista de la despiadada lucha por las oportunidades en la inversión y el comercio que impone la globalización económica, pero, sobre todo, en que se trata de una manera de mejorar las capacidades institucionales y de gobierno de los asediados estados nacionales” (...) “La noción subyacente es que la ausencia de un sistema judicial eficaz y eficiente genera costos significativos que obstaculizan el crecimiento económico. Estos costos derivan de tres fuentes principales: la pérdida de valor de los derechos de propiedad debido a la falta de aplicación predecible de las reglas; los costos de transacción adicionales para la contratación en un ambiente donde la solución de conflictos por un tercero es disfuncional, y la corrupción”²⁸¹

Por lo mismo, poco se obtiene con modificar la regulación de la tutela cautelar, si ello no va unido a una reforma del Poder Judicial, con miras a hacerlo efectivo, esto es, aquél sistema de administración de justicia que cumpla con ciertos niveles óptimos de

²⁸⁰ Ello ha sido constatado en el informe del Banco Interamericano de Desarrollo sobre justicia y desarrollo, elaborado el año 2003.

²⁸¹ FIX-Fierro, Héctor. *Tribunales, Justicia y Eficiencia. Estudio socio-jurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*. Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. 28-29p.

diseño institucional, selectividad de funcionarios, capacidad de procesamiento y legitimidad²⁸².

En este sentido, una propuesta de proceso civil acorde con dichos objetivos, y que posee estudios y verificación empírica²⁸³, es aquel denominado: “Modelo de Stuttgart”, que pretende la introducción de la oralidad como principio formativo²⁸⁴, equilibrándolo con etapas procesales escritas²⁸⁵. En dicho modelo, la etapa inicial es escrita, para posteriormente, ir desarrollando la controversia en base a audiencias, que deberían, en principio, ser concentradas y cuantitativamente escasas²⁸⁶.

²⁸² Para un mayor estudio del tema, ver: FIX-Fierro, Hector. Ob. Cit. 36-39p.

²⁸³ Ver: BENDER, Rolf. The Stuttgart Model. En: CAPPELLETTI, Mauro (ed) Access to Justice. Milán-Aalphenaaenderijn, Giuffrè-Sijthoff and Noordhoff. Vol. II. Libro 2. 1972. 179-195p.

²⁸⁴ Ver: MORENO Catena, Víctor. La Justicia en acción. Cuaderno de Derecho Judicial. XVIII.2006. 305-315p.

²⁸⁵ Ver: LORCA Navarrete, Antonio María. El proceso civil alemán de la experiencia del modelo Stuttgart y de la novela de simplificación (Vereinfachungsnovelle) de la Z.P.O. El camino del proceso civil español hacia una efectiva concentración de las actuaciones judiciales. En Problemas actuales de la justicia, homenaje al profesor Gutiérrez Alviz y Armario. Coordinador: Víctor Manuel Moreno Catena. 1998. 434-460p.

²⁸⁶ Un sistema similar lo constituyen los cambios legislativos orgánicos ocurridos en Chile, en el ámbito de la reforma penal, laboral y de familia. Respecto de la reforma procesal penal, ver: ARAVENA Arredondo, Leonardo. Aspectos orgánicos de la reforma procesal penal. Santiago, Lexis Nexis, 2005. 89p; VARGAS Viancos, Juan Enrique. Estado actual de la reforma procesal en Chile. Anuario de derechos humanos. N ° 2 (2006). 185-188p; DUCE Julio, Mauricio, y RIEGO R, Cristián. Proceso Penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. 583p, y LANGER, Máximo. Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia. Centro de Estudio de Justicia de las Américas. 2008. 59p.- En cuanto a la reforma a los tribunales de familia, ver: CANDIA Godoy, Regina. La mediación y los Tribunales de Familia. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 171p. 2006; AGUILAR Drago, Macarena. Examen procesal al nuevo procedimiento de familia. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Central. 205p. 2007, y COCIÑA, Cholaky, Constanza. Los principios consagrados en la ley N ° 19.968 que rige los procedimientos ante los tribunales de familia. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 357p. 2010.- Por último, en lo referente a la reforma al procedimiento laboral, ver: HUMERES Noguera, Héctor. Principios y estructura del nuevo procedimiento laboral: Charla dictada el martes 14 de Abril de 2009. Colegio de Abogados de Chile. 2009. 42p; AEDO Monsalve, José Luis. Garantías constitucionales y principios formativos en los nuevos procedimientos laborales. Génesis, regulación y proyecciones. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 180p. 2010, y CANALES Landeros, Paula. Reforma a la justicia laboral: el nuevo procedimiento en juicio del trabajo: Ley N ° 20.087. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Central. 140p. 2006

El proceso civil marcadamente dispositivo, se adecuaría a dicho modelo de procedimiento, exigiendo, como requisito conexo, la comparecencia personal de las partes, ya que ello, incrementa la probabilidad de un arreglo, reduciendo los costos asociados a la litigación periférica y a la apelación. Asimismo, la cooperación de las partes conduce a acuerdos más cercanos a los óptimos, reduciendo pasos procesales innecesarios, o sin efectividad (“tiempos muertos”).

Un proceso civil, con dichas características, generaría en materia cautelar, que la discusión sobre la solicitud y otorgamiento de la misma, se sujetara a dicha forma de proceder. Esto es, la decisión sobre conceder o no una medida cautelar, se verificaría en una audiencia única, en la cual, podría oírse directamente el informe pericial necesario sobre la concurrencia de cada uno de los valores involucrados en las variables a considerar por el juez al momento de decidir la concesión de la medida, permitiendo una tramitación concentrada, concienzuda e intensa sobre la cautela. Obviamente, que la posibilidad de otorgar una medida cautelar de plano, podría seguir contemplándose, dependiendo de la valoración que el legislador haga de la posición relativa del demandante y del *pericula* que puede sufrir, en cuyo caso, la audiencia será posterior al otorgamiento de la medida, en donde el demandante tendrá la carga de defender la procedencia de la misma, y en caso de que no lo logre, podría configurarse un supuesto de responsabilidad objetiva.

Sin embargo, la manera específica de regular cada uno de dichos aspectos procesales, en el marco de un sistema oral, debe ser tarea de otra investigación, que complementa esta tesis. Lo importante, es reiterar la idea de que la propuesta que se hará en el acápite siguiente se aviene mejor con un proceso que no es el que actualmente poseemos, y que en esa lógica, hay limitaciones que no podrán ser satisfechas, lo que se traducirá en omisiones sobre aspectos de procedimiento.

§ 7.4 Propuesta de *lege ferenda*

En el capítulo primero de esta tesis, hemos indicado que una de las maneras de introducir el análisis económico del derecho en sistemas continentales como el nuestro, es por medio de una regulación normativa de *lege ferenda*. Al respecto, y sintetizando las observaciones formuladas en la sección anterior, se propone la siguiente regulación de medidas cautelares óptimas, a saber:

“Para poder adoptar una medida cautelar, el juez debe analizar si la medida propuesta evita mayores daños esperados que aquellos que la medida ocasiona. Al respecto, las probabilidades del demandante de obtener un resultado favorable multiplicado por el daño esperado que la medida ocasionará en caso de no concederse la medida cautelar deben superar las probabilidades de que el demandado obtenga un resultado favorable, multiplicado por los costos totales esperados que la medida cautelar ocasiona. Se consideran costos totales, no sólo el daño esperado que la medida produce en el demandado, sino que también toda otra pérdida de bienestar social que no afecte a dicha parte, y que vaya asociada a la medida”

“Al momento de conceder una medida cautelar, el juez debe fijar una fianza a ser rendida por el solicitante, la que debe ascender a una cuantía minimamente inferior a los costos totales esperados que se producirán al otorgarse la medida cautelar”

“El solicitante de una medida cautelar se hará responsable de las costas que se originen, en caso que sea declarado responsable del otorgamiento de la tutela provisional”

“El solicitante de una medida cautelar incorrectamente otorgada, se hará responsable objetivamente de los perjuicios que ocasione la tutela provisional, debiendo el juez, al momento de fijar la cuantía de los daños a indemnizar, determinar si resultaba procedente, de acuerdo al caso concreto, exigir un deber

de prevención al demandado a efectos de reducir la magnitud de los perjuicios sufridos. Si al efecto, dicho deber era exigible, deberá el juez, fijar la cuantía de la prevención, a efectos de reducir dicho monto de la indemnización que le corresponda al demandado, en caso de que no la haya adoptado”

Como el presupuesto de la propuesta anterior, es que debe concederse la tutela cautelar, si es que se minimizan mayores daños de aquellos que se causan, existirá en su otorgamiento, un mayor beneficio social, que aquél que existiría en un escenario alternativo, esto es, un escenario en donde no exista dicha tutela. Por lo mismo, el tránsito hacia un proceso con medida cautelar, genera un mayor bienestar social, de forma que dicho paso, resulta eficiente en los términos de *Kaldor-Hicks*. Incluso más, la posibilidad de que los vencedores en sede cautelar, indemnicen a los perdedores, va a depender del resultado del juicio principal, haciéndose efectiva dicha compensación, en caso que se haga lugar a la responsabilidad del solicitante de una medida cautelar que no debió concederse, por lo que la compensación potencial, involucrada en dicho criterio de eficiencia, daría paso, a una compensación real, en aquellos supuestos, en donde, la medida cautelar, en realidad no escondía una minimización de daños sociales, sino que al revés, el tránsito hacia ella, generaba una situación de ineficiencia.

Con todo, la pregunta es: ¿El modelo anterior, puede considerarse un óptimo de Pareto?, o sea, puede considerarse que la aplicación de dicha propuesta, lleve a un estado de cosas cautelares, que no sea susceptible de mejora alguna, sin que por ello, se perjudique a la otra parte. Al respecto, la respuesta es negativa, ya que el demandado siempre estará mejor, sin medida cautelar, que con medida cautelar. En consecuencia, cualquier tránsito hacia una tutela provisional, generará costes que de otra manera, el demandado, no debería soportar, por lo que en ningún caso el modelo propuesto, como cualquier otro, puede constituir una mejora para el demandado.

De esta manera, los modelos de tutela provisional, siempre deben ser analizados sobre la base de un criterio *Kaldor-Hicks* potencial o real, más no, sobre la base de Pareto, ya que el daño asociado para el demandado, impide que con la concesión de la medida se logre un escenario mejor que el anterior, sin perjudicar a alguien. Ello implícitamente da cuenta que la regulación de la medida cautelar, lo que trata de evitar, en términos de eficiencia, es el mayor perjuicio para el demandante, sobre el entendido que el otorgamiento de la medida cautelar mejorará la posición de dicho sujeto, respecto de un estado sin dicha cautela.

Si lo anterior es así, tenemos que, un demandante racional optará por la medida que reduzca la mayor cantidad de perjuicios a que se pueda verse expuesto. En otros términos, optará por la medida que le otorgue la mayor eficacia cuantitativa, entendiendo por ella, la que evite la mayor cantidad posible de daños en el patrimonio del demandante que la adopción de la medida pueda lograr.

Para poder denotar la eficacia cuantitativa de una medida, tenemos que partir de aquella cuantía que represente la parte de los daños no cubiertos por una medida cautelar (z). En consecuencia, la eficacia cuantitativa viene dada por:

$$Dte - z$$

De lo anterior, se concluye que la medida cautelar sería óptima desde la perspectiva de la eficiencia cuantitativa, cuando:

$$P \times Dte > \{(1-p) \times Ddo + P \times Dter\} + P \times (Dte-z)$$

Esto es, cuando el daño probable que el demandante sufrirá de no adoptarse la medida es mayor que la suma del daño probable que sufrirá el demandado y terceros de adoptarse la medida cautelar, y la cuantía probable de los daños que la medida evite.

De lo que se coligen dos consideraciones:

1. Una medida será óptima, desde un punto de vista de la eficiencia cuantitativa, aún cuando no se eliminen todos los daños que pueda sufrir el demandante, lo que se manifiesta en el producto de Dte – Z.
2. Si estamos en presencia de un sistema de responsabilidad objetivo, el demandante puede preferir reducir la eficacia cuantitativa de una medida (esto es, reducir el nivel de daños cubiertos), a fin de lograr una reducción de los daños esperados que pueda sufrir el demandado, ya que a dicho nivel, se limitará su responsabilidad.

De esta manera, tenemos que la fórmula propuesta, lo que busca es propender a una medida cautelar óptima desde un punto de vista de su eficacia cuantitativa, esto es, desde la perspectiva de cuantos daños probables para el demandante cubre la medida. Será el actor, quien determine qué nivel de daños quiere eliminar o cubrir, de forma que en su decisión de medida cautelar, irá implícita una opción por el nivel de eficacia cuantitativa que desea.

Sin embargo, la pregunta que surge es sí acaso la sola consideración a la eficacia cuantitativa, permite optar por aquella medida que reduzca de mayor forma, y de la manera más óptima posible, los costos sociales involucrados en la tutela cautelar. ¿Puede una propuesta centrada en la eficacia cuantitativa de la medida lograr que en la concesión de la tutela cautelar se opte por aquella medida que minimice en mayor medida los costos sociales?

La respuesta aparece como negativa. En efecto, el demandante al valorar qué medida solicitará solamente tomará en consideración aquellas medidas que logren compatibilizar de mejor manera los daños que desea cubrir, en relación con los posibles perjuicios a los que puede hacerse responsable. No tendrá en cuenta, si la medida que opta es aquella que reduce la sumatoria de los diferentes componentes que se incluyen en la cuestión cautelar.

Por lo mismo, y si queremos avanzar en dicho sentido, debemos hacer presente otros parámetros de eficiencia y onerosidad, que podrían resultar deseable en materia cautelar. Así, encontramos: (a) La eficacia cualitativa, que se refiere a la probabilidad de que una vez adoptada la medida, ésta resulte eficaz; (b) La onerosidad cuantitativa, referida a la cuantía de los daños que la medida podría generar en el demandado, y (c) La onerosidad cualitativa, que es el reflejo de la eficacia cualitativa, en el sentido de que a mayor efectividad de la medida en cuanto al logro de su fin, mayor es la onerosidad que sufre el demandado. A continuación, analizaremos los dos primeros parámetros, ya que el tercero, se desprenderá de lo que se dirá acerca de la eficacia cualitativa de la tutela.

La eficacia cualitativa de la tutela provisional, se refiere a la probabilidad que una vez adoptada dicha tutela, la misma, resulte eficaz. Entenderemos que (t) mide el grado de eficacia cualitativa de la medida, la que resultará óptima, si es que:

$$P \times D_{te} > \{(1-p) \times D_{do} \times t \times (p \times D_{ter})\} + \{(P \times (1-t) \times D_{te})\}$$

Esto es, cuando el daño probable que el demandante sufrirá de no adoptarse la medida es mayor que la suma del producto que se obtiene del daño probable que sufrirá el demandado y terceros de adoptarse la medida cautelar multiplicado por la probabilidad de que ellos sufran un daño dada la eficacia de la medida, y la cuantía

probable del daño que se le ocasiona al demandante por la no efectividad de la tutela provisional.

Si es el caso que, el grado de eficacia cualitativa de la medida es igual o menor a O, nunca estaríamos en presencia de una medida óptima, porque, ella nunca lograría ningún nivel de efectividad.

Por lo mismo, la eficacia cualitativa de la medida cautelar, encuentra su correlato normativo en el principio de proporcionalidad, en cuanto, la eficacia cualitativa mide que tan proporcional es la medida a los fines buscados por ella. En base a lo anterior, la medida cautelar, debe tener algún nivel de proporcionalidad, y por lo tanto, debe reunir el siguiente requisito:

$$T > O$$

Asimismo, en miras a la obtención de un nivel óptimo, frente a diferentes medidas cualitativamente eficientes, debe optarse por la más eficaz de ellas, esto es, por la que, consiga de mejor forma, el fin buscado.

Al igual como ocurre con la eficacia cuantitativa, al demandante también, le corresponde en el marco de un sistema dispositivo, optar por aquella medida que satisfaga de mejor manera, su expectativa de eficacia cualitativa. Y de la misma forma, tampoco se logra con el ejercicio de dicha opción, elegir la medida que reduzca de mayor manera los costos sociales involucrados en una tutela cautelar.

Para que ello ocurra, debemos considerar el parámetro de la onerosidad cuantitativa, esto es, de la cuantía de los daños que la medida puede generar en el demandado. Así, si tenemos la medida 1 que produce daños denotados por (D do1), y la medida 2 que produce daños denotados por (D do2), se debe optar por (D do1), sólo si:

$$Ddo1 < Ddo2$$

Lo que en otros términos significa:

$$P \times Dte > (1-p) \times D do2 + (p \times D ter) > (1-p) \times D do 1 + (p \times D ter)$$

Sin embargo, como resulta fácil constatar, el demandante a quien le compete, la solicitud de una medida cautelar, no tomará en cuenta, la cuantía de los daños que la medida pueda generar, si es el caso, que ella resulta óptima y, a la vez, eficaz cuantitativa y cualitativamente hablando.

De esta forma, si la medida solicitada cumple con la propuesta enunciada, y aún que sea no óptima desde la mirada de la onerosidad cuantitativa (porque por ejemplo, ocasiona daños en $D do2$), ella deberá ser concedida, por mucho que exista una alternativa que reduzca de mayor medida los daños probables que la medida ocasione al demandado.

Para que ello pueda existir, se requiere que se limite el principio dispositivo, y se conceda al tribunal, la facultad para modificar la medida cautelar solicitada por el demandante, siempre que exista una medida cautelar alternativa que reduciendo la onerosidad cuantitativa de ella, no perjudique la eficacia cuantitativa ni cualitativa de la tutela provisional (limitación débil a principio dispositivo).

Incluso, podría limitarse en mayor medida el principio dispositivo, en cuanto a modificar una medida cautelar solicitada, por aquella que tenga como finalidad la reducción de la mayor cantidad de costos sociales posibles, con prescindencia de si con ello, se afecta o no, la eficacia cualitativa y cuantitativa de la medida (limitación fuerte al principio dispositivo).

La eficacia, como hemos visto, exigiría adoptar ésta última posición.

Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en el siguiente ejemplo²⁸⁷:

Medida	T	Z	Dte	Ddo x (p x D ter)	P	(1) (1-p) x (Dte - T)	(2) (1-P) x Ddo	(1) + (2)	P x Dte
A	1	180	200	170	.5	10	85	95	100
B	1	140	200	120	.5	30	60	90	100

Con dicho cuadro, queda en claro que tanto la medida A como la B resultan óptimas ya que en ambos casos los perjuicios probables que el demandante sufrirá de no adoptarse la medida ($P \times Dte = 100$), son mayores que los daños probables derivados de adoptarse la medida ($A = 95$; y $B = 90$). Asimismo, ambas medidas son eficientes desde un punto de vista de la eficacia cuantitativa y cualitativa, toda vez que, en la medida A se evitan daños por: \$ 180, en circunstancias que se causan perjuicios por: \$ 95, y en la medida B, se cubren perjuicios por: \$ 140, y se producen detrimentos por: \$ 90. Sin embargo, un demandante, en base al principio dispositivo, solamente solicitaría la medida A, porque ante igual eficacia cualitativa, reduce perjuicios por: \$ 180, esto es: \$ 40 más que en la medida B. Con todo, dicha opción, desde la lógica de una minimización total de los daños sociales asociados a la medida cautelar, no resulta satisfactoria, porque, en la medida A, se ocasionan daños totales por: \$ 195²⁸⁸, en

²⁸⁷ Este cuadro, debidamente modificado en cuanto a valores y componentes del concepto de daños ocasionados por el otorgamiento de la medida cautelar, ha sido obtenido de la tabla 5.11: "Comparación de la eficacia de dos medidas", que se encuentra en: RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 504p.

²⁸⁸ $\{(1-p) \times (Dte - T)\} + \{(1-P) \times Ddo\} + p \times Dte = 95 + 100$

cambio en la medida B, se ocasionan daños totales por: \$ 190²⁸⁹. De esta manera, la sola consideración a la eficacia cuantitativa y cualitativa sin tomar en cuenta la onerosidad cuantitativa, lleva a situaciones sociales que impiden el mayor beneficio social, entendido como mayor reducción de costes involucrados. Para lograr ello, es necesario una limitación débil o fuerte al principio dispositivo (la segunda genera mayor minimización total de los costes del sistema), en cuanto a sacrificar valores de daños cubiertos por la medida, o bien, sacrificar ciertos niveles de proporcionalidad, con aras a obtener la medida cautelar que logre la mayor reducción de costos sociales.

En el ejemplo antes citado, lo que se exhibe es una limitación fuerte al principio dispositivo, porque el juez, en base a dicha regla limitativa, debería optar por la medida B, que permite reducir los costes sociales totales, sobre la base de minimizar los perjuicios asociados al demandado en: \$ 50, sobre la base de reducir la eficacia cuantitativa de la medida en: \$ 40.

Ahora bien, como veremos en el capítulo siguiente al tratar la regulación dada sobre esta materia en el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, encontraremos en el artículo 174 inciso final, un ejemplo de una regla de limitación débil al principio dispositivo en materia de adopción de tutela provisional, al impedir el otorgamiento de medidas cautelares por parte del juez, pero permitiendo que el órgano jurisdiccional pueda modificar la cautela solicitada, por aquella otra medida cautelar alternativa, que reduciendo los perjuicios esperados para el demandado tenga idéntica efectividad para el demandante. Dicha regla señala:

“Estas medidas no podrán ser decretadas de oficio por el tribunal, pero éste podrá conceder una medida diversa de la requerida por el actor si, resguardándose de

²⁸⁹ $\{(1-p) \times (D \text{ te}-t)\} + \{(1-P) \times Ddo\} + p \times D \text{ te} = 90 + 100$

igual modo su pretensión, fuere menos gravosa y perjudicial para el demandado”²⁹⁰

²⁹⁰ Dicha norma, modifica el estatuto de la contra-cautela actual, ya que, si bien, reitera como regla general el principio dispositivo, lo aminora a los efectos de permitir que el juez pueda conceder una medida distinta de la requerida, si es el caso, que teniendo su misma eficacia cuantitativa, fuera menos onerosa cuantitativamente. En consecuencia, estamos en presencia de una norma que restringe en un sentido débil el principio dispositivo, de acuerdo a lo señalado en el acápite anterior. Ello genera una situación superior a Pareto, en comparación con el estado actual de la cuestión ya que si existe una medida alternativa a la propuesta que sea menos onerosa cuantitativamente, corresponderá optar por ella. Sin embargo, la solución adolece de problemas. En primer lugar, la posibilidad de reforma está establecida como una facultad del tribunal. Y en segundo lugar, sólo comprende un supuesto de reforma, a saber, aquél donde se escoge aquella medida que teniendo una misma eficacia cuantitativa genera menos onerosidad de dicha calidad. Pero no abarca supuestos en donde, por ejemplo, se afecte la eficacia cuantitativa de la medida sugerida, y se opte por aquella cautela que reduzca los costos totales involucrados. Por lo mismo, la regulación prelegislativa no establece una normativa, a estos efectos, completamente eficiente, aún cuando se aproxima a ella. Lo anterior, y recurriendo a lo analizado en el acápite precedente, se comprobará con el siguiente ejemplo:

Supongamos una situación en donde se ha concedido una medida cautelar (M 2), y se propone por el demandado su reemplazo por una nueva medida cautelar (M 1). Adicionalmente, convengamos que ambas medidas consiguen de igual forma el mismo fin tutelar, por lo tanto, ambas medidas producen idéntica eficacia cualitativa. Para poder desarrollar el ejemplo, debemos considerar los siguientes valores, a saber:

D te (Daño que la medida ocasiona al demandante en caso de no concederse la cautela) = \$ 250
D do (Daño que la medida ocasiona al demandado en caso de concederse la cautela) = \$ 90
D ter (Daño que la medida ocasiona a terceros y al sistema judicial en caso de concederse la cautela) = En el caso de la Medida 1: \$ 10, y en el caso de la Medida 2: \$ 5
P (Probabilidad que el demandante obtenga un resultado favorable) = En el caso de la Medida 1: 60% (0.6), y en el caso de la Medida 2: 40% (0.4)
(1-p) (Probabilidad que el demandado obtenga un resultado favorable) = En el caso de la Medida 1: 40% (0.4), y en el caso de la Medida 2: 60% (0.6)
Z (Daños para el demandante que la medida evita) = En el caso de la Medida 1: \$ 200, y en el caso de la Medida 2: \$ 210.

Si aplicamos la fórmula para determinar la eficacia cuantitativa de la medida, tenemos que los daños que se producen para el demandante se obtienen de:

$$(1-p) \times (D_{te} - Z)$$

Lo que en el caso de la Medida 1, significa un coste por: \$ 20 (0,4 x 50). Y en el caso de la Medida 2, significa un coste por: \$ 24 (0,6 x 40)

Por su parte, los daños que se producen al demandado y a terceros se obtienen de:

$$(1-p) \times D_{do} + (P \times D_{ter})$$

Lo que en el caso de la Medida 1, significa un coste por: \$ 42 (36 + 6), y en el caso de la Medida 2, significa un coste por: \$ 44 (42 + 2)

Ambas medidas son eficientes de acuerdo a la fórmula

$$P \times D_{te} > (1-p) \times D_{do} + P \times D_{ter} + P \times (D_{te} - Z)$$

Sin embargo, resultando plausible el objetivo buscado, ya que permite introducir la consideración de la onerosidad cuantitativa en la adopción de las medidas cautelares, mejorando, con ello, una regulación puramente dispositiva que visualiza la tutela provisional sobre la exclusiva base de la eficacia cuantitativa y cualitativa, no logra la mejor solución en cuanto a reducir los costes sociales al mínimo, como sería el establecimiento de un sistema de limitación fuerte al principio dispositivo que permita la modificación de la tutela solicitada por aquella que reduzca de mayor forma los costos totales, aún cuando con ello, se pierda cierta eficacia cuantitativa y cualitativa.

Por lo mismo, es necesario agregar a la propuesta inicialmente formulada, el siguiente complemento:

“Estas medidas no podrán ser decretadas de oficio por el tribunal, pero éste, excepcionalmente, podrá conceder una medida diversa de la requerida por el actor si con ello se reducen los costos totales involucrados en la concesión de la medida”

Toda vez que en ambos casos los daños derivados de su adopción (\$ 62 para la Medida 1, y: \$ 68 para la Medida 2), son menores a los derivados de su no otorgamiento (\$ 150 para la Medida 1, y: \$ 100 para la Medida 2)

Por lo mismo, ambas medidas deberían concederse por el tribunal. Con todo, la que reduce en mayor medida los costos totales del sistema cautelar, es la Medida 1, ya que supone un ahorro de: \$ 6 respecto de su alternativa. Por lo mismo, debería optarse (y la legislación propender a ella) siempre por la que hemos denominado Medida 1.

Sin embargo, si seguimos la regla del artículo 174 inciso 2 del Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, no debería concederse la medida 1, no obstante, constituir el óptimo en la materia, toda vez que, dicha cautela, tiene una menor eficacia cuantitativa que la medida 2, ya que, frente a ella, evita menos daños para el demandante (\$ 50 versus \$ 40), y como no es posible, entender que la Medida 1, resguarda de mejor manera la pretensión del actor, entonces, no será posible la reforma a la cautela, y con ello, alcanzar el óptimo desarrollado.

CAPÍTULO III: LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE MEDIDAS CAUTELARES A LA LUZ DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

§. 1 Introducción.-

En el presente capítulo pretenderemos dilucidar si la normativa nacional sobre las medidas cautelares (precautorias), satisface o no las exigencias que el análisis económico del derecho formula para el problema cautelar. Al respecto, comenzaremos con un breve repaso de la legislación nacional sobre medidas cautelares (§. 2), para luego examinar sucintamente las complejidades y dificultades que dicha regulación posee (§. 3), posteriormente, veremos qué avances presenta el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil en relación con la materia aquí tratada (§. 4), terminando, con una revisión de la adecuación de la normativa nacional existente y proyectada, respecto de lo que el análisis económico del derecho plantea en materia de tutela provisional (§. 5)

La hipótesis con la que se trabaja es que, nuestra normativa tiene graves deficiencias y vacíos normativos, que generan la concesión de medidas no óptimas, en perjuicio del demandado, y que asimismo, permiten, situaciones de abuso del procedimiento, lo que, por su parte, genera insatisfactorias respuestas frente a la paradoja de garantías que se ha tratado en el capítulo segundo de esta tesis.

§. 2 Las Medidas Cautelares en el Sistema Procesal Chileno²⁹¹:

²⁹¹ Es importante hacer presente que la regulación procesal civil chilena tiene más de cien años de vigencia (desde 1902), teniendo una notable influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1955, por lo que resulta evidente su falta de adecuación histórica a una sociedad como la actual.

El actual derecho procesal civil chileno comprende la siguiente regulación de las medidas cautelares²⁹²:

- a. Las disposiciones indicadas del título V, Libro II del Código de Procedimiento Civil, donde se tiene la regulación más completa y orgánica que estas medidas presentan en el ordenamiento procesal chileno, a propósito de las medidas precautorias. Su importancia radica en la aplicación subsidiaria de sus normas, respecto de los demás procedimientos que no contienen reglamentación especial diferente.
- b. Las denominadas, en la doctrina chilena, medidas prejudiciales precautorias, esto es, aquellas medidas que se solicitan antes que exista pretensión formal en contra del demandado, y que se contienen en el título IV del Libro II del Código de Procedimiento Civil;
- c. Las medidas consagradas en otros procedimientos dentro del propio Código de Procedimiento Civil, pero fuera de los aludidos títulos IV y V.
- d. Medidas cautelares previstas en leyes especiales²⁹³, ya sean estas leyes de procedimiento o sustantivas; así, por ejemplo, las establecidas en los juicios de ley de violencia intrafamiliar; la orden de no innovar en el recurso de protección; la medida contemplada en el artículo 175 del Código del Trabajo, etc.
- e. Medidas indeterminadas o innominadas de creación jurisprudencial sobre la base de lo dispuesto en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil que, al menos en teoría, pueden proteger de cualquier peligro que amenace el cumplimiento efectivo de la sentencia que resuelva definitivamente la controversia.

²⁹² MARIN, Juan Carlos. Ob. Cit. 189-190p.

²⁹³ Así, por ejemplo, la legislación sobre competencia desleal, contenida en la Ley N ° 20.169, contempla en su artículo 9 inciso 3 la siguiente norma sobre medidas cautelares: “Si existe un indicio grave y preciso de amenaza o de ejecución de un acto de competencia desleal, el tribunal, a solicitud de parte, podrá ordenar su suspensión inmediata, sin perjuicio de las demás medidas precautorias previstas en Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil”

En general, todas ellas, tienden a lograr la efectividad de la tutela jurisdiccional, esto es, impedir el daño o el agravamiento del perjuicio, que se puede provocar en el demandante por el transcurso del tiempo, derivado de la lentitud del proceso en cuanto a resolver en definitiva la cuestión sometida a decisión jurisdiccional. En este sentido, y refiriéndose al objeto de las medidas precautorias, cuya normativa, como hemos visto, constituye el régimen supletorio del resto de las cautelares nacional, se ha pronunciado la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, cuando señala que:

“La finalidad específica que nuestro ordenamiento procesal civil reconoce a las medidas precautorias es el de asegurar el resultado de la acción interpuesta por el demandante. En efecto, en el período comprendido entre la interposición de la demanda y el pronunciamiento de la sentencia de término puede variar material o jurídicamente la cosa objeto del pleito, o bien la solvencia misma del demandado”²⁹⁴

Ahora bien, el objetivo señalado, no se satisface en aquella clase de medidas cautelares, denominadas, medidas prejudiciales precautorias que pueden ser solicitadas, por un futuro demandado, de conformidad a los artículos 273 N ° 5, 281, 284, 286 y 288²⁹⁵ todos del Código de Procedimiento Civil, ya que en razón de dichas normas, una persona que tema que posteriormente será demandada, podrá solicitar antes del juicio, alguna de las siguientes medidas:

²⁹⁴ Sentencia dictada con fecha 31 de Agosto de 2007, por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol N ° 315-2007, y publicada Revista Leyes & Sentencias. Junio de 2010. Santiago, Editorial Punto Lex., 30p. En este mismo sentido: Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 2 de Enero de 1951, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 48, sección 1ª, 1p, y Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 27 de Octubre de 1904, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 2, sección 2ª, 68p. Ver también: Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. 1999. Código de Procedimiento Civil. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 40-46p.

²⁹⁵ Artículo 288 del Código de Procedimiento Civil: “Toda persona que fundadamente tema ser demandada podrá solicitar las medidas que mencionan el número 5º del artículo 273 y los artículos 281, 284 y 286 , para preparar su defensa”

- El reconocimiento jurado de firma, puesta en instrumento privado (Artículo 273 N° 5 del Código de Procedimiento Civil²⁹⁶)
- Inspección personal del tribunal (Artículo 281 del Código de Procedimiento Civil²⁹⁷)
- Informe de Peritos (Artículo 281 del Código de Procedimiento Civil)
- Certificado de Ministro de Fe (Artículo 281 del Código de Procedimiento Civil)
- Absolución de posiciones (Artículo 284 del Código de Procedimiento Civil²⁹⁸), y
- Prueba testimonial, de aquellos testigos, cuyas declaraciones, por razón de impedimentos graves, haya justo temor de que no puedan recibirse oportunamente (Artículo 286 del Código de Procedimiento Civil²⁹⁹)

En dichos casos, la finalidad no es propiamente cautelar en los términos referidos, entendidos como la búsqueda de una protección temporal a la tutela definitiva, sino que, la meta es lograr una prueba anticipada, en razón de ciertas circunstancias que razonablemente impedirán su rendición y debido otorgamiento durante el curso del juicio. El objeto de esta clase de solicitudes, se logra protegiendo de igual medida, al

²⁹⁶ Artículo 273 N° 5 del Código de Procedimiento Civil: “El juicio ordinario podrá prepararse, exigiendo el que pretende demandar de aquél contra quien se propone dirigir la demanda: (...) 5° El reconocimiento jurado de firma, puesta en instrumento privado”

²⁹⁷ Artículo 281 del Código de Procedimiento Civil: “Puede pedirse prejudicialmente la inspección personal del tribunal, informe de peritos nombrados por el mismo tribunal, o certificado de ministro de fe, cuando exista peligro inminente de un daño o perjuicio, o se trate de hechos que puedan fácilmente desaparecer” “Para la ejecución de estas medidas se dará previamente conocimiento a la persona a quien se trata de demandar, si se encuentra en el lugar de asiento del tribunal que las decreta, o donde deban ejecutarse. En los demás casos se procederá con intervención del defensor de ausentes”

²⁹⁸ Artículo 284 del Código de Procedimiento Civil: “Si hay motivo fundado para temer que una persona se ausente en breve tiempo del país, podrá exigírsele como medida prejudicial que absuelva posiciones sobre hechos calificados previamente de conducentes por el tribunal, el que, sin ulterior recurso, señalará día y hora para la práctica de la diligencia” “Si se ausenta dicha persona dentro de los treinta días subsiguientes al de la notificación sin absolver las posiciones, o sin dejar apoderado con autorización e instrucciones bastantes para hacerlo durante la secuela del juicio, se le dará por confesa en el curso de éste, salvo que aparezca suficientemente justificada la ausencia sin haber cumplido la orden del tribunal”

²⁹⁹ Artículo 286 del Código de Procedimiento Civil: “Se podrá, asimismo, solicitar antes de la demanda el examen de aquellos testigos cuyas declaraciones, por razón de impedimentos graves, haya fundado temor de que no puedan recibirse oportunamente. Las declaraciones versarán sobre los puntos que indique el actor, calificados de conducentes por el tribunal” “Para practicar esta diligencia, se dará previamente conocimiento a la persona a quien se trata de demandar, sólo cuando se halle en el lugar donde se expidió la orden o donde deba tomarse la declaración; y en los demás casos se procederá con intervención del defensor de ausentes”

demandante y al demandado, ya que ambas futuras partes, tienen idéntico interés en resguardar una prueba que fundadamente puede desaparecer. La anticipación de prueba, entonces, resguarda el debido proceso, y para ello, se legitima a ambas partes a los efectos de su petición.

Volviendo al objetivo esencial de las medidas cautelares chilenas, tenemos que ellas se traducen en una forma de aseguramiento fundamentalmente conservativo, esto es, pretenden la mantención durante el proceso del *status quo* existente a fin de lograr la efectividad de la tutela, frente al riesgo del esparcimiento patrimonial del demandado³⁰⁰. Ello, sin embargo, no constituye la única manera de satisfacer el objetivo referido, ya que ello, podría obtenerse por medio del establecimiento de medidas anticipativas de efectos, así como, por medio de disposiciones de omisión³⁰¹, y por último, por medio de disposiciones de regulación³⁰².

Desde una perspectiva general, esto es, sin reparar, todavía las especiales medidas cautelares que se contemplan en nuestra legislación, tenemos que sus características fundamentales, son:

³⁰⁰ Según señala Alejandro Romero, las medidas cautelares conservativas: “(...) impiden determinados cambios en la situación de hecho, evitando el daño que puede significar que el proceso jurisdiccional llegue demasiado tarde; el proceso cautelar de esta clase trata de conservar (inmovilizar) una situación, para impedir cambios de la misma, que puedan frustrar, luego, el resultado práctico del proceso jurisdiccional o del ejecutivo” ROMERO Seguel, Alejandro. La tutela cautelar en el proceso civil chileno. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XCIII. N° 2. Primera parte. 44p. 2001

³⁰¹ En nuestro país, el ejemplo paradigmático, es el de la orden de no innovar en materia de recurso de protección. También, son comunes, en materia de libre competencia y de competencia desleal.

³⁰² Stefan Leible, en el sistema procesal alemán, desarrolla la idea de medidas provisionales de disposición de regulación señalando que: “Las disposiciones provisionales son admisibles para el fin de la regulación de una situación provisional en una relación jurídica controvertida, en tanto la regulación, en especial en relaciones jurídicas duraderas, aparezca, necesaria para despejar esenciales perjuicios o para impedir amenazante violencia o por otros motivos. Se habla de la llamada disposición de regulación. Su objetivo es la regulación de una situación provisional. Son susceptibles de regulación relaciones jurídicas controvertidas. La ley misma remite a relaciones jurídicas duraderas, es decir a obligaciones duraderas como relaciones laborales, societarias o locativas” LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Bogota, Honrad Adenauer Stiftung, 1999. 538p.

- a. La Provisionalidad: Se ha dicho que esta característica, significa que las medidas cautelares, tienen una duración temporal limitada desde dos perspectivas. Por un lado, hasta la emanación de la sentencia definitiva, y por otro, hasta la dictación de otra resolución que en sede cautelar, le quite todo valor, en razón de causas sobrevivientes que afectan su fundamento cautelar³⁰³. Es importante recalcar la idea de que, para la doctrina mayoritaria, la provisionalidad importa una limitación de la vigencia de la cautela derivada de la tutela definitiva, como de la misma tutela provisional. Esto es, cesará la medida cautelar, siempre que concluya el proceso por medio de sentencia definitiva firme y ejecutoriada, como asimismo, cuando, la medida deje de cumplir sus presupuestos, o porque es sustituida por una contra cautela. Esta característica, ha encontrado reconocimiento normativo desde el primer proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1871, y en la actualidad, encuentra sustento en el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil³⁰⁴, que en términos generales es sustancialmente idéntico al artículo quinto del título II del mencionado proyecto³⁰⁵. Con todo, las situaciones que regula el artículo mencionado, se derivan fundamentalmente de la pérdida de sentido cautelar que llega a tener una medida precautoria, más que por su pérdida de vigencia, en razón de un pronunciamiento definitivo y ejecutoriado, lo que permite sustentar que la sujeción de la cautela al juicio principal, va de la

³⁰³ Para un mayor desarrollo del concepto ver: QUEZADA Melendez, José. Las Medidas Prejudiciales y Precautorias. Santiago, Ediciones Digesto, 1997. 48p; MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 193-198p; ROJAS, Mario. Las medidas precautorias. Concepción, Editorial Librotec, 1995. 44-45p; CALAMANDREI. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Traducción Sentis Melendo. Buenos Aires. 1945. 36 y ssp.

³⁰⁴ Artículo 301 del Código de Procedimiento Civil: “Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes”

³⁰⁵ Que disponía: Estas providencias no excluyen las otras que autorizan las leyes. Todas ellas son esencialmente provisionales; y deben cesar en sus efectos tan luego como desaparezca el peligro que se ha procurado evitar, o se otorguen cauciones suficientes”. Ver: Proyecto de Código de Enjuiciamiento. Santiago. 1871. 6p

mano de la instrumentalidad más que de la provisionalidad³⁰⁶, ya que ésta, se relaciona con la pérdida de sentido cautelar, en sede de tutela provisional.

Asimismo, la provisionalidad, permite introducir en el análisis cautelar, la consideración del tiempo, el que se transforma en un factor, a tomar en cuenta, en concordancia con el principio de la provisionalidad, ya que, la duración excesiva de una medida cautelar, a raíz de la conducta indolente del demandante, puede terminar constituyendo una demostración de la falta de justificación de la cautela, en razón del propio comportamiento del actor, quien demostraría su falta de interés en la satisfacción de su propia pretensión.

- b. Instrumentalidad: Su concepto emana de la obra de Calamandrei, cuando configuró su esencia de manera magistral de la siguiente forma: “(Las medidas cautelares) nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito”³⁰⁷ Obviamente que esta característica correlaciona la precariedad de la medidas cautelares con la suerte del proceso jurisdiccional, en dicho sentido, la vigencia de aquél nunca podrá exceder a la vigencia de éste. Como es posible de ser advertido, ello resulta obvio, porque de otra forma, el proceso cautelar sería independiente del aseguramiento que pretende efectuar, lo que no resulta aceptable³⁰⁸. Por lo mismo, el legislador, no vio la necesidad de contemplar explícitamente una regla que consagrara esta característica, no obstante lo cual, como fluye de la naturaleza misma de la cautela, no pudo evitar que en

³⁰⁶ En sentido contrario, ver: TAVOLARI Oliveros, Raul. La orden de no innovar en el recurso de protección. *En* Justicia. N ° III: 691p. 1992

³⁰⁷ CALAMADREI. Ob. Cit. 44p.

³⁰⁸ Con todo, cabe señalar que existe una tendencia doctrinal, basada en Carnelutti, en cuanto a sostener la autonomía del proceso cautelar. Para mayor detalle, ver: CARNELUTTI, Francesco. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Librería el Foro, 1997. Buenos Aires. Vol 1. 85-89p; y MARTÍN Pastor, José. La anotación preventiva como medida cautelar y el registro. Centro de Estudios Regionales, 2000. 61-62p.

diversas reglas se contuviesen los elementos que la configuran. Así, el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, dispone que las medidas precautorias: “sirven para asegurar el resultado de la acción”³⁰⁹, o bien, por otra parte, el artículo 298 del mismo Código, señala que ellas: “deben limitarse a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio”. Me parece que, sistemáticamente, resulta más correcto vincular la vigencia de las medidas cautelares en el cumplimiento de sus presupuestos propios al principio de la provisionalidad, así como, vincular, dicha vigencia con el juicio principal, al principio de la instrumentalidad, ya que de otra forma, el carácter provisorio, sería también, propiamente instrumental, lo que no permitiría delimitar debidamente los conceptos estudiados³¹⁰.

- c. Proporcionalidad: Esta característica que es expresada por algunos autores, como un principio de las medidas cautelares³¹¹, significa que debe existir algún grado de adecuación entre la tutela provisional y la pretensión ejercida, de forma que, la clase de cautela que se obtenga sea apta para satisfacer una eventual tutela definitiva posterior. En otras palabras, se refiere al nivel de eficacia cualitativa de la tutela cautelar³¹². Asimismo, exige una delimitación de la prohibición preliminar, en cuanto a que las medidas genéricas, no cumpliría con el principio de proporcionalidad, ya que a mayor generalidad

³⁰⁹ Las normas del Código de Procedimiento Civil, refieren reiteradamente que la finalidad de las medidas cautelares, es la de asegurar el resultado de la acción, sin embargo, como bien señala, José Quezada Meléndez: “Al referirme a la acción, estoy pensando en la pretensión. La acción se logra por el solo hecho que el tribunal admita a tramitación la demanda y ejerza su función jurisdiccional. Pero la pretensión únicamente se va a resolver en la sentencia definitiva. Si ella es estimatoria de la demanda, tendrá plena eficacia la precautoria; si es desestimatoria, la medida debe seralzada” QUEZADA Meléndez, José. Ob. Cit. 44p.

³¹⁰ Cabe señalar que vendría a reafirmar lo señalado, la jurisprudencia nacional que ha sostenido que el hecho de dictarse sentencia definitiva de primera instancia no basta a fin de decretar el alzamiento de las medidas precautorias (Ver: Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 10 de Agosto de 1962, publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo: 59, sección 1ª, Página: 293), ya que de otro modo, la provisionalidad se vincularía con una sentencia definitiva favorable a favor del demandado, constituyendo un fuerte antecedente de ello, el hecho de que el sujeto pasivo obtenga un resultado positivo en primera instancia.

³¹¹ MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 215-220p.

³¹² Ver: RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006) 498-500p.

mayor posibilidad de error en la adecuación provisional-definitiva³¹³. Según, Juan Carlos Marín³¹⁴, la proporcionalidad significa no sólo dicho nivel de correlación y homogeneidad entre la tutela cautelar y la definitiva, sino que además, por medio de ella, debe resguardarse los intereses del sujeto pasivo, en cuanto a ponderar sus intereses. En este sentido, entonces, cita alguna jurisprudencia que justificaría dicha finalidad³¹⁵. Sin embargo, considero que dicho argumento solo es correcto en un sentido débil, en cuanto a que, obviamente, aquella medida excesiva para los fines cautelares, excede la naturaleza de una medida propiamente provisoria, y en consecuencia, se transforma en un arma de presión ilegítima para el demandado. Así, por ejemplo, si se concede una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre todo el patrimonio inmueble de una sociedad, por una deuda que no supera el valor de cualquiera de dichos bienes raíces, estaríamos sobre-cautelando los derechos del demandante, y transformando la medida cautelar en un medio de presión para el sujeto pasivo. No obstante ello, extender el principio de proporcionalidad a la ponderación de los intereses de ambas partes, en términos de igualdad, significa superar ampliamente el sentido y alcance de dicho concepto, cuyo reconocimiento normativo encontramos en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, cuya norma, en armonía con el interés del demandante, pretende limitar su interés cautelar a la pretensión ejercida en el juicio, sin que pueda de ella, derivarse

³¹³ En este sentido, se ha pronunciado la Excelentísima Corte de Suprema, en fallo de fecha 29 de Abril de 1986, causa rol N° 4.610-78

³¹⁴ Así señala que: “Lógicamente de nada servirían las resoluciones judiciales si el actor vencedor, por la mala fe o por otras causas ajenas a la voluntad del demandado no pudiera hacerlos efectivos. Pero también sabemos, por otro lado, que estas medidas llevan implícitas un componente de injusticia principalmente cuando son utilizadas como herramientas de presión y abuso. Es por ello que el juez debe siempre tener presente que cada vez que concede una medida cautelar lo está haciendo antes de que se demuestre la efectiva responsabilidad del demandado y que dicha medida puede causar enormes perjuicios en el patrimonio del demandado y en el de terceros. De ahí que se deba buscar un justo equilibrio entre la pretensión del demandante por una parte, y las medidas que solicita para asegurar la efectividad de la sentencia, por la otra” MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 216p.

³¹⁵ Ver: Fallos del Mes. N° 384. 1990. 691p; Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXII. 1935. 2ª Parte. Sección 1ª. 92p; y Gaceta N° 180. 1995. 37p

ninguna ponderación a favor del demandado, sino aquella, que eman de una prohibición de extralimitación cautelar.

Acepto que podría objetarse a mi planteamiento el hecho de que formule una interpretación que sería, incluso, contraria al resguardo del interés del demandado, no obstante que con anterioridad, he llamado la atención acerca de la deficiencia, en dicho sentido, de las legislaciones continentales. Con todo, dicha crítica, se diluye si consideramos que los instrumentos legales de protección al sujeto pasivo, deben estar claramente establecidos por el legislador, a efectos de posibilitar una aplicación constante y uniforme de dichos medios de resguardo. Por lo mismo, extender el sentido de una norma, como lo hace Juan Carlos Marín, para fines diversos de aquellos para los cuales está destinada, solamente genera mayor cantidad de litigación periférica, acerca de la preeminencia de una u otra interpretación, lo que consecuentemente desincentiva toda conducta racional y óptima de los litigantes. Es por lo mismo, que se hace necesario una reforma legal en cuanto a resguardar los derechos del demandado, por medios correctos y claramente delimitados, no siendo aceptable que dicha defensa, provenga de interpretaciones acomodaticias de ciertas normas, ya que ello produce, incertidumbre, y vacía de contenido el verdadero sentido de las reglas.

- d. Responsabilidad: Esta característica supone que las medidas cautelares, se deben conceder por cuenta y riesgo de quien las solicita³¹⁶. La constatación acerca de la necesidad de que este principio forme parte de la regulación de las medidas cautelares, se encuentra presente ya desde el siglo XIX, ya que el primer proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1871, contenía una

³¹⁶ “Su fundamento está en el principio de igualdad, que busca restablecer el equilibrio que significa conceder al actor una medida para tutelar el derecho virtual que reclama. En efecto, el demandado tiene derecho a mejorar su situación, ya sea reaccionando inmediatamente en el mismo proceso frente a la medida, o bien, a posteriori, cobrando una indemnización de perjuicios por los daños que ocasionó una precautoria mal concedida” ROMERO Seguel, Alejandro. Ob. Cit. 59p

disposición que expresamente lo consagraba en términos generales³¹⁷, y además, porque la necesidad de su establecimiento era una cuestión aceptada explícitamente por la escasa doctrina nacional sobre el tema³¹⁸. Sin embargo, en la legislación actual, como veremos posteriormente, no se consagra esta característica en términos generales, lo que constituye una deficiencia evidente de nuestra normativa, que ha llevado a interpretaciones diversas sobre la materia en la jurisprudencia³¹⁹. Solamente reconocemos un supuesto de responsabilidad objetiva en la norma del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil³²⁰, en la cual, se impone responsabilidad al solicitante de una medida prejudicial que no demanda dentro de plazo, o bien, demandando no solicita la subsistencia de las medidas prejudiciales en carácter de precautorias, o bien, efectuando dicha petición, la misma es rechazada por el tribunal. En dichos supuestos, el peticionario se hace responsable de los perjuicios ocasionados, y se considera doloso su actuar. Sin embargo, dicho régimen de responsabilidad se ha establecido por el legislador, para un caso en particular, que por lo demás, tiene escasa aplicación práctica. Debemos, con

³¹⁷ Así el artículo séptimo del Título II del mencionado Proyecto, establecía que el demandante asumía la responsabilidad de la concesión de la medida, ya que era el solicitante: “(...) quien quedaba obligado al abono de los perjuicios que de ella resultan, en caso de no obtener en el juicio” Proyecto de Código de Enjuiciamiento. 6p.

³¹⁸ Así José Lira, señala: “La responsabilidad que, en virtud de este decreto, contrae el demandante no puede ser otra que la de indemnizar los perjuicios injustos que la retención irroga al demandado y especialmente las que provengan de la insolvencia futura de la persona en cuyo poder se hace la retención” LIRA, José. Prontuario de los juicios. 5ª Edición. Tomo I. Santiago. 1895. 197p.

³¹⁹ En efecto, la Corte de Apelaciones de Tacna, en fallo de fecha 9 de Abril de 1904, señaló que: “El litigante que ha obtenido medidas precautorias en un juicio no es responsable de los perjuicios que esas medidas puedan haber ocasionado al otro litigante, sino en caso que la sentencia definitiva que se pronuncie en el pleito lo condene expresamente en costas por haber litigado injustamente” Fallo publicado en: Gaceta de los Tribunales. 1904. 1er Semestre. N° 820. 1000p.

³²⁰ Esta norma encuentra su antecedente histórico en el artículo 270 del Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1893, que disponía: “Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y hacer en ella formal petición de que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta por sesenta días por motivos fundados” “Si no se dedujere demanda oportunamente, o no se pidiere en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantuviere dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las hubiere solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento, e incurrirá además en una multa a beneficio del perjudicado, que podrá llegar al diez por ciento del monto de los bienes comprendidos en las medidas precautorias”, Ver: Proyecto de Código de Procedimiento Civil. 1893. Santiago. 77p

todo, señalar que a falta de regla general que consagre el tipo de responsabilidad que se derive de la concesión de una medida cautelar, se ha entendido que procede un sistema de responsabilidad subjetivo, basado en las normas de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

La idea de trasladar los costos de quien sufre las consecuencias de la medida cautelar a quien la solicita (idea de responsabilidad), más allá de la omisión en su consagración positiva, debe ir unido a mecanismos de mitigación de daños que hagan plausible y efectivo dicho traspaso de costos. El mecanismo, más usual, como lo hemos señalado en el capítulo anterior, es la fianza, ya que ella permitirá la disposición inicial de recursos del solicitante de la medida cautelar, para asegurar un fondo en donde el demandado pueda resarcir sus perjuicios. Nuevamente, sin embargo, la exigencia de fianza constituye una excepción en nuestra normativa, lo que agrava la deficiencia antes anotada, en cuanto a la omisión de una regla clara acerca que las medidas cautelares corren por cuenta y riesgo del solicitante. La razón de no haber establecido una regulación de la fianza en términos generales, se debe a que los legisladores de nuestro Código de Procedimiento Civil, entendieron que exigir dicha caución, significaría convertir las medidas precautorias, en un medio sólo al alcance de quienes pueden solventar un juicio, y con ello se establecería una discriminación en contra de las personas de escasos recursos, afectando el acceso a la justicia³²¹. Analizaremos posteriormente, en el acápite siguiente de este capítulo, las consecuencias que se siguen de las omisiones indicadas, para luego ver, en el acápite §. 4 la forma en como se regula esta materia en el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil.

³²¹ Así lo manifestaron los comisionarios del Código de Procedimiento Civil, señores Lira, Huneeus y Zegers, al expresar que: “Por otra parte, la fianza establece una notable desigualdad entre los litigantes, por ser un medio que sólo está al alcance de los ricos”, cita efectuada en el pie de página número 421 de: MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 258p. En posición contraria, se manifiesta Alejandro Romero, cuando indica que: “La generación de una situación de statu quo a través de la cautela innominada no se debe mirar como una anticipación de tutela, sino que el restablecimiento del equilibrio entre los derechos del actor, y del sujeto que genera la situación de peligro, que la medida viene a amparar cautelarmente. En tal sentido, la caución es un elemento vital para lograr el necesario equilibrio entre las partes” ROMERO Seguel, Alejandro. Ob. Cit. 57p.

- e. Dispositivas: Con esta denominación, quiero expresar que las medidas cautelares nacionales, son fundamentalmente decretadas a petición de parte, sin que el juez puede otorgarlas de oficio. Excepcionalmente, en materia alimenticia, regulada por la Ley N ° 14.908, dicha característica se rompe³²²
- f. No taxativas: Como hemos visto al inicio de este acápite, es posible la solicitud y adopción de medidas cautelares no específicamente reguladas por el legislador, lo que se deduce de las normas del artículo 298 y 300 del Código de Procedimiento Civil, al contemplar la existencia de: “otras medidas no expresamente autorizadas por la ley”

Una cosa distinta a las características que rigen las medidas cautelares, son los presupuestos o requisitos a efectos de que sean decretadas. La existencia de estos condicionantes que deben concurrir para el otorgamiento de las medidas cautelares, dan cuenta de la consagración de un sistema de control judicial acerca de su procedencia, toda vez que ellas, no se conceden inmediatamente.

Imbuidos como estamos, en un sistema procesal eminentemente legalista, resulta obvio que los presupuestos de las medidas precautorias, se encuentran establecidos en la legislación procesal. Sin embargo, a partir de los estudios de la escuela italiana de derecho procesal de la primera mitad del siglo XX, se sistematizaron dichos requisitos y se los conceptualizó sobre la base de presupuestos dogmáticos, que si bien, se encuentran en el sustrato de la legislación, no siempre encuentran reconocimiento

³²² Así, el artículo 4 inciso 1 de la Ley N ° 14.908, dispone en relación con los alimentos provisorios que: “En los juicios en que se demanden alimentos el juez deberá pronunciarse sobre los alimentos provisorios, junto con admitir la demanda a tramitación, con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados”. Asimismo, la actuación de oficio del juez de familia, en cuanto a garantizar el resguardo de la pretensión alimenticia, queda manifiestamente clara al examinar el artículo 10 de la Ley N ° 14.908, que dispone: “El juez podrá también ordenar que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación alimenticia con una hipoteca o prenda sobre bienes del alimentante o con otra forma de caución. Lo ordenará especialmente si hubiere motivo fundado para estimar que el alimentante se ausentará del país. Mientras no rinda la caución ordenada, que deberá considerar el periodo estimado de ausencia, el juez decretará el arraigo del alimentante, el que quedará sin efecto por la constitución de la caución, debiendo el juez comunicar este hecho de inmediato a la misma autoridad policial a quien impartió la orden, sin más trámite”

positivo explícito. Así, surgen las ideas de *fumus boni iuris*, y *pericula in mora*, que fueron expresadas por los grandes autores italianos Chiovenda³²³ y Calamandrei³²⁴, quienes teorizaron en cuanto a que para concederse una medida cautelar, debían concurrir dos condiciones, a saber: (a) Temor o inminencia de daño jurídico, y (b) Estar en presencia de un derecho posible por parte del demandante³²⁵. Ahora bien, las ideas que desarrollaremos, en cuanto a los presupuestos de las medidas cautelares, son fundamentalmente aplicables a las medidas precautorias, y prejudiciales precautorias, pero ello no obsta a que cada medida cautelar en específico, tenga sus propios requisitos de procedencia. Así, los presupuestos generales de las medidas cautelares son:

- a. *Fumus boni iuris*: Expresa las ideas de verosimilitud, de apariencia del derecho, o de grado de probabilidad serio de la pretensión, que no se limita a la mera expectativa o a una mera conjetura³²⁶. Este presupuesto, ha sido delimitado por la jurisprudencia³²⁷ y la doctrina, así Luis María Simón Olivera señala que: “(...) no hablamos de posibilidad sino de probabilidad, de existencia del derecho en los términos en que es postulado”³²⁸. En sentido similar, en nuestro país se expresa Gonzalo Cortez, cuando indica que este presupuesto: “(...) sirve para designar la indagación necesaria para comprobar

³²³ CHIOVENDA. Ob. Cit. 263p.

³²⁴ CALAMANDREI. Ob. Cit. 76-77p.

³²⁵ Calamandrei, al efecto exigía: 1º Apariencia de un derecho; y 2º Peligro de este derecho aparente no sea satisfecho. CALAMANDREI. Ob. Cit. 76-77p

³²⁶ Ver: ROJAS, Mario. Ob. Cit. 36p; ANABALÓN, Carlos. El juicio ordinario de mayor cuantía. Santiago, Chile, 1954. 66-67p, y MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 251-255p.

³²⁷ “La exigencia de acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama no implica que se acompañen pruebas que irrefutablemente acrediten que el solicitante tiene la razón, sino que implica que de los comprobantes acompañados se infiere a lo menos una presunción grave del que el demandante obtendrá el derecho que se reclama. Es decir que de la documentación acompañada se desprenda al menos el Fumus Boni Juris o apariencia de buen derecho, es decir, el cálculo de probabilidades de que el solicitante de la medida será beneficiado con la sentencia; se trata de la apariencia del buen derecho emitiéndose un juicio preliminar, el cual no toca el fondo del juicio principal” Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 30 de Noviembre de 2007, causa Rol N ° 675-2003, y publicada En: Revista Leyes & Sentencias. Junio de 2010. Santiago, Editorial Punto Lex: 30p

³²⁸ SIMÓN Olivera, Luis Maria. Medidas cautelares y tutela anticipada. Cuadernos de Análisis Jurídico. N ° 17. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2004. 125p

la certidumbre de la situación jurídica cuya cautela se pretende”³²⁹. El fundamento de este presupuesto se encuentra en el hecho de que una intromisión y afectación en la esfera jurídica del sujeto pasivo no resulta justificada sin que la pretensión del demandante sea razonablemente plausible. Lo fundamental, más allá de las palabras con que se pretenda configurar este presupuesto (verosimilitud, probabilidad, posibilidad, certeza, etc), es el hecho de que, esta condición no exige la certeza absoluta del juzgador, ni siquiera una certeza que posibilite una adjudicación en sede civil, y que dé, preeminencia o preponderancia a la pretensión de una parte por sobre la de otra, lo anterior, porque, la prueba de los hechos, tendiente a dicha finalidad, será aquella que emane del proceso principal con dicho objetivo, el que resulta excesivo a los fines cautelares, que se satisface con la sola posibilidad de que la pretensión sea en definitiva aceptada.

El artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, expresa este requisito, exigiendo que el actor acompañe: “(...) comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”. En base a dicha norma, el profesor Mario Rojas, señala que la pretensión del demandante: “(...) debe resultar o aparecer con fuertes probabilidades de verosimilitud en virtud de los comprobantes hechos valer por el sujeto activo”³³⁰ Con ello quiere expresar que la pretensión debe resultar probada en sede cautelar, con grado de probabilidad cualificada. Lo que significa que la medida precautoria debe ser concedida en un rango intermedio entre la sola afirmación del derecho, y la prueba de la efectividad del mismo.

Un aspecto, meramente lingüístico, ha sido despejado por la doctrina y jurisprudencia³³¹, en el sentido de que, el uso de la palabra: “comprobantes”,

³²⁹ CORTEZ Matcovich, Gonzalo. *Apreciación crítica de la regulación de la tutela cautelar en el anteproyecto de código procesal civil. Cuadernos de Análisis Jurídico*. N ° 16. Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, 2009. 139p.

³³⁰ ROJAS, Mario. *Ob. Cit.* 83p.

³³¹ Ver: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LXVI (1969). 2ª Parte. Sección 2ª. 86p

no es sinónimo necesariamente de prueba documental, ni siquiera de prueba alguna³³².

Ahora bien, la exigencia de este requisito, puede obviarse temporalmente, de conformidad al artículo 299 del Código de Procedimiento Civil³³³, cuando al demandante le falten dichos comprobantes, y en presencia de circunstancias de urgencia y gravedad, el tribunal puede conceder una medida precautoria, por un plazo que no exceda de diez días, dentro del cual, el actor deberá acompañarlos. El caso regulado en el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, significa que bajo ciertas limitaciones de tiempo, el tribunal valora la gravedad del peligro de daño de manera preeminente, lo que lo lleva a prescindir, dentro de dichos límites, y bajo ciertas condiciones, de la prueba del *fumus*³³⁴

- b. *Pericula in mora*: Se define normalmente, como el riesgo de daño a que se ve expuesto el demandante de no concederse la medida cautelar. En consecuencia, por su intermedio, se tiende a evitar los perjuicios que la demora de la litis puede ocasionar en el actor, en razón de la existencia de un peligro de infructuosidad, de tardanza o de insolvencia. El fundamento, se encuentra en que dado que las medidas cautelares no son de concesión necesarias dentro del proceso, el demandado tiene un tiempo en donde puede distraer bienes de su patrimonio a fin de hacer inalcanzable la tutela definitiva futura, en cuyo caso, ella se transforma en una declaración jurisdiccional sin posibilidad de cumplimiento. Así, Calamandrei señala que el *pericula* consiste en: “(...) la

³³² Ver: CORTEZ Matcovich, Gonzalo. Ob. Cit. 141p, y MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 253-254p.

³³³ Artículo 299 del Código de Procedimiento Civil: “En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este Título, aún cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes, exigiendo caución para responder por los perjuicios que resulten. Las medidas así decretadas quedarán de hecho canceladas si no se renuevan en conformidad al artículo 280”

³³⁴ Como veremos en el acápite § 4 de este Capítulo, sería conveniente que nuestra legislación contemplara en este sentido, un supuesto de responsabilidad objetivo, tal como el establecido en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, en caso de que el demandante no cumpliera con el requerimiento de conducta de acompañar los comprobantes que constituyen el *fumus* dentro del plazo establecido por el juzgador.

posibilidad de que en el periodo de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se verifique un evento, natural o voluntario, que suprima o restrinja tales intereses, haciendo imposible o limitado su realización por medio de los órganos jurisdiccionales”³³⁵. En términos resumidos, José Quezada, señala que este presupuesto: “Es el posible daño jurídico, y económico que puede derivarse del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva”³³⁶

A diferencia de lo que ocurre con el requisito del *fumus*, este presupuesto no posee un reconocimiento legal general y explícito, sino que emana de diferentes normas que lo exigen con distinta intensidad. Así, por ejemplo, el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, a propósito de las medidas precautorias, dispone que ellas pretenden: “asegurar el resultado de la acción”, lo que es necesario, frente al riesgo de que dicho resultado se frustre, en razón de un peligro en la demora. Mismo concepto es reiterado en el artículo 296 del mismo cuerpo de leyes. Más claro, con todo, resulta la norma del artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, que regulando la provisionalidad de las medidas precautorias, dispone que ellas deben cesar, cuando desaparece: “el peligro que se ha procurado evitar”. En base a dicha norma, Gonzalo Cortez, concluye que este presupuesto es de aplicación necesaria en todas las medidas precautorias, señalando que: “La ubicación del precepto, al final del título relativo a las medidas precautorias, es indicativo de que se trata de una norma de aplicación general para toda clase de medidas cautelares”³³⁷ Más allá que el argumento expuesto a favor de la aplicación general del requisito que se estudia, no resulta completamente convincente, toda vez que, no existe una razón fuerte para entender que una norma ubicada al final de un título tenga

³³⁵ CALAMANDREI. Ob. Cit. 71p.

³³⁶ QUEZADA Meléndez, José. Ob. Cit. 46p.

³³⁷ CORTEZ Matcovich, Gonzalo. Ob. Cit. 143p. También ver: CORTEZ Matcovich, Gonzalo. La configuración del *periculum in mora* en el régimen cautelar chileno. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 1999. N° 205. 99-114p.

una amplitud determinada, frente a otra regla contenida al inicio del mismo título. Sin embargo, debemos señalar que de todas formas, el peligro en el retardo constituye un presupuesto de las medidas precautorias, cuya conclusión se desprende de lo dispuesto en las reglas citadas, como también de la propia naturaleza de la cautela provisional, en cuanto a que ella pretende resguardar temporalmente el interés del demandante, frente a la existencia de daños irreparables a que se vería afectado, de no obtener dicha tutela. En este sentido, si ese riesgo es inexistente, no se justifica la concesión de una medida precautoria, porque ella, no aseguraría ningún resultado posible de la acción, toda vez que, ningún riesgo existiría al efecto.

Por último, la prueba de este requisito exige, necesariamente la acreditación de un riesgo concreto y objetivo, debiendo eliminarse cualquier consideración que lleve a concluir en la suficiencia de peligros abstractos³³⁸. Con todo, en ciertos supuestos, la misma legislación presume este riesgo, lo que se manifiesta en la técnica normativa de revelar de prueba al solicitante, acerca de la existencia en la práctica de este presupuesto. Así ocurre en Chile, ya que el artículo 296 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil³³⁹, dispone que se podrá decretar una medida de prohibición de celebrar actos y contratos, sin necesidad de probar que las facultades del demandado sean suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio, cuando la medida recae sobre bienes que son materia del juicio³⁴⁰.

³³⁸ En este sentido en Chile: MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 248p; y en el derecho comparado, ver: SIMÓN Olivera, Luis María. Ob. Cit. 126-127p.

³³⁹ Artículo 296 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil: “La prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio”

³⁴⁰ Misma situación ocurre, con el artículo 295 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil, a propósito de la medida precautoria de retención de bienes determinados, la que dispone: “La retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero, con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y en los demás casos determinados por la ley”

- c. Caución³⁴¹: Anteriormente señalamos que este presupuesto, busca generar las condiciones necesarias para una eventual y futura indemnización a favor del demandado, en caso de que el actor, se haga responsable de los perjuicios que la concesión de la medida cautelar originó³⁴². La caución constituye una específica medida de mitigación de daños, que pretende objetivos preventivos, en cuanto a eliminar aquellas solicitudes de cautela provisional provenientes de demandantes insolventes, estableciendo filtros para medidas no-óptimas, entendiendo por aquellas, las que se solicitan con prescindencia de la posibilidad futura de resarcir daños. En el mismo sentido, permite que el demandante asuma al inicio del proceso, ciertos costos a costa de los perjuicios que la medida ocasiona al demandado, evitando con ello, la dialéctica propia del abuso del procedimiento³⁴³. De esta forma, si bien, su procedencia se discute al inicio del problema cautelar, sus efectos se extienden, incluso al término del proceso principal, cuando su subsistencia sirve para la compensación del demandado, de esta manera, la instrumentalidad no juega completamente respecto de este presupuesto³⁴⁴.

³⁴¹ Respecto del fundamento de la caución, Cortéz señala que: “El fundamento de la caución, como presupuesto de las medidas cautelares, obedece a la circunstancia de que se ha invadido la esfera jurídica del demandado, causándole perjuicios, sin que esta actuación haya vengido precedida de una sentencia firme que otorgue certidumbre acerca del derecho del actor, sino que fue adoptada mientras éste se encontraba sólo en grado de probabilidad” CORTEZ Matcovich, Gonzalo. Ob. Cit. 145p.

³⁴² Mario Devau Ojeda indica que: “2. La exigencia de rendir fianza u otra garantía suficiente a juicio del Tribunal, nos lleva a reconocer el carácter contracautelar de la caución, ya que ésta se requiere para garantizar los eventuales perjuicios que pueda ocasionar a la contraparte la concesión de la medida precautoria” DEVAU Ojeda, Mario. Estudio particular de las cauciones procesales. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. 1982. 2-3p

³⁴³ En este mismo sentido Gonzalo Cortéz, cuando señala: “La caución juega como la máxima garantía que un sistema de medidas cautelares debe conceder al demandado. Esta función de garantía se cumple primero, dando seguridad al demandado de que será resarcido de los perjuicios que pueda sufrir por la concesión de una medida que a la postre resulte infundada. De otra parte, sirve para contener solicitudes injustificadas de tutela cautelar. El juez, por su parte, se previene de una eventual responsabilidad derivada de la concesión de una medida infundada. Es, desde otro punto de vista, el costo de la apuesta a futuro que hace el actor” CORTEZ Matcovich, Gonzalo. Ob. Cit. 146p.

³⁴⁴ Con todo, el monto de la caución destinada a la indemnización del demandado ganancioso, una vez que éste ha obtenido el juicio, pasará a tener naturaleza ejecutiva a los fines de satisfacer la liquidación de daños que incoe el demandado, y por lo tanto, perderá su naturaleza cautelar

De acuerdo a lo expuesto más arriba, la caución no se encuentra consagrada en términos generales en nuestra legislación. En efecto, en relación con las medidas precautorias nominadas, no es posible la exigencia de caución, sino como sustituto temporal del *fumus boni iuris*, en el supuesto excepcional ya visto del artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, esto es, cuando, el demandante no posee comprobantes que constituyen presunción grave del derecho que reclama, en cuyo caso, deberá acompañarlos dentro del plazo máximo de diez días que al efecto fije el juez de la causa. Solamente, constituye un presupuesto general, en aquellos casos en donde estemos en presencia de medidas precautorias innominadas, esto es aquellas que no contienen regulación expresa por parte del legislador, de conformidad al artículo 298 última parte del Código de Procedimiento Civil³⁴⁵. Ahora bien, incluso, en este último supuesto, la caución resulta facultativa, ya que, es procedente solamente cuando, el juez lo exija en el caso concreto. Por otro lado, en las medidas prejudiciales, el artículo 279 N ° 2 del Código de Procedimiento Civil³⁴⁶, establece la exigencia de caución (fianza u otra garantía suficiente) en las medidas prejudiciales precautorias, esto es, en aquellas solicitudes de cautela anteriores a la existencia del juicio y que repliquen las reguladas en el título quinto del libro segundo del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, en presencia de medidas prejudiciales innominadas, creo que la exigencia de la caución resulta más fuerte que en el caso señalado, por lo que extendiendo la aplicación del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, deberíamos entender que en todo caso, dichas cautelares requieren de la exigencia del requisito que se estudia.

³⁴⁵ Dicha norma, en su parte pertinente dispone: “(...) Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley; exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen”

³⁴⁶ Artículo 279 N ° 2 del Código de Procedimiento Civil: “Podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el Título V de este Libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes: (...) 2ª Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan”

De acuerdo a la regulación señalada anteriormente, tenemos que la exigencia de caución tiene como propósito normativo, la de servir de fondo frente a posibles perjuicios que puedan ser exigidos al demandante, en este mismo sentido, los artículos 279 N ° 2, y artículo 298 ambos del Código de Procedimiento Civil, por lo que, desde la misma lógica de dicho Código, la caución está establecida como mecanismo de protección del demandado, por lo que más se extraña su falta de consagración general³⁴⁷

Por otro lado, y refiriéndonos a la sistematización de las medidas cautelares, tenemos que la clasificación más importante de ellas en el sistema procesal chileno, es aquella que se deriva de la oportunidad en la que se solicita, distinguiéndose las medidas prejudiciales precautorias, que son aquellas que se solicitan antes del juicio, y que se regulan en el Título IV del Libro II del Código de Procedimiento Civil, y las medidas precautorias, que son las que pueden pedirse una vez notificada la demanda, y que se encuentran reguladas en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil. Con todo, y más allá que el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, disponga que el juicio ordinario es supletorio a toda otra gestión, trámite y actuación judicial no sometida a regla especial diversa, hubiera sido conveniente que la regulación de la materia que se estudia, se ubicara en el Libro I del mencionado cuerpo de leyes, que trata acerca de las: “Disposiciones comunes a todo procedimiento”

En relación con las medidas prejudiciales, ya hemos adelantado que ellas se definen como aquellas cuya petición y concesión es formulada en forma precedente a la existencia de un juicio, ya que, buscan precisamente, aprestar y predisponer los medios necesarios para dicho proceso futuro en términos cautelares y en términos anticipativos-probatorios. En efecto, estas medidas no sólo buscan asegurar el resultado de una tutela definitiva a pronunciarse en un proceso venidero, sino que también, persiguen anticipar ciertos elementos probatorios que se tema no sean susceptibles de ser rendidos durante

³⁴⁷ Deficiencia que será desarrollada en extenso en el acápite § 3 de este capítulo.

un proceso futuro. Así, lo disponen los artículos 273 N ° 5, 281, 284 y 288 todos del Código de Procedimiento Civil. Por lo mismo, el objetivo de dichos medios anticipativos-probatorios, es el de resguardar el mérito de las probanzas para ambas partes, por lo que tanto el sujeto pasivo como el sujeto activo, se encuentran legitimados para formular dichas peticiones. Con todo, el tema de la anticipación de la prueba, excede los fines de este trabajo, por lo que solamente, nos referiremos a las medidas prejudiciales con finalidad cautelar.

Ellas se contienen (las nominadas) en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

“El juicio ordinario podrá prepararse, exigiendo el que pretende demandar de aquél contra quien se propone dirigir la demanda:

1° Declaración jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes;

2° La exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar³⁴⁸;

3° La exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas;

4° Exhibición de libros de contabilidad relativos a negocios en que tenga parte el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio; y

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

³⁴⁸ La exhibición contenida en dicha norma, se efectúa, de conformidad al artículo 275 del Código de Procedimiento Civil, mostrando el objeto que deba exhibirse, al interesado, a efectos de que lo reconozca. Ahora bien, si el objeto se encuentra en poder de un tercero, cumplirá la persona a quien se haya solicitado la exhibición, indicando el nombre y residencia de dichos terceros, o el lugar en donde el objeto se encuentre.

Nuestra normativa procesal, establece diferentes medios a fin de que se cumpla efectivamente las medidas prejudiciales contenidas en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, con tal objetivo, en los casos en que se rehuse la exhibición solicitada, se podrá apremiar al desobediente con multas o arrestos³⁴⁹, e incluso decretarse el allanamiento del local en donde se encuentre el bien objeto de la medida, lo que podrá efectuarse incluso en contra de terceros meros tenedores. Adicionalmente, si no existe cumplimiento a la orden de exhibición de los documentos y libros de contabilidad, señalados en el artículo 273 N ° 3 y N ° 4 del CPC, es posible solicitar al Tribunal, en forma adicional a las medidas señaladas, que se decrete como sanción procesal al desobediente, la imposibilidad de hacer valer posteriormente dichos antecedentes, todo de conformidad al artículo 277 del Código de Procedimiento Civil³⁵⁰. Además, el legislador, pretendiendo asegurar la no frustración de los propósitos buscados con la adopción de las medidas que se han señalado, obliga a quien se ha indicado como futuro demandado, y que alegue ser simple tenedor de la cosa, a declarar bajo juramento el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene, y a exhibir en caso de que exista, el título de su tenencia, pudiendo aplicarse a su respecto los apremios antes indicados, todo de acuerdo al artículo 282 del Código de Procedimiento Civil.

El primer problema que surge de dicha disposición, más allá de las particularidades de cada una de las medidas allí tratadas, es la cuestión acerca de si las medidas prejudiciales pueden decretarse a fin de preparar el juicio ordinario, o bien cualquier otro proceso, como lo puede ser el juicio ejecutivo. Una primera interpretación, basada en la norma indicada anteriormente es que solamente proceden en

³⁴⁹ Ver: Artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, en relación con artículo 274 del mismo Código.

³⁵⁰ Artículo 277 del Código de Procedimiento Civil: “Siempre que se de lugar a las medidas mencionadas en los números 3° y 4° del artículo 273, y la persona a quien incumba su incumplimiento desobedezca, existiendo en su poder los instrumentos o libros a que las medidas se refieren, perderá el derecho de hacerlos valer después, salvo que la otra parte los haga también valer en apoyo de su defensa, o aparezca de manifiesto que no los pudo exhibir antes, o si se refieren a hechos distintos de aquellos que motivaron la solicitud de exhibición. Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente y en el párrafo 2°, Título II, del Libro I del Código de Comercio”

los juicios ordinarios, lo que fue seguido por una primera jurisprudencia³⁵¹, no obstante que actualmente, ese criterio estaría cambiando. Así, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de fecha 7 de Marzo de 2008, pronunció que:

“La disposición legal citada (artículo 287 del Código de Procedimiento Civil), no exige, al solicitar la medida prejudicial precautoria, que se indique el procedimiento sino que solamente la acción y someramente sus fundamentos, de manera que en la especie al presentar su demanda de cumplimiento de contrato ha cumplido con la exigencia legal, siendo irrelevante que haya utilizado el procedimiento ejecutivo”³⁵²

Ahora bien, uno podría sostener que dicha disposición solamente sujeta las medidas prejudiciales que expresamente contempla a un juicio ordinario posterior, no existiendo dicha limitación en cuanto al procedimiento, respecto de otras medidas prejudiciales como lo son las medidas prejudiciales precautorias.

Lo anterior, nos lleva al análisis de los requisitos o presupuestos específicos que deben reunir las medidas prejudiciales. En primer término, tanto las medidas prejudiciales contenidas en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, como aquellas medidas prejudiciales precautorias (artículo 279 del Código de Procedimiento Civil, en relación con artículo 290 del mismo cuerpo de leyes), están afectas a un requisito común y general, establecido en el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil³⁵³, que establece la necesidad de que el solicitante debe indicar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos.

³⁵¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 1 de Agosto de 1931, publicada en la Gaceta de los Tribunales. 1931. 2ª semestre. N° 124. 584p.

³⁵² Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 7 de Marzo de 2008, causa rol N° 59-2008, y publicada En: Revista Leyes & Sentencias. Junio de 2010. Editorial Punto Lex, Santiago. 30p.

³⁵³ Artículo 287 del Código de Procedimiento Civil: “Para decetar las medidas de que trata este Título, deberá el que las solicite expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos”

En segundo lugar, los requisitos específicos de las medidas prejudiciales señaladas en la norma del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, se refieren a la exigencia de expresar por el solicitante, porqué dichas medidas son necesarias para poder entrar al juicio (inciso final del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil) lo que, con todo, no es exigible para la medida de reconocimiento jurado de firma (Artículo 273 N° 5 del Código de Procedimiento Civil).

Por su parte, los requisitos específicos de las medidas prejudiciales precautorias, esto es de aquellas medidas prejudiciales que pretenden asegurar los resultados del juicio, de acuerdo a los instrumentos cautelares contemplados en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, la norma del artículo 279 de dicho Código, dispone las siguientes exigencias, a saber:

- El solicitante debe expresar y acreditar la existencia de motivos graves y calificados que hagan procedente la solicitud (Artículo 279 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil);
- Se debe determinar el monto de los bienes sobre los que deben recaer las medidas precautorias (Artículo 279 N° 1 del Código de Procedimiento Civil); y
- Se debe rendir fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder de los perjuicios que se originen y de las multas que se impongan.

De los mencionados requisitos, es necesario indicar que la jurisprudencia ha estimado que deben concurrir todos de manera copulativa³⁵⁴. Adicionalmente, es importante hacer presente el hecho de que el requisito dispuesto en el artículo 279 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, es reflejo del principio o característica de la provisionalidad de las medidas cautelares, constituyendo la determinación allí expresada, la manera como el legislador pretende resguardar que dicho principio se

³⁵⁴ Así: Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 28 de Mayo de 1919, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 17, sección 1ª. 150p.

materialice en la práctica. Por último, la jurisprudencia ha entendido que la exigencia de circunstancias graves y calificadas para hacer procedente las medidas prejudiciales precautorias, constituyen un presupuesto más exigente que aquellas que se requieren para decretar una medida precautoria propiamente tal³⁵⁵, lo que se justifica por el hecho que cuando se otorgan, todavía no existe proceso ni pretensión ejercida, por tanto, resulta mucho más débil y lejana, la valoración judicial del *fumus boni iuris*, frente a la cual deben adoptarse más recaudos.

Una vez solicitada la medida prejudicial cautelar, la misma se decretará sin audiencia de la persona a quien se dirigirá posteriormente la demanda, lo que, no ocurrirá cuando la ley señale expresamente la necesidad de dicho conocimiento previo (Artículo 289 del Código de Procedimiento Civil). Por otro lado, una vez decretada que sea la medida prejudicial, surgen para el solicitante ciertas cargas o requerimientos de conductas de carácter procesal (Artículo 280 del Código de Procedimiento Civil), que son:

- Carga procesal en cuanto a presentar la demanda, dentro del plazo de diez días (o del plazo mayor a que se haya accedido por el tribunal, el que en ningún caso, puede exceder de treinta días), y
- Carga procesal de obtener que la medida prejudicial, se renueve ahora como medida precautoria.

La primera de dichas cargas procesales, constituye un supuesto excepcional en nuestra legislación, ya que impone al solicitante de una medida prejudicial, el deber de accionar en el juicio por medio de la presentación de una demanda. Ahora bien, en caso de que no se cumplan dichas cargas procesales, esto es, si no se presenta la demanda dentro de plazo, o bien, presentando la demanda, no se solicita que subsista la medida prejudicial como precautoria, o por último, efectuando dicha petición, la misma es

³⁵⁵ Así: Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 3 de Julio de 1931, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 28, sección 1ª. 630p.

rechazada por el tribunal, el solicitante: “(...) por este solo hecho quedará responsable (...) de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento” (Artículo 280 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil)

Dicha sanción, como hemos visto, constituye una circunstancia doblemente excepcional, toda vez que, establece un supuesto de responsabilidad objetiva para el solicitante, en caso de que concurren algunos de los supuestos indicados en el párrafo anterior, y adicionalmente, ello es excepcional, porque, el legislador presume el actuar doloso del peticionario de la medida prejudicial. Todo lo que se justifica, en razón que el incumplimiento a los requerimientos de conducta que hacen procedente la sanción indicada, son demostrativos de un fuerte desinterés de parte del solicitante, lo que por contrapartida, ha significado una intromisión en la esfera jurídica del demandado, cuando en realidad, la misma no se justificaba. La severidad de la norma, ha sido puesta de manifiesto por Juan Carlos Marín, cuando señala:

“La norma, como ya sabemos, es clara y muy severa en relación con la responsabilidad que asume el actor al solicitar y obtener una medida prejudicial; por un lado, responsable de los daños que la medida pueda ocasionar y por el otro, su proceder se considera de mala fe. En cualquiera de las tres hipótesis previstas por la norma los tribunales juntos con ordenar la cancelación de las medidas decretadas deberían, además, declarar doloso su proceder para los efectos del posterior juicio de responsabilidad. Esta declaración debe ser hecha valer por quien sufrió los daños en el correspondiente juicio indemnizatorio, en el cual solo tendrá que probar los perjuicios y la relación de causalidad entre éstos y la concesión de la medida”³⁵⁶

Siguiendo ahora con las medidas precautorias, tenemos que ellas, como hemos indicado son aquellas medidas cautelares que se decretan luego de notificada la demanda al demandado, y que pretenden asegurar el resultado de la acción. Se encuentran

³⁵⁶ MARIN, Juan Carlos. Ob. Cit. 301-302p.

reguladas en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, y en razón de su ubicación, resultan aplicable a todo otro procedimiento que no contenga regla especial diversa (Artículo 3 del Código de Procedimiento Civil)

El artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, las consagra, señalando que:

“Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas:

- 1° El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;
- 2° El nombramiento de uno o más interventores;
- 3° La retención de bienes determinados; y
- 4° La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados”

De dicha norma, se desprende que es posible acumular diferentes medidas de las allí tratadas, lo que se complementa con el artículo 300 del Código de Procedimiento Civil, que dispone expresamente que dichas cautelares, no excluyen las demás que autorizan las leyes.

Los requisitos generales a todas estas medidas precautorias, se encuentran en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, que han sido analizado anteriormente, y que exige el respeto y la satisfacción a ciertos principios y reglas, a saber:

- Las medidas precautorias deben satisfacer el principio de proporcionalidad, en cuanto a que ellas deben limitarse a los bienes necesarios para responder del resultado del juicio;
- Las medidas precautorias deben concederse cuando el solicitante haya acreditado que su pretensión es plausible en los términos del *fumu boni iuris*, que de acuerdo a la norma antes indicada, significa que el peticionario debe acompañar

comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que reclama, y

- Excepcionalmente, y tratándose de medidas innominadas, es posible la exigencia, facultativa, de caución.

Respecto de la procedencia de cada una de las medidas, debemos remitirnos a la regulación que efectúa el Código de Procedimiento Civil, y a una serie de normas complementarias, de acuerdo a lo que se dirá a continuación, a saber:

- a. El secuestro: Ha sido definido como: “Aquella medida cautelar encaminada a la conservación de una cosa que es objeto de un proceso mediante la desapoderación del poseedor y su constitución en depósito en manos de un tercero”³⁵⁷. Se encuentra regulado: (a) En los artículos 290 N ° 1, 291 y 292 del Código de Procedimiento Civil; (b) en una serie de normas del Código Civil, a propósito del contrato de depósito (Libro IV, título XXXII del Código Civil³⁵⁸), de las cuales, y específicamente, del artículo 2252 del Código Civil, podemos concluir que estamos en presencia de un secuestro judicial, esto es, aquél que se constituye por decreto de un juez, y (c) adicionalmente, por las reglas dadas por el juicio ejecutivo al depositario de los bienes embargados (Artículo 292 del Código de Procedimiento Civil³⁵⁹, en relación con las normas contenidas en el párrafo 2° del título I del Libro III del mismo Código), las que son trascendentes a los efectos de establecer el marco regulatorio para la administración de los bienes secuestrados.

³⁵⁷ MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 313p.

³⁵⁸ El artículo 2211 del Código Civil, dispone que se llama: “en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y restituirla en especie. La cosa depositada se llama también depósito”. El artículo 2214 dispone que: “El depósito es de dos maneras: depósito propiamente dicho y secuestro”, y por su parte, el secuestro es definido 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. El depositario se llama secuestre”

³⁵⁹ Artículo 292 del Código de Procedimiento Civil: “Son aplicables al secuestro las disposiciones que el párrafo 2° del Título I del Libro III establece respecto del depositario de los bienes embargados”

Ahora bien, la primera característica del secuestro judicial cautelar, es que el acto de depósito en que consiste debe recaer sobre la cosa objeto del pleito, no siendo posible extender sus efectos hacia otros bienes del demandado, lo que implícitamente significa concluir, que si el demandado ha distraído con anterioridad el bien litigioso, ya no cabe esta medida cautelar. En segundo lugar, la función del secuestro en nuestra legislación procesal, no es la de impedir actos jurídicos de disposición patrimonial del demandado, ya que existen otras medidas cautelares, para satisfacer dicha finalidad. En todo caso, la suerte de dichos contratos que pudiera suscribir el demandado-poseedor, quedarán en suspenso hasta la dictación de la sentencia definitiva. En tercer lugar, el artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, establece los distintos casos en donde es procedente el secuestro judicial, a saber: (a.1) En el caso del artículo 901 del Código Civil³⁶⁰, esto es, cuando se ha ejercido una acción reivindicatoria o de dominio respecto de una cosa mueble singular que sea el objeto del juicio. En este caso, la normativa procesal nada agrega a la regla civil contenida a propósito de la acción reivindicatoria, constituyendo un supuesto que históricamente ha estado regulado como medida cautelar^{361 362}; y (a.2) O bien, cuando se entablen otras acciones con relación a cosa mueble determinada, y haya motivo para temer que se pierda o deteriore en manos de la persona que sin ser poseedora de dicha cosa, la tenga en su poder. En este

³⁶⁰ Artículo 901 del Código Civil: “Si reivindicándose una cosa corporal mueble, hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir su secuestro; y el poseedor será obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir”

³⁶¹ La afirmación debe ser entendida en cuanto a que, el secuestro aquí tratado tiene una tradición sustantiva que solamente se diferencia de la procesal, en cuanto la primera permite el secuestro de bienes inmuebles (Artículo 2251 del Código Civil). Para mayor información acerca de la discusión civil sobre la procedencia o no del secuestro respecto de bienes inmuebles, ver: CLARO Solar, Luis. Explicaciones de derecho civil y comparado. Tomo noveno: De los bienes. IV. 1992. 419p, y NAVARRETE. Embargo y realización de bienes. 1994. Santiago. 31-32p.

³⁶² Respecto de la especial forma en como se encuentra configurado el *pericula*, Gonzalo Cortez, señala que: “El riesgo de pérdida o deterioro de la cosa que es peligro que se trata de conjurar con la medida, no es un hecho directamente demostrable, por lo que el juez debe echar mano de un razonamiento de tipo presuncional, que enlace la afirmación base o indicios con el hecho presumido (que a la vez es el supuesto fáctico de la norma cautelar cuya aplicación se pretende)” CORTEZ Matcovich, Gonzalo. Ob. Cit. La configuración (...).109p.

supuesto, se reitera la necesidad de que la medida cautelar se solicite respecto de bienes muebles, sin embargo, la acción que debe ser ejercida en el juicio principal, no puede ser la reivindicatoria. La doctrina ha concluido que deben ser incluidos en este supuesto³⁶³, acciones reales tendientes a la restitución de la cosa (la del usufructuario que no tiene en su poder la cosa fructuraria), o bien, acciones personales que persiguen idéntico objetivo, como la del comodante para obligar al comodatario a restituir la especie mueble entregada una vez vencido el plazo respectivo³⁶⁴

- b. Interventor Judicial: Según Juan Carlos Marín, se define la intervención judicial, como: “(...) una medida cautelar por medio de la cual el juez, previa instancia del interesado, designa una o más personas que deben vigilar determinados bienes del deudor, debiendo, además, informar al tribunal y al solicitante de la medida de toda malversación o abuso que note en la administración de los mismos”³⁶⁵ Se encuentra contemplada en el artículo 290 N ° 2 del Código de Procedimiento Civil, señalándose en el artículo 292 del mismo cuerpo normativo, los cinco supuestos en donde es procedente, y que son, a saber: (b.1) El establecido en el artículo 902 del Código Civil, esto es, cuando se ejerce una acción que pretende el dominio u otro derecho real, el poseedor seguirá gozando de la cosa hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, no obstante lo cual, con la finalidad de evitar el deterioro de la cosa, y de los bienes muebles anexos a él, es posible decretar una intervención judicial, como medida de protección y resguardo al actor. En este caso, a diferencia de los supuestos indicados a raíz del secuestro, la cautela se extiende a bienes inmuebles; (b.2) En el caso de que reclama una herencia ocupada por otro, si hay justo motivo de temor de deterioro de los bienes hereditarios. En este caso, la acción que ejerce el demandante es la de petición de herencia, que de conformidad al artículo 1264 del Código Civil, es

³⁶³ MARIN, Juan Carlos. Ob. Cit. 323-324p.

³⁶⁴ Ver: Artículos 2180 y siguientes del Código Civil)

³⁶⁵ MARIN, Juan Carlos. Ob. Cit. 338p.

aquella que tiene el heredero a quien pertenece la sucesión en contra del que la ocupa bajo esa misma calidad, para que se le adjudique la herencia y se le restituyan los bienes hereditarios. Como es posible advertir, el *pericula* en este punto, es el mismo que el supuesto anterior; (b.3) También procede el nombramiento de interventor, cuando el comunero o socio demanda la cosa común, o cuando pide cuentas al comunero o socio que administra (Artículo 293 N ° 3 del Código de Procedimiento Civil); (b.4) El cuarto presupuesto de aplicación de la medida de que se trata, es uno general, y referido a: “Siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados” Desde un punto de vista normativo, no existe limitación en este supuesto, en cuanto a alguna acción en particular que ha sido ejercida por el demandante, ni tampoco, existe restricción respecto del bien sobre el que recae la intervención (Artículo 293 N ° 4 del Código de Procedimiento Civil), con todo, como veremos posteriormente, esta medida, cede en su aplicación frente a otras medidas que limitan las facultades de disposición del demandado, y que asimismo supone menores costos que la intervención; y (b.5) Por último, procede el nombramiento de interventor, en los demás casos que la ley señale (Artículo 293 N ° 5 del Código de Procedimiento Civil), pudiendo citar al efecto, cuando la ejecución recaiga sobre una empresa o establecimiento mercantil o comercial, de acuerdo al artículo 444 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil³⁶⁶, o bien, en el derecho minero, a propósito del contrato de avío (Artículo 215 del Código de Minería³⁶⁷)³⁶⁸.

³⁶⁶ Artículo 444 incisos 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil: “Si la ejecución recae sobre una empresa o establecimiento mercantil o industrial, o sobre cosa o conjunto de cosas que sean complemento indispensable para su explotación, podrá el juez, atendidas las circunstancias y la cuantía del crédito, ordenar que el embargo sea haga efectivo, o en los bienes designados por el acreedor, o en otros bienes del deudor, o en la totalidad de la industria misma, o en las utilidades que ésta produzca, o en parte de cualquiera de ellas” “Embargada la industria o las utilidades, el depositario que se nombre tendrá las facultades y deberes de interventor judicial; y para ejercer las que correspondan al cargo de depositario, procederá en todo caso con autorización del juez de la causa”

³⁶⁷ Que dispone en su inciso 1º: “El aviador o el minero que no tenga la administración de la partencia podrá visitarla, inspeccionar los trabajos, revisar los libros de contabilidad y sus documentos justificativos

En cualquiera de los supuestos señalados anteriormente, el interventor tendrá las atribuciones del artículo 294 del Código de Procedimiento Civil, y aquellas que dispongan las reglas especiales a que se encuentren sujetas intervenciones específicas.

De conformidad a dicha norma, el interventor se transforma en un veedor e informante del tribunal, acerca de la manera en como el demandado ejerce sus atribuciones de dirección y administración sobre los bienes afectos a la medida cautelar, careciendo aquél de éstas facultades. En caso de cualquier conducta dolosa, el inciso segundo de dicho artículo, faculta para agravar la intervención, o bien, para sustituirla por otra medida más invasora³⁶⁹.

- c. Retención de bienes determinados: Esta medida cautelar, contemplada en los artículos 290 N °3 en relación con el artículo 295 ambos del Código de Procedimiento Civil, constituye una de las medidas cautelares con mayor tradición en el derecho nacional, y que permite embargar cualquier bien mueble que pertenezca al deudor, y que no haya sido declarado inembargable por el legislador. Ahora bien, la retención puede hacerse en poder del demandante, demandado o de un tercero, y pueden recaer sobre los bienes determinados que son materia del juicio, como también, respecto de otros bienes también determinados del demandado. La diferencia es que en el primer caso, el demandante no tendrá que acreditar el específico *pericula in mora* que exige el legislador procesal para el segundo supuesto (“riesgo racional para creer que el demandado procurará ocultar sus bienes”), ni

y hacer las observaciones y reparos que la contabilidad y el sistema de trabajo le sugieran, pudiendo ejercer estas facultades cuando lo crea conveniente por sí o por representante”

³⁶⁸ En legislaciones especiales, el caso paradigmático de intervención, es en materia de quiebra, lo que se regula actualmente en los artículos 206 a 208 del Libro IV del Código de Comercio, a propósito de los convenios.

³⁶⁹ Artículo 294 del Código de Procedimiento Civil: “Las facultades del interventor judicial se limitarán a llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención, pudiendo para el desempeño de este cargo imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado” “Estará, además, el interventor obligado a dar al interesado o al tribunal noticia de toda malversación o abuso que note en la administración de dichos bienes; y podrá en este caso decretarse el depósito y retención de los productos líquidos en un establecimiento de crédito o en poder de la persona que el tribunal designe, sin perjuicio de las otras medidas más rigurosas que el tribunal estime necesario adoptar”

tampoco, la insolvencia general del sujeto pasivo (esto es: “cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía”)

- d. Prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados: Esta medida es actualmente, la cautela de mayor utilización práctica, y permite limitar las facultades de disposición del demandado. Se encuentra regulada en los artículos 290 N ° 4, en relación con los artículos 296 y 297 todos del Código de Procedimiento Civil. Al igual como ocurre con la retención sobre bienes determinados, el legislador procesal diferencia, entre la prohibición de celebrar actos y contratos cuando ella recae sobre el bien objeto del juicio, o sobre otros bienes determinados del demandado. La distinción es relevante, en cuanto en el primer supuesto se releva de prueba al demandante de los mismos presupuestos indicados respecto de la retención (Artículo 296 del Código de Procedimiento Civil).

Ahora bien, con anterioridad a la vigencia del Código de Procedimiento Civil, el legislador civil, reguló como causal de objeto ilícito, la enajenación de las especies cuya propiedad se litiga (Artículo 1464 N ° 4 del Código Civil), por lo que, la simple controversia judicial acerca de un determinado bien, lo transformaba en litigioso, y en consecuencia, cualquier acto de enajenación (transferencia o constitución de derechos reales) sobre él, estaba afecto al vicio de nulidad absoluta derivada de la existencia de un objeto ilícito (Artículo 1682 del Código Civil)³⁷⁰. Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 296 inciso 2 vino a complementar dichas disposiciones, en cuanto, a que se entiende litigioso un objeto materia de un proceso, cuando, el tribunal decreta prohibición a su respecto, de forma que ya no basta la sola controversia acerca de un determinado bien, sino que se requiere un decreto judicial que así lo establezca.

³⁷⁰ Ver: PESCIO V, Victorio. Manual de Derecho Civil. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958. 118-119p; VODANOVIC, Antonio. Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Tomo IV. Santiago, Editorial Nascimento, 1942. 244-245p; y VIAL Del Rio, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico (Quinta Edición). Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. 181p.

El artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, dispone la forma y oportunidad en que una medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos afecta a terceros, distinguiendo entre bienes inmuebles y muebles, de acuerdo a las siguientes reglas: (d.1) En relación a los bienes raíces, la medida cautelar de que se trata produce efectos desde que se inscribe la prohibición en el Registro de Prohibiciones y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo, esto es, de aquél en donde se encuentra ubicado e inscrito el inmueble (Artículo 297 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 31, 32 inciso tercero y 53 inciso tercero del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces de fecha 24 de Junio de 1857, y dictado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 695 de Código Civil); y (d.2) Respecto de los bienes muebles, sólo produce efecto respecto de terceros desde que éstos tengan conocimiento de la prohibición al tiempo del contrato. Obviamente que el demandado siempre será responsable, si ha procedido, a sabiendas, vendiendo o distrayendo el bien en cuestión (Artículo 297 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil)

De esta forma, la transferencia de un inmueble sin prohibición inscrita no se genera objeto ilícito³⁷¹.

Cabe agregar solamente que esta medida procede respecto de bienes del demandado, y no de terceros³⁷².

³⁷¹ En este sentido, la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 29 de Noviembre de 2006, en causa Rol N ° 6031-2004, que señala: “A la fecha de los contratos de compraventas entre las demandadas, cuya nulidad absoluta por ilicitud de objeto se demanda en estos autos, no existía prohibición de enajenar el inmueble sub lite, inscrito en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. En efecto, la prohibición provisoria si bien se inscribió, con posterioridad se anuló todo lo obrado, respecto de dicha precautoria, y ella no fue renovada. En consecuencia, si a la fecha de los contratos de compraventas y de su enajenación o transferencia no existía prohibición judicial válida para ello”

³⁷² Así lo ha resuelto la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de fecha 25 de Noviembre de 2008, causa rol N ° 1391-2008, que señaló: “De acuerdo a lo prescrito por el artículo 296 del Código de Procedimiento Civil, la prohibición de celebrar actos y contratos, podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado. En la especie, lo que se pretende por medio de la acción de autos, es que la demandada cumpla un contrato de concesión suscrito con la demandante, por lo que indudablemente el inmueble sobre el que recae el referido contrato no es materia del presente juicio, como asimismo, no es de propiedad de la Municipalidad demandada el bien sobre el que resulta la enunciada concesión, sino que es

Hemos visto anteriormente, que estas medidas son provisionales, de conformidad al artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, remitiéndonos al efecto, a lo ya tratado.

Por último, en cuanto a la tramitación de estas medidas, ellas en su carácter de accesorias al asunto principal, se tramitan por medio de incidentes que no son de especial y previo pronunciamiento, y por tanto, exigen la formación de un cuaderno separado para su diligenciamiento³⁷³ (Artículo 302 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil).

La solicitud de medidas precautorias, deberá ser puesta en conocimiento de la parte demandada, a menos que se solicite que se decrete sin previa audiencia del sujeto pasivo, cuando existan motivos graves para ello, lo que significa, dar primacía, en presencia de razones cualificadas, al *pericula in mora*, en desmedro del principio de contradicción y bilateralidad de la audiencia. En este último caso, una vez materializada la medida, deberá ser notificada al sujeto pasivo dentro de los cinco días siguientes, plazo que podrá ampliarse por motivos fundados. En cualquiera de los supuestos anteriores, se dará lugar a un incidente, solamente si el sujeto pasivo reclama en contra de la concesión de la medida (Artículo 302 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil³⁷⁴).

§. 3 Deficiencias de la regulación nacional sobre medidas cautelares:

de propiedad de un tercero que, además, no es parte en el presente juicio, por lo que no habiéndose cumplido al efecto los requisitos de procedencia de la medida otorgada, se acogerá la apelación interpuesta en tal sentido”

³⁷³ Artículo 302 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil: “El incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada”

³⁷⁴ Artículo 302 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil: “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 podrá ampliar este plazo por motivos fundados”

A lo largo de la presente tesis, se han ido decantando ciertas ideas acerca de las deficiencias que presenta nuestra actual legislación sobre medidas cautelares. En este acápite, desarrollaremos aquellas objeciones vinculadas con aspectos sustantivos de la regulación nacional sobre la materia, más no, aquellos aspectos propios del procedimiento, ya que la transformación que se pretende a dicho efecto, ha sido expuesta en las secciones § 6.2 a § 6.4 del Capítulo precedente.

Las deficiencias más relevantes que nuestra legislación sobre medidas cautelares posee, son aquellas referidas a:

- a. La omisión en el establecimiento de una regla óptima de responsabilidad.
- b. La excepcionalidad en como se encuentra regulada la caución, y
- c. La inexistencia de un procedimiento especial de liquidación de daños y perjuicios.

En primer lugar, resulta evidente que las medidas cautelares son otorgadas por cuenta y riesgo de quien las solicita, lo que significa que el demandante que formula una solicitud de medidas cautelares, debe hacerse responsable de los perjuicios que de ello puedan derivarse para el sujeto pasivo, así como también, de aquellos detrimentos que puedan sufrir terceros, precisamente, porque como se ha dicho, el otorgamiento de una medida cautelar ocasiona costes sociales que no solamente son soportados por los litigantes, y por lo mismo, cualquier sistema de responsabilidad óptimo, debe considerar como objetivo, el traslado al causante de dichas pérdidas netas de bienestar que no se computan como perjuicios ocasionados exclusivamente al sujeto pasivo.

Sin embargo, la constatación anterior no tiene un correlato en nuestra legislación, toda vez que no existe una regla que consagre dicho principio. Solamente, se contempla,

y de modo excepcional, un supuesto de responsabilidad en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, para un caso de poca aplicación práctica³⁷⁵.

Frente a ello, la doctrina se ha mostrado uniforme en cuanto a señalar que dicha omisión, resulta negativa para el funcionamiento del sistema cautelar chileno³⁷⁶. Y en dicho mismo sentido, el Informe del foro para la reforma procesal civil, se hace cargo de dicho descontento, señalando expresamente, que:

“Asimismo, debe contemplarse que la responsabilidad por errónea concesión de la medida será, en principio, de quien la solicite”³⁷⁷

Una regla de responsabilidad, permite que el demandante considere dicha norma al momento de solicitar una medida cautelar, de forma que tenga pleno conocimiento de que el otorgamiento de una medida cautelar no constituye una petición cuyo coste va a tener que soportar la contraparte, en caso de que en definitiva, se concluya que la medida cautelar fue erróneamente concedida. De otra manera, y ante un escenario en donde los solicitantes no se hacen responsables de sus actuaciones procesales, existirá indudablemente, mayor margen para el abuso del procedimiento, esto es, para comportamientos estratégicos, en donde el costo de la solicitud es soportado por quien no la formula.

³⁷⁵ Así, Alejandro Romero, indica que: “Otra manifestación de la contracautela, pero que surge con posterioridad a cesación de los efectos de la misma, es la eventual responsabilidad civil, que bajo ciertas condiciones puede derivarse de la utilización indebida o abusiva de medidas cautelares. El problema no está resuelto en nuestro ordenamiento de un modo general, salvo la hipótesis del art. 280 CPC aplicable a las medidas prejudiciales precautorias, que presume la mala fe en ciertos casos, y hace responsable al peticionario de los perjuicios causados”. ROMERO Seguel, Alejandro. Ob. Cit. 61p.

³⁷⁶ En este sentido: MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 223p; CORTEZ Matcovich, Gonzalo. Ob. Cit. La configuración (...).102p; ROMERO Seguel, Alejandro. Ob. Cit. 43p; QUEZADA Meléndez, José. Ob. Cit. 71-72p, y CORTEZ Matcovich, Gonzalo. Ob. Cit. Apreciación crítica (...).145p.

³⁷⁷ MATURANA Miquel, Cristian. Ob. Cit. 15p. De hecho, el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, consagra expresamente el principio de responsabilidad en su artículo 177 que dispone: “Las medidas cautelares serán siempre de responsabilidad de quien las solicite”

Asentado el hecho que debe avanzarse hacia el establecimiento de un sistema de responsabilidad, cabe discutir ahora, qué clase de régimen resulta conveniente para estos efectos. Las alternativas, son un sistema de responsabilidad objetivo, y un sistema de responsabilidad subjetivo, esto es, un régimen en donde el solicitante se hace responsable de todos los perjuicios que el demandado sufra a consecuencia del otorgamiento indebido de una medida cautelar, o bien, un régimen en donde el actor sólo se hace responsable de dichos perjuicios, en caso de que haya actuado infringiendo el debido cuidado.

Como antecedente previo, tenemos que en nuestro sistema, a falta de indicación expresa, se considera que el régimen común y subsidiario a cualquier sistema de responsabilidad, es el subjetivo, en base a las reglas de responsabilidad extracontractual de nuestro Código Civil (Artículo 2314 y siguientes)³⁷⁸.

Dicho sistema, es por lo demás defendido por Juan Carlos Marín, cuando señala:

“Es bien sabido que un régimen de responsabilidad objetiva se aplica respecto de quien crea un riesgo especial y obtiene un beneficio de esta situación. Nadie discute que en materia de medidas cautelares si hay un beneficiado éste es el solicitante de la misma. El, podríamos decir, es el único beneficiado del sistema. Pero este sujeto: ¿No debe acaso solicitar esta medida por lo ineficiente del aparato judicial? ¿No están todos de acuerdo en que en un sistema procesal ideal las medidas cautelares no tienen cabida? ¿Es que se va a sostener ahora que el solicitante de una medida cautelar crea un riesgo similar al que producen las compañías aéreas o que obtiene un beneficio similar al que obtienen las empresas

³⁷⁸ En este mismo sentido, Alejandro Romero Seguel, cuando señala: “No obstante lo anterior, es perfectamente posible que se pueda cometer un ilícito en esta materia, que se derive en un perjuicio patrimonial indemnizable, fundada en el abuso del derecho, en el dolo por la presentación de prueba falsa., etc. Por aplicación de las reglas generales, se trataría de una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual por culpa, por carecer nuestro ordenamiento en este punto de una norma sobre responsabilidad estricta u objetiva” ROMERO Seguel, Alejandro. Ob. Cit. 61p.

de transporte? Si hoy en día se acude cada vez más a este tipo de medidas es porque cada día los sistemas judiciales son más ineficientes, incluidos los de los países más desarrollados. ¿Porqué entonces hacer siempre responsable de los perjuicios que se causen con la medida al sujeto activo de la relación? Los motivos por los cuales puede dejarse sin efecto una medida cautelar son muchos y variados y es perfectamente posible que una medida bien concedida haya devenido posteriormente en superflua, ¿por qué habría de responder el actor de los daños producidos en este caso? Creo que sin culpa, sin un juicio de reproche a la conducta del solicitante de la medida no debiera haber responsabilidad en la concesión de una medida cautelar, no al menos de este sujeto. Creo que la doctrina de la culpa es la que mejor encuadra aquí. Hay que tener buenas razones para transferir bienes de un patrimonio a otro (que no otra cosa es indemnizar). El daño que se produce en un patrimonio allí debe quedarse salvo que el solicitante de la medida haya actuado con culpa”³⁷⁹

Por mi parte, manifiesto una posición crítica a dicha opción. Las razones ya las hemos desarrollado precedentemente³⁸⁰. Sin embargo, resulta necesario responder los cuestionamientos que efectúa el profesor Juan Carlos Marín, a un sistema de responsabilidad objetivo, en sede de medidas cautelares.

Es evidente que el solicitante de una medida cautelar crea un riesgo especial, referido a la posibilidad de perjuicios que dicha medida ocasiona en la contraparte y a las pérdidas de bienestar social que una cautela puede acarrear. El problema, es que dicho riesgo es generado unilateralmente, esto es, su concreción depende fundamentalmente de la magnitud de la conducta del demandante, encontrándose el demandado en situación desmedrada frente a dicho riesgo, porque su conducta resulta insuficiente a fin de evitar la materialización del daño, lo que aumenta en supuestos en

³⁷⁹ MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 228-229p.

³⁸⁰ Ver: Acápito §. 6.1 del Capítulo II de esta tesis.

donde la cautela es concedida sin su conocimiento, supuesto que es consagrado en la totalidad de las legislaciones, sobre la base de una sobre valoración del *pericula*. En dicho supuesto, la teoría económica se muestra más proclive a un sistema de responsabilidad objetivo que a uno subjetivo³⁸¹, fundamentalmente porque el primer régimen, permitirá internalizar los perjuicios en quien puede de mejor manera evitarlos, esto es, precisamente quien puede decidir no efectuar la solicitud cautelar. Adicionalmente, ello resulta más idóneo, frente al hecho que, las medidas cautelares son variadas, y por lo tanto, el establecimiento de un estándar de debido cuidado para cada tutela provisional específica, da como resultado una mayor incertidumbre y menos seguridad en futuros litigantes acerca de cómo se valorará judicialmente su solicitud. Ello, puede constituir un fuerte desincentivo de medidas cautelares óptimas, en supuestos de litigantes con fuerte aversión al riesgo, ya que no querrán soportar el riesgo que su solicitud termine en definitiva siendo catalogada como negligente, dada la escasa información y uniformidad acerca del criterio de debido cuidado para cada clase de

³⁸¹ En efecto, existe cierto consenso que en general tanto un sistema de responsabilidad objetivo como uno subjetivo se encuentran en condiciones de inducir la solicitud de una medida cautelar cuando fuese óptimo socialmente (Ver: RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006) 239p, y COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 323-325). Sin embargo, un sistema de responsabilidad objetivo funciona eficientemente cuando estamos en presencia de daños unilaterales, esto es, en donde, la producción del perjuicio depende, fundamentalmente, de la actuación del victimario (que en este caso, es el demandante solicitante de la cautela). A dicho respecto, la actuación de la víctima, termina siendo poco relevante para los perjuicios que *ex ante* la medida cautelar puede producir. Por el contrario, su conducta posterior a la concesión de la medida, puede resultar trascendente respecto de la cuantía de los perjuicios sufridos, lo que se regula por medio del establecimiento de un deber eficiente de mitigación de daños. Por lo mismo, si pretendemos controlar, con el sistema de responsabilidad, la actividad de quien puede producir perjuicios (demandante solicitante), resulta más conveniente un sistema de responsabilidad objetivo, ya que uno por culpa, solo tenderá a la eficiencia, si logra controlar, el Standard de negligencia, como el nivel de actividad, lo que en un marco de información incompleta es difícil y podría aumentar los costos innecesariamente. Lo trascendente es que, si nos preocupamos de controlar el nivel de actividad del victimario, por medio de una regla de responsabilidad objetiva que signifique que cualquier daño que provoque le va a significar asumir el costo de dichos detrimentos, entonces debemos establecer deberes de mitigación de daños para la víctima, que signifiquen una compensación de culpas, de manera de evitar el azar moral que para la víctima puede resultar el hecho de estar segura que todo sus perjuicios serán satisfechos, lo que importa un nulo incentivo a la precaución de los daños que la medida ocasiona (una vez decretada). Debemos indicar, por último, que resulta difícil controlar el nivel de actividad del demandante solicitante, toda vez que la definición de sí se solicita con más o menos cuidado, resulta excesivamente compleja. En este mismo sentido, se pronuncian: SHAVELL, Steven. Foundations of economic análisis of law. Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, 2004. 205p; MITCHELL Polinsky. Ob. Cit. 61-65p; y COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ob. Cit. 389.

medida. En segundo lugar, no resulta correcto sostener que las medidas cautelares no serían necesarias en un sistema procesal ideal. Ello no puede constituir un argumento serio, porque si entendemos como sistema procesal ideal, aquél en donde, el momento del ejercicio de la acción sea simultáneo al momento de la respuesta jurisdiccional definitiva, entonces, simplemente no estaríamos hablando de proceso, dado que dicha imposibilidad es consustancial a todo sistema procesal. El problema, entonces, al momento de responder qué sistema de responsabilidad consagramos, no pasa por desechar la opción de la responsabilidad objetiva, culpando a las ineficiencias y tardanzas del proceso, sino que, pasa por analizar qué sistema de responsabilidad, constituye el incentivo más idóneo para medidas cautelares óptimas. En dicho escenario, hemos demostrado que, el mejor sistema es el de responsabilidad objetiva, ya que induce a la reducción de los costos sociales involucrados, ponderados por las probabilidades de error, de una mejor manera que en un sistema por culpa, el que, frente a diversas medidas óptimas pero con diferentes niveles de costos asociados, no permite, la elección de la mejor alternativa³⁸². En tercer lugar, las aprehensiones manifestadas por Juan Carlos Marín, se desvanecen, si consideramos que unido a un sistema de responsabilidad objetivo, se debe contemplar, como lo hemos propuesto, un deber de mitigación de daños, de forma de evitar el azar moral, que puede existir en el demandado, en cuanto a no adoptar una conducta de reducción de perjuicios, pudiendo hacerlo, sobre la confianza que genera el hecho de que será resarcido completamente de sus perjuicios. Por último, cabe indicar que la razón definitiva dada por el sistema jurisdiccional al demandado, constituye motivo más que suficiente para justificar el traslado de los perjuicios del demandado hacia el demandante pernicioso. En este sentido, es de cargo de la legislación regular especialmente los supuestos en donde se hará procedente un sistema de responsabilidad objetiva, de forma que no siempre, ni en todos los casos, el

³⁸² En efecto, dado que el demandante en un sistema de responsabilidad por negligencia, solamente se hace responsable cuando infringe un deber de cuidado respecto de la solicitud de medidas cautelares, podemos concluir que bastaría para desechar cualquier posibilidad de responsabilidad del peticionario, el hecho de que éste pidiera una medida sub-óptima, en la alternativa de dos opciones óptimas, aún cuando, la otra, redujere de mejor manera los costos sociales totales. De esta forma, la responsabilidad por negligencia, no otorga incentivos para la solicitud de la medida cautelar más óptima, frente a dos posibles tutelas provisionales.

demandante sea considerado responsable por la concesión errónea de una medida cautelar, lo que no obsta, incluso, a la responsabilidad del Estado por error judicial³⁸³.

La segunda deficiencia de nuestro sistema procesal sobre medidas cautelares, lo constituye la no consagración de un sistema de caución obligatorio. Ello va unido ineludiblemente al sistema de responsabilidad, precisamente porque la caución, permite materializar la responsabilidad del demandante, ya que, el activo que la compone estará predestinado a satisfacer aquellos perjuicios no mitigables sufridos por el demandado³⁸⁴. La caución óptima es aquella que se fija y proyecta en un monto mínimamente menor a la evaluación probable de los daños totales que ocasione la medida cautelar, ya que en dicho nivel, como hemos indicado³⁸⁵, no se desincentiva la concesión de medidas óptimas. Por lo mismo, el único parámetro a fin de valorar el monto de la caución, deben ser los perjuicios probables que la medida cautelar pueda producir, pudiendo ser de

³⁸³ En este sentido en el derecho nacional, Alejandro Romero Seguel cuando señala: “Un interesante problema de responsabilidad surge a propósito de si el Estado debe indemnizar por los daños que un funcionario público, como lo es el juez, pudo causar al conceder una medida precautoria. Conforme al artículo 328 del COT no existe duda de que los jueces son personalmente sujetos pasivos de responsabilidad civil. Hasta el momento nada ha resuelto en nuestro derecho sobre la responsabilidad judicial del Estado, salvo la hipótesis del error judicial en materia procesal penal (Artículo 19 N° 7 letra i CPE); sin embargo pensamos que la falta de norma expresa, en ningún caso, puede significar que exista una hipótesis de exención de responsabilidad del Estado, cuando se produzca un daño por una manifiesta incorrección en la concesión de una medida precautoria” ROMERO Seguel, Alejandro. Ob. Cit. 60-61p. En el derecho comparado, y más específicamente en el derecho español, se pronuncian a favor de la responsabilidad del Estado, por error judicial, exigiendo un estándar de responsabilidad mayor que el exigido para el solicitante, los siguientes autores: RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006) 183p; DIEZ-PICAZO y PONCE De León, Luis. Los daños causados como consecuencia de actuaciones judiciales.. En: Estudios de Derecho Privado. Madrid, Civitas, 1980. 95p. La justificación económica para una mayor exigencia de la conducta reprochable, es que los costes del control judicial hacen que el nivel de cuidado óptimo sea menor (todo en el marco de un sistema de responsabilidad por culpa)

³⁸⁴ A pesar de que nuestra legislación no contemple la caución en carácter de obligatoria y general, el objetivo de la misma es completamente pacífico en la doctrina. Así Mario Devau Ojeda, señala: “El objetivo de esta caución procesal es garantizar el pago de las responsabilidades pecuniarias que se originen como consecuencia de la concesión de la medida cautelar” DEVAU Ojeda, Mario. Ob. Cit. 4p. En este mismo sentido, Piero Calamandrei, cuando señala: “La caución que se acompaña a la providencia cautelar, sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte, por la excesiva celeridad en la concesión de la medida cautelar” CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit. 64p.

³⁸⁵ Ver acápite §. 5.2 del Capítulo II de esta tesis.

ayuda, la opinión pericial decretada en el marco de una regulación rápida acerca de dicho medio de evaluación³⁸⁶. En este mismo sentido, Gonzalo Cortes, cuando señala:

“No se establece en el texto prelegislativo parámetros o criterios para fijar la cuantía de la caución, pero entiendo que éste no puede ser otro que una apreciación provisional de los perjuicios previsibles en el patrimonio del sujeto pasivo con la medida, lo que está en directa relación con el contenido y efectos de la medida cautelar”³⁸⁷

³⁸⁶ Una regulación en dicho sentido, requiere: (a) La existencia de peritos especializados en la materia. Sobre este punto es necesario señalar la necesidad que exista información pública y general acerca de los peritos especialistas, lo que no necesariamente pasaría por la existencia de un listado oficial de peritos, como ocurre actualmente en materia procesal civil (artículo 416 del Código de Procedimiento Civil). Lo trascendente es que el perito mismo sea verdaderamente un especialista y además que su informe, sea apropiado en términos de la científicidad de su cometido. La alternativa del nombramiento de la autoridad judicial de ciertos y determinados peritos adscritos a cada Corte de Apelaciones, permite un control judicial de la idoneidad del perito, sin embargo, no controla la calidad de su trabajo, salvo por la posibilidad de no designación en periodos posteriores, aún cuando debemos reconocer la inexistencia de medidas disciplinarias apropiadas para fiscalizar el debido cometido del perito. Por otro lado, dicho sistema de designación central, deja fuera a posibles especialistas en áreas específicas para las cuales no se haya nombrado peritos, o bien, a otros especialistas que por razones de corrupción en las designaciones no hayan podido quedar seleccionados. Frente a ello, se alza la posibilidad de que cada parte designe a sus propios peritos, y el control acerca de la idoneidad del mismo, y de su cometido, recaiga, en el tribunal en cada caso que le competa. En este escenario descentralizado lo trascendente es el control de la calidad de la labor del especialista, existiendo algunos controles que han sido referidos en la sentencia Daubert pronunciada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1993, en donde el juez Blackmun, indicó los requisitos de control de la científicidad de las nociones que pueden ser utilizadas como prueba, a saber: (1) Posibilidad de controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica sobre la que se funda la prueba; (2) Posibilidad de determinar el porcentaje de error relativo a la técnica empleada; (3) Existencia de un control ejercido por otros expertos por medio de la *peer review*; (4) Existencia de consenso en la comunidad científica. Dichos elementos sirven para verificar la validez de las conclusiones periciales como medios de prueba, y constituyen elementos que, en un escenario ideal, deberían estar recogidos por nuestra legislación (Ver: TARUFFO, Michele. La prueba. Cit. 87-95p); (b) La posibilidad de designación de oficio por parte del tribunal; (c) La existencia de un plazo máximo para que ellos evacuen su informe, bajo riesgo de pérdida del cargo; (d) La publicación de sus informes, con el objetivo de lograr uniformidad en los criterios aplicados para la valoración ponderada de los perjuicios, ya que ello permitirá reducir los tiempos futuros en el pronunciamiento de los informes, ya que existirá conocimiento acerca de los valores comprometidos en cada clase de medida cautelar.

³⁸⁷ CORTEZ Matcovich, Gonzalo. Ob. Cit. Apreciación crítica (...).147p. Sin embargo, sobre la base de las dificultades que dicha alternativa puede llevar, señala: “Conciente de que a menudo se trata de una labor dificultosa, se concede al juez la posibilidad de oír a peritos para fijar el importe de dicha garantía. La opción parece plausible, pero sin duda que puede provocar una importante dilación que termine por afectar la efectividad de la tutela cautelar”

En sentido contrario, se pronuncia Juan Carlos Marín, quien agrega otros criterios diversos de la evaluación probabilística de los perjuicios que puede sufrir el demandado, señalando que:

“Pero el juez en este estadio procesal no tiene ningún elemento objetivo para poder evaluar estos hipotéticos perjuicios, más allá de su experiencia y razonabilidad, que si bien son elementos importantes, claramente no son suficientes. De ahí que debemos buscar otros elementos que nos den cierta orientación y no dejar esta materia entregada a la absoluta discrecionalidad del tribunal, del demandante o del demandado. En este sentido, es necesario analizar la importancia relativa de la reclamación que ha motivado la solicitud de la medida, el patrimonio de cada parte e, inclusive, puede ser un elemento a considerar por el tribunal el comportamiento que hayan observado las partes durante la substanciación del proceso”³⁸⁸

Nos parece que la posición de dicho autor, es errada. Incluso, se opone a lo que el mismo autor ha señalado precedentemente cuando ha indicado que la caución constituye una garantía suficiente cuando: “(...) en el momento de hacerla efectiva puede satisfacer íntegramente los perjuicios causados al demandante”³⁸⁹. Si ello es así, entonces, cualquier otro criterio que se considere a los efectos de determinar el monto de la caución, será perturbador para la fijación del bono.

Adicionalmente, Juan Carlos Marín, descarta el criterio de la valoración provisional de los perjuicios, a los efectos de la fijación de la caución, por no constituir, según él, un parámetro objetivamente valorable. Sin embargo, los criterios que propone están afectos al mismo vicio (bajo el sistema actual), e incluso, conllevan un mayor

³⁸⁸ MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 262-263p.

³⁸⁹ MARÍN, Juan Carlos. Ob. Cit. 262p

grado de discrecionalidad judicial, ya que por ejemplo, señala como baremo, la evaluación del comportamiento judicial de las partes.

En suma, si lo que se pretende es armonizar el sistema de responsabilidad con un régimen de caución obligatoria, ambos elementos deben estar relacionados, en cuanto a que la caución debe servir a la finalidad de hacer efectiva la responsabilidad del solicitante, y en dicha efectividad, el monto de la caución debe considerar como único criterio de aquello que la responsabilidad tenderá a lograr, esto es, el traslado de los perjuicios del demandando al demandante. Sin embargo, no debemos olvidar, el hecho de que, la medida cautelar ocasiona perjuicios no solo al sujeto pasivo, sino que a terceros, por lo mismo, y con ese agregado, la caución debe ser fijada en un monto mínimamente inferior a la suma de las variables exógenas a la posición del demandante, y que incluyen, como sabemos:

$$(1-P) Ddo + P (D ter)$$

Por último, la tercera deficiencia de un sistema nacional de tutela provisional, se debe a la inexistencia de un procedimiento especial de liquidación de daños. Ello significa, que frente a la existencia de perjuicios indemnizables, el demandado deberá iniciar un juicio ordinario a fin que se declare la responsabilidad del demandante y el monto de los daños que daba soportar el actor. Dicha posibilidad, constituye un grave desincentivo para el demandado, porque el inicio de un proceso de lato conocimiento, supone una tramitación promedio de 500 días³⁹⁰, frente a los cuales, resulta mejor alternativa, la no reclamación del daño, dada además, la inexistencia de una regla de responsabilidad, y el hecho de que no exista, por regla general, un fondo, donde lograr efectivamente el resarcimiento de los perjuicios. El demandante, por su parte, podría haber distraído todo su patrimonio, de modo que no corre peligro alguno frente a la

³⁹⁰ De acuerdo a los datos obtenidos de: TAVOLARI OLIVEROS, RAUL. El proceso en acción. 1993. 231 y ssp.

acción intentada por el demandado. En consecuencia, el costo de litigar para el sujeto pasivo ganancioso supera su beneficio.

El establecimiento de un régimen de responsabilidad objetivo, constituiría el antecedente necesario para un proceso incidental especial, ya que la discusión y prueba elimina el requisito de la imputabilidad, y adicionalmente, permite reducir los costos terciarios de determinación de perjuicios, toda vez que, existirá menos litigación periférica que en un proceso mas lato.

Se hace necesario, entonces, que el legislador establezca un sistema incidental de cobro de perjuicios³⁹¹, y que se disponga, que la resolución que establezca el alzamiento de las medidas cautelares (ya sea definitiva, cuando resuelve el conflicto sobre el fondo o interlocutoria, cuando por ejemplo, se alza por variación de las circunstancias); determine la condena previa al demandante, quedando solamente por discutir la existencia y monto de los daños. Asimismo, es necesaria una regulación expedita de la prueba pericial, y un plazo máximo para hacer valer el procedimiento de liquidación de perjuicios. Por último, la caución, pasará a encontrarse embargada de pleno derecho, a los fines de satisfacer los perjuicios causados al demandado.

§. 4 El Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil en materia de medidas cautelares:

³⁹¹ En este sentido, Francisco Ramos Romeu, cuando señala criticando la legislación española que: “En cuanto al procedimiento, la LEC 2000 ha vuelto a cometer un error que era conocido y fácil de evitar, al no regular adecuada y detalladamente la forma de hacer efectiva la indemnización por daños, de forma que aún hoy hay que hacer malabarismo para encontrar una salida a un problema sencillo. Hubiera bastado con que la ley permitiera al sujeto pasivo presentar una solicitud para reclamar una indemnización de forma general, y no únicamente la posibilidad de una petición de liquidación de daños en algunos supuestos concretos. Pero no sólo ha resuelto esto de forma insatisfactoria, sino que además ha pretendido canalizar las pretensiones indemnizatorias por la vía de liquidación del art. 712, cauce cuyo objeto legal no es adecuado, y puede plantear problemas para tramitar todos los aspectos que deben tratarse en sede de responsabilidad cautelar” RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit. (2006). 283-284p.

En el ámbito de la justicia civil, existe en nuestro país, un movimiento de reforma que se inició el año 2004³⁹². Efectivamente, dentro de este marco el Ministerio de Justicia del gobierno del ex Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar, estableció como una de sus prioridades el inicio de los estudios destinados a proveer al país de una legislación procesal civil moderna. Para lograr este objetivo se firmó con fecha 1 de octubre del año 2004 un Convenio marco entre el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile durante el segundo semestre del año 2004. El convenio estableció que una Comisión integrada por Profesores del Departamento de Derecho Procesal y abogados asesores del Ministerio de Justicia elaborarían unas “Bases para un nuevo sistema procesal civil en Chile”. Luego, las citadas bases se discutirían en un foro ampliado para su aprobación definitiva.³⁹³

Del trabajo de la Comisión resultó un texto denominado: “Propuesta de bases para redactar un nuevo Código procesal civil para la República de Chile”. Éste se presentó el día 10 de mayo del 2005 al Ministerio de Justicia para su discusión en el llamado “foro para reforma procesal civil” que formó el Ministerio el día 12 de mayo del mismo año³⁹⁴. Al mismo tiempo el Departamento de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, preparó también un documento de bases para la reforma de la Justicia Civil que presentó al Ministerio de Justicia. Así las cosas, el Ministerio encomendó al foro para la reforma procesal civil que discutieran ambos textos y llegaran a unas bases comunes. El Foro en cuestión está compuesto por los profesores Cristián Maturana (U. de Chile); Raúl Núñez (U. de Chile), Juan Agustín Figueroa (U. de Chile),

³⁹² Así por ejemplo en Uruguay el nuevo Código de Procedimiento Civil, que introdujo el juicio mediante audiencia oral, entró parcialmente en vigor en 1989, y empezó a aplicarse plenamente a partir de enero de 1992. Asimismo, en Costa Rica, el nuevo Código de Procedimiento Civil, entró en vigor completamente en mayo de 1990.

³⁹³ La Comisión designada en conjunto por el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile estuvo integrada por los Profesores de Derecho Procesal de esa casa de estudio, Cristián Maturana Miquel (Presidente), Juan Agustín Figueroa Yávar; Raúl Tavorari Oliveros, Raúl Núñez Ojeda, Juan Carlos Marín González, Davor Harasic Yacsic y de los abogados asesores del Ministerio de Justicia señores Rodrigo Zúñiga Carrasco y Rodrigo Romo Labich; actuando como Secretarios de la Comisión los señores Matías Insunza Tagle y Cristóbal Jimeno Chadwick.

³⁹⁴ El texto puede ser consultado en: Revista de Derecho Procesal, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

Raúl Tavolari (U. de Chile), Orlando Poblete, (U. de Los Andes), Alejandro Romero (U. de Los Andes), Jorge Vial (U. Católica), José Pedro Silva (U. Católica), Claudio Díaz (U. Diego Portales), Eduardo Jara (U. Diego Portales), Nancy de la Fuente (U. Diego Portales), Miguel Otero (Instituto Chileno Derecho Procesal y profesor U. de Chile), Juan Colombo (miembro del Tribunal Constitucional y profesor U. de Chile); un representante del Colegio de Abogados de Santiago y dos representantes del Instituto de Estudios Judiciales.

El foro sesionó desde fines de mayo del 2005, a razón de una reunión por semana, hasta noviembre del mismo año con el fin de discutir y aprobar las bases para un nuevo sistema de justicia civil. Finalmente, las bases comunes vieron la luz durante el mes de diciembre del 2005.

Durante los cursos académicos 2007/2008 comenzó la tercera fase del proceso de reforma. Efectivamente, con el borrador del articulado de nuevo Código Procesal Civil, este será nuevamente sometido a la discusión del Foro sobre la reforma procesal civil para su definitiva aprobación. Con este último trámite cumplido, se entregará al gobierno para que éste de inicio a su tramitación ante el Congreso de la República.

Producto de dicha reforma, se encuentra el documento denominado: “Informe de foro para la reforma procesal civil”³⁹⁵, suscrito por don Cristian Maturana Miquel, Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, y fechado el día 19 de Diciembre de 2006, en donde se expresan ciertos lineamientos del anteproyecto en la materia que estamos tratando, a saber:

- El fundamento inicial de las medidas cautelares es la eventualidad de daño jurídico que el demandante puede sufrir a consecuencia del no otorgamiento de una medida cautelar

³⁹⁵ MATURANA Miquel, Cristian. Informe de foro para la reforma procesal civil. 2008. EN: Revista de Derecho Procesal. N° 21. 9-28p.

(“Las medidas cautelares deben dar protección efectiva frente a los diversos peligros de daño jurídico que, en su caso, puedan incluso llegar a afectar el efectivo cumplimiento de la sentencia”³⁹⁶)

- Se considera el control judicial respecto del presupuesto del *fumus boni iuris*, como mecanismo de protección del demandado (*“exigiéndose siempre la concurrencia de la credibilidad de la pretensión hecha valer, para velar con ello con la mantención de la igualdad de las partes en el proceso”³⁹⁷*)

- Se pretende el resguardo de la bilateralidad de la audiencia, en primer lugar, por medio del establecimiento como regla general, del hecho que las medidas cautelares deben ser concedidas previa citación al demandado, así como también, y en segundo lugar, en base a la facultad que se concede al juzgador para limitar temporalmente la vigencia de las medidas cautelares (*“Se concederán en audiencia, la que por regla general deberá citarse al demandado, salvo los casos en que la ley permita actuar dándose aplicación transitoriamente a la unilateralidad de la audiencia. La duración de las medidas podrá limitarse, decidiéndose acerca de su mantención una vez transcurrido el plazo establecido en su concesión”³⁹⁸*)

- Se consagra en protección del demandado, el establecimiento de un sistema de responsabilidad por la errónea concesión de una medida cautelar (*“Asimismo, debe contemplarse que la responsabilidad por la errónea concesión de la medida será, en principio, de quien la solicite”³⁹⁹*)

Los objetivos antes indicados, se han traducido en un articulado que viene a salvaguardar debidamente los intereses de ambas partes del proceso. Asimismo, el articulado se hace cargo de gran parte de las deficiencias que hemos notado en el acápite anterior, por lo que, evidentemente la legislación prelegislativa constituye un avance. Desde un punto de vista sistemático, también constituye una mejora, el hecho de que se

³⁹⁶ MATURANA Miquel, Cristian. Ob. Cit. 14

³⁹⁷ MATURANA Miquel, Cristian. Ob. Cit. 14-15p

³⁹⁸ MATURANA Miquel, Cristian. Ob. Cit. 15p

³⁹⁹ MATURANA Miquel, Cristian. Ob. Cit. 15p

haya contemplado la regulación de las medidas cautelares en el Libro I relativo a las Disposiciones Generales. Ahora bien, la regulación sobre medidas cautelares que posee el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, fundamentalmente la podemos resumir, en lo que aquí interesa, en las siguientes observaciones:

- a. En primer lugar, el artículo 174 inciso final del anteproyecto, que trata del ámbito de aplicación de las medidas cautelares, indica que ellas sólo proceden a petición de parte demandante o demandante reconvenional, negando la posibilidad de concederse de oficio por el tribunal (sistema acusatorio), pero permitiendo al tribunal otorgar una medida diversa de la requerida por el actor, si es que se resguarda de igual modo la pretensión de éste, y es menos gravosa y perjudicial para el demandado. Este artículo resulta acorde con lo expresado en el acápite § 6.4 del Capítulo anterior, en cuanto a que la solicitud de medidas cautelares por parte del demandante, no tiene porqué constituir la medida más óptima en términos de eficiencia, bastando simplemente que las variables de daño esperado del demandante sean mayores que aquellas que se incluyen en el daño esperado del demandado. Sin embargo, entre diversas medidas óptimas, la eficiencia impone la preferencia por la más óptima de todas, esto es, por aquella que reduzca de mejor manera los costes sociales involucrados en el otorgamiento de la cautela. Ello puede llevar a la concesión de una medida cautelar que involucre un mayor daño esperado para el demandante de no concederse la medida, pero que disminuya sustancialmente el costo esperado del error para el demandado y para los terceros, de forma de generar menores costes totales para el sistema. Esta posibilidad sería inalcanzable, en la medida que la disposición sobre la suerte de la medida cautelar específica recayese exclusivamente en el demandante, porque en tal supuesto, no necesariamente optaría por la medida cautelar más óptima, al no tener incentivos en tal sentido. Sin embargo, con la reforma propuesta ello es medianamente posible, ya que el juez puede introducir modificaciones en la medida propuesta, teniendo como límite la aplicación de un

criterio superior de Pareto⁴⁰⁰, en cuanto, el tribunal puede preferir aquella medida que no perjudicando al demandante, si genere mayores beneficios al demandado, toda vez que, impondrá a éste, una cautela menos gravosa que en el estado anterior. O sea, la reforma prelegislativa, limita el principio dispositivo, en un sentido débil, en cuanto permitir al tribunal modificar la medida cautelar propuesta por aquella que considere la onerosidad que la cautela produce en el demandado, de forma que si existe una medida alternativa menos onerosa para aquél sujeto, debe optar por ella. No obstante, lo anterior, el objetivo buscado, si bien, es cierto, resulta plausible, no lo es completamente, toda vez que, como vimos en el acápite § 7.4 del Capítulo anterior, no estamos en presencia de una limitación fuerte al principio dispositivo, entendiendo por ella, aquella que otorga al juez facultades para modificar la cautela solicitada por otra que sin un respeto absoluto por la pretensión del demandante, y por tanto, de la eficacia cuantitativa y cualitativa subyacente, permita elegir aquella medida que reduzca los costes sociales de la mayor forma posible, esto es, permita elegir aquella cautela que sea la que genere los menores costos asociados, aún cuando perjudique los daños cubiertos para el demandante y la efectividad de la proporcionalidad de su tutela.

- b. En segundo lugar, el artículo 176 del anteproyecto, trata sobre la proporcionalidad, e indica que: “Las medidas que trata este título se limitarán a los bienes necesarios para responder a las resultas del proceso. El tribunal al conceder una medida cautelar tendrá siempre presente la gravedad y extensión que para el demandado presenta la medida decretada”. En otras palabras, consagra en forma manifiesta y expresa, la exigencia de tomar en cuenta los daños irreparables que la medida provocará en el demandado. Esta reforma, era completamente necesaria, porque hemos visto precedentemente en este capítulo, que la sola consideración del principio de proporcionalidad entendido como

⁴⁰⁰ Siendo el estado anterior, sobre el cual se valora el cambio de escenario, aquella medida cautelar propuesta por el demandante.

limitación a la cautela en cuanto a que su extensión no supere el resultado del juicio, constituía una defensa y protección débil al demandado, que no permitía la consideración judicial acerca del interés y derechos del sujeto pasivo, lo que, en el anteproyecto es salvado de manera explícita y correcta.

- c. En tercer término, el artículo 177 del anteproyecto, subsana la omisión existente en nuestra legislación referente al principio de la responsabilidad, contemplándolo como una disposición general, e indicando: “Las medidas cautelares serán siempre de responsabilidad de quien las solicite”. Al no especificar sobre si se sigue un sistema de responsabilidad objetivo o por culpa, entendemos que se optó por continuar el sistema vigente, que descansa en una responsabilidad por culpa, que es la regla general en nuestro derecho. Además, un sistema de responsabilidad objetivo, como se ha indicado requiere en estos casos, la indicación de los supuestos en los cuales sería procedente, lo que no existe en el anteproyecto. En este caso, se valora que el Anteproyecto incluya expresamente éste principio en materia cautelar, en cuanto a que las medidas provisionales son de cuenta y riesgo del solicitante. Sin embargo, no se avanza en el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetivo, que es aquél que permite de mejor manera internalizar los costos de la medida, así como propender a un comportamiento eficiente de los litigantes. En este mismo sentido, se extraña el establecimiento de un procedimiento incidental de liquidación de perjuicios, de manera de hacer efectivo el traslado al demandante de los costes que impone la cautela, en aquellos supuestos en donde deba responder. Esta crítica también es expresada por Gonzalo Cortez, cuando señala: “Respecto del régimen de responsabilidad, en general, faltan unas normas sustantivas reguladoras de la responsabilidad, en función de las especialidades de la medida cautelar, y por cierto, un régimen procedimental adecuado para obtener la declaración de responsabilidad y su cumplimiento”⁴⁰¹

⁴⁰¹ CORTEZ Matcovich, Gonzalo. *Apreciación (...)*. Ob. Cit. 148p.

- d. En cuarto lugar, se indican los presupuestos generales de las medidas cautelares, a partir del artículo 182 del anteproyecto, consagrándose los elementos del *fumus* (Artículo 182 del anteproyecto⁴⁰²); y del *periculum* (Artículo 183 del anteproyecto⁴⁰³).

En relación con el presupuesto del *fumus*, es importante recalcar que la legislación proyectada recoge las ideas que hemos señalado anteriormente como expresivas de dicho concepto, esto es, como un punto intermedio entre la certeza requerida para la resolución de un asunto, y la mera afirmación del hecho cuya pretensión se ejerce⁴⁰⁴. En lo que se refiere a la manera de materializar dicho presupuesto, tenemos que la legislación contenida en el Anteproyecto, exige la concurrencia de: “*antecedentes*”, lo que nuevamente, es demostrativo del propósito de la legislación anterior, en cuanto a no reducir a un medio de prueba determinado, la acreditación del presupuesto que se estudia. Por último, en el Anteproyecto, no existe norma alguna que permite la concesión de una medida cautelar en casos graves y urgentes (como ocurre con el actual artículo 299 del Código de Procedimiento Civil), mientras se reúnen los comprobantes demostrativos del *fumus*, lo que limita las posibilidades de acción del demandante, en cuanto a salvaguardar sus intereses en presencia de un daño inminente e irreparable. Una manera de salvar dicha omisión, sería establecer un supuesto similar al artículo citado, haciendo responsable objetivamente al solicitante que no acompañe los antecedentes requeridos dentro del plazo legal establecido, utilizando la misma técnica legislativa del actual artículo 280 del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, en relación con el presupuesto del *pericula in mora*, se ha celebrado por la doctrina que se establezca un supuesto general de peligro de daño jurídico

⁴⁰² Artículo 182 del Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil: “Para ordenar las medidas de que trata este título deberá el solicitante acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil *prima facie* la existencia del derecho que fundamente su pretensión hecha valer en el proceso”

⁴⁰³ Artículo 183 del Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil: “Deberá el solicitante acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil *prima facie* el peligro de daño jurídico que para su pretensión entraña el que no se conceda de inmediato la medida solicitada”

⁴⁰⁴ En este sentido: CORTEZ Matcovich, Gonzalo. *Apreciación (...)*. Ob. Cit. 141p.

para el demandante de no concederse la medida, lo que permitiría la uniformidad en la aplicación del criterio⁴⁰⁵. Por otro lado, la exigencia de inmediatez en la producción del daño jurídico, ha sido criticado por Gonzalo Cortez, toda vez que, según dicho autor: “Ello supone que situaciones de peligro en que la tutela no se requiere de inmediato, carecerían de protección cautelar conforme al articulado del Anteproyecto”⁴⁰⁶, con todo, creo que la crítica no me parece correcta, aunque tampoco me parece aceptable la definición del *pericula* en el Anteproyecto, ya que el mismo, en términos de eficiencia, se traduce en el riesgo cierto inminente o no de que el demandante verá afectado su posibilidad de ejecución futura, en caso de no adoptarse la medida. Lo trascendente es la posibilidad del daño jurídico señalado, multiplicado por la probabilidad de que dicho daño ocurra, por lo mismo, la consideración temporal, en esta medida resulta irrelevante, como también, no resulta aceptable la crítica formulada por Cortez, en la medida que dicha opinión, no vaya unida a la consideración probabilística de la ocurrencia del daño. Por último, creo que se ha incurrido en una omisión imperdonable, en cuanto a que no se dispone un medio técnico idóneo para la valoración cuantitativa del *fumus* y del *pericula*, como sí ocurre con el presupuesto de la caución. En otras palabras, sería conveniente que la posibilidad de oír a peritos, se extendiera a cada uno de los presupuestos de las medidas cautelares, ya que personas con conocimientos especializados pueden servir de mucha ayuda a la determinación probabilística del daño esperado para el demandado, como del daño esperado para el demandante, de acuerdo a lo analizado en el acápite § 7.4 del capítulo anterior.

- e. Con todo, lo más trascendente de la propuesta prelegislativa, es la consagración de la cautela obligatoria, lo que se hace realidad en el artículo 184, que dispone “La parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen. La

⁴⁰⁵ CORTEZ Matcovich, Gonzalo. *Apreciación (...)*. Ob. Cit. 144p.

⁴⁰⁶ CORTEZ Matcovich, Gonzalo. *Apreciación (...)*. Ob. Cit. 145p.

contraparte podrá obtener el alzamiento de la medida, otorgando contracautela suficiente para responder de los resultados del proceso. No podrá otorgarse una contracautela cuando el bien afecto a la medida fuera precisamente el objeto del proceso judicial. La caución y contracautela ofrecida sólo podrán ser en dinero efectivo o mediante una garantía real. Para fijar el importe de la garantía el tribunal podrá oír el parecer de un perito”. El tránsito de un sistema en donde la cautela era excepcional a uno en donde resulta ser la regla general, es satisfactorio. Ya se han indicado las ventajas del establecimiento de un sistema de caución, sin embargo, la inexistencia de reglas claras tendientes a una rápida liquidación de daños y perjuicios puede atentar contra la utilidad y beneficios de este sistema de mitigación de daños, porque es posible que los recursos con que se materializa la garantía cautelar, pierdan utilidad, si es que se encuentran depositados sin generar ganancias durante un largo tiempo, lo que puede terminar desincentivando la solicitud de medidas cautelares óptimas. Por otro lado, me parece correcto sujetar la caución a los daños y perjuicios que pudieran derivarse para el demandante, ya que dicha regulación, deja en claro, los parámetros sobre los cuales, debe fijarse el monto del bono cautelar.⁴⁰⁷ El resto de la regulación del Anteproyecto sobre cautelas y contra-cautelas se enmarca dentro de parámetros de eficiencia.

Todas las observaciones anteriores, nos permiten concluir que el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, contiene una regulación que mejora sustancialmente la regulación sobre medidas cautelares que actualmente se contempla en el Código de Procedimiento Civil, salvando gran parte de sus omisiones, así como reemplazando las deficiencias detectadas. Incluso, dicho avance, se ha logrado en términos de eficiencia,

⁴⁰⁷ Por su parte, Gonzalo Cortez, señala que no existirían criterios para la determinación de la caución, lo que no comparto en razón de lo señalado expresamente por la norma del artículo 184 del Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, su opinión sobre el punto es la siguiente: “No se establecen en el texto prelegislativo parámetros o criterios para fijar la cuantía de la caución, pero entiendo que éste no puede ser otro que una apreciación provisional de los perjuicios previsibles en el patrimonio del sujeto pasivo con la medida, lo que está en directa relación con el contenido y efectos de la medida cautelar” CORTEZ Matcovich, Gonzalo. *Apreciación (...)*. Ob. Cit. 147p.

de acuerdo a lo que se ha estudiado en el Capítulo anterior, introduciendo un conjunto de reglas provenientes de la tradición del análisis económico del derecho, aunque, las fuentes de dicha reforma, no se encuentra especialmente en el *law and economics*, lo que permite valorar con mayor intensidad dicha propuesta, y permite entender cómo paradigmas y sistemas jurídicos diversos, resultan coincidentes en algunos ámbitos, como lo es, en materia de medidas cautelares.

§. 5 Adecuación de la normativa nacional existente y proyectada sobre medidas cautelares a nuestra propuesta de Análisis Económico del Derecho sobre la materia.

En el capítulo anterior hemos concluido con una propuesta de análisis económico del derecho sobre medidas cautelares, del siguiente tenor, a saber:

“Para poder adoptar una medida cautelar, el juez debe analizar si la medida propuesta evita mayores daños esperados que aquellos que la medida ocasiona. Al respecto, las probabilidades del demandante de obtener un resultado favorable multiplicado por el daño esperado que la medida ocasionará en caso de no concederse la medida cautelar deben superar las probabilidades de que el demandado obtenga un resultado favorable, multiplicado por los costos totales esperados que la medida cautelar ocasiona. Se consideran costos totales, no sólo el daño esperado que la medida produce en el demandado, sino que también toda otra pérdida de bienestar social que no afecte a dicha parte, y que vaya asociada a la medida”

“Estas medidas no podrán ser decretadas de oficio por el tribunal, pero éste, excepcionalmente, podrá conceder una medida diversa de la requerida por el actor si con ello se reducen los costos totales involucrados en la concesión de la medida”

“Al momento de conceder una medida cautelar, el juez debe fijar una fianza a ser rendida por el solicitante, la que debe ascender a una cuantía minimamente inferior a los costos totales esperados que se producirán al otorgarse la medida cautelar”

“El solicitante de una medida cautelar se hará responsable de las costas que se originen, en caso de que sea declarado responsable del otorgamiento de la tutela provisional”

“El solicitante de una medida cautelar incorrectamente otorgada, se hará responsable objetivamente de los perjuicios que ocasione la tutela provisional, debiendo el juez, al momento de fijar la cuantía de los daños a indemnizar, determinar si resultaba procedente, de acuerdo al caso concreto, exigir un deber de prevención al demandado a efectos de reducir la magnitud de los perjuicios sufridos. Si al efecto, dicho deber era exigible, deberá el juez, fijar la cuantía de la prevención, a efectos de reducir dicho monto de la indemnización que le corresponda al demandado, en caso de que no la haya adoptado”

Es posible apreciar del análisis de dicha propuesta, que ella expresa muchas diferencias respecto de los presupuestos que nuestra legislación contempla a efectos de decretar una medida cautelar.

La única posibilidad de contacto, la podemos apreciar en que se refiere al daño esperado que el demandante puede sufrir de no concederse la medida cautelar. Dichas variables:

P x D te

Se correlacionan con el presupuesto del *fumus* y del *pericula*. En efecto, la probabilidad de que el demandante obtenga un resultado favorable encuentra su correlato en el presupuesto del *fumus boni iuris*, que como hemos tenido la posibilidad

de advertir, exige un juicio de verosimilitud del derecho que se reclama⁴⁰⁸. Al igual como ocurre con la variable (P) de la propuesta indicada, lo que se afirma es la existencia de la verosimilitud, de manera que ante una probabilidad igual a cero ($P = 0$), no concurriría el presupuesto de dicha variable, ni tampoco, existiría manera de acreditar el *fumus*, en la legislación nacional sobre medidas cautelares.

De la misma manera, la variable (D te), denota el daño que el demandante sufriría en caso de no concederse la medida cautelar, que vinculado con la variable (P), da cuenta de la probabilidad de riesgo de dicho daño. Lo anterior, importa una variable similar al objetivo del *pericula*, en sus variadas manifestaciones en nuestra legislación, que se puede conceptualizar como riesgo de infructuosidad, concretizado por ejemplo, como el de evitar el deterioro de la cosa (Artículo 902 del Código Civil, en relación con el artículo 293 N ° 1 del Código de Procedimiento Civil), o el de evitar el ocultamiento del bien (Artículo 295 del Código de Procedimiento Civil); o bien, como riesgo de insolvencia, que se materializa, en la insuficiencia patrimonial del demandado para asegurar el resultado del juicio (Artículos 295 y 296 del Código de Procedimiento Civil)

Con todo, la propuesta que se efectúa, salvaguarda de mejor manera el riesgo de insolvencia, al exigir en todos los casos, la rendición de una caución.

Respecto de esto último, la propuesta de *lege ferenda* realizada, viene a solucionar las omisiones y deficiencias detectadas en la legislación actual, en lo referente al establecimiento de un régimen de responsabilidad, en lo relativo a la exigencia de un sistema de caución obligatorio, y en cuanto a una regulación de costas que tienda a la eficiencia.

Los dos primeros aspectos, son tratados de manera más o menos satisfactoria por el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, ya que, si bien establece como regla

⁴⁰⁸ ROMERO Seguel, Alejandro. Ob. Cit. 43p.

que las medidas cautelares se solicitan y decretan por cuenta y riesgo de quien las solicita, no consagra un sistema de responsabilidad objetivo, que es aquél que satisface de mejor manera las exigencias de eficiencias y el control de la magnitud de conducta del sujeto activo.

En donde se encuentra mayor distancia entre la legislación actual y la propuesta formulada en esta tesis, es en relación a las variables que se refieren a los perjuicios esperados que ocasiona la medida cautelar. Al respecto, estos perjuicios, han sido denotados como:

$$(1-P) Ddo + P (D ter)$$

Ellos incluyen, tanto la probabilidad de daños que la tutela cautelar ocasiona en el demandado, como la probabilidad de perjuicios a terceros que dicho otorgamiento produce. Ninguno de dichos elementos, forman parte de los presupuestos que el juzgador debe considerar, en el sistema cautelar actual, a los efectos de decretar una medida precautoria o prejudicial precautoria. Hemos indicado que derivar del principio de proporcionalidad, y del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, una solución a dicha deficiencia, no constituye una salida satisfactoria, porque, dicha norma no está pensada en términos de defensa del demandado, sino como regla de proporcionalidad a fin de satisfacer la efectividad cualitativa del interés del actor.

Nuevamente, y a dicho respecto, la legislación proyectada contenida en el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, logra una mejora en relación al estado actual de la cuestión cautelar, al establecer en su artículo 176, titulado: “Proporcionalidad”, que:

“(…) El tribunal al conceder una medida cautelar tendrá siempre presente la gravedad y extensión que para el demandado representa la medida decretada (…)”

Con ello, se satisface en algún sentido la variable:

$$P(D_{te}) > (1-P) D_{do} + H(D_{ter})$$

Ya que se contempla como presupuesto normativo el daño esperado que la medida ocasionará al demandado (D_{do}). Sin embargo, nada indica acerca de la ponderación probabilística de dicho perjuicio

$$(1-p) \times D_{do}$$

Ni tampoco, de la probabilidad de perjuicios a terceros:

$$H(D_{ter})$$

Esto último, es perjudicial, porque afecta la manera en como entendemos la cuantificación del monto de la caución, en cuanto a que la misma, debe ser minimamente inferior al posible producto obtenido del total de los daños que la medida ocasione, incluyendo en ello, no sólo los perjuicios producidos al demandado, sino que también a terceros.

Por otro lado, la legislación actual sobre medidas cautelares, pretende de manera intuitiva la protección del demandante, en cuanto a satisfacer niveles de eficacia cuantitativa y cualitativa. Ello es intuitivo, porque, obviamente que la legislación busca que las medidas cautelares eviten perjuicios que puede sufrir el actor (*pericula*), así como, que tengan cierta correlación con el objetivo que se quiere resguardar

(proporcionalidad), sin embargo, dicha regulación normativa no persigue el paso previo a dicha eficacia, en cuanto a que la medida sea óptima, ya que no valora ni pondera los costos esperados del error para ambas partes del proceso, precisamente porque, no considera la posición del demandado. Por lo mismo, si no es posible concluir en la existencia de una medida óptima (aquella que trata de compatibilizar la reducción de los costos asociados a la medida cautelar), se cae asimismo, todo objetivo de eficiencia cuantitativa o cualitativa, porque, no podemos pretender lograr dichos fines, si no sabemos que los daños que estamos evitando, superan los costos que producimos con la medida, o bien, que los beneficios de la efectividad de la medida, supera los costes del otorgamiento de la misma.

Ello trata de ser solucionado con el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, al incluir una ponderación parcial de los costos esperados del error para ambas partes. Sin embargo, la no consideración del elemento probabilístico del daño para el demandado, así como la omisión, respecto de los perjuicios esperados para terceros, impiden la obtención de un análisis completo sobre la eficiencia de la medida. Con todo, dicha propuesta prelegislativa, avanza en la reducción de los costos totales asociados a la medida, permitiendo una limitación débil al principio dispositivo en lo referente a la adopción de cierta medida cautelar específica, en cuanto faculta al tribunal para modificar la propuesta de tutela provisional del demandante, por aquella que reduzca de mejor manera los costes esperados para el demandado. Sin embargo, si bien, dicha regulación permite una situación superior en términos de Pareto, no logra alcanzar la máxima reducción de costes posibles, y por tanto, la máxima situación de beneficio social, ya que, no permite optar por aquella alternativa de medida cautelar, que reduzca de mayor manera los costes sociales totales, sobre la base de una consideración preeminente de la onerosidad cuantitativa involucrada en la materia, como sí lo hace la propuesta de *lege ferenda* formulada anteriormente, y que concretiza, el interés del demandado, con la finalidad de resguardar su esfera de derechos, de manera acorde con las exigencias del debido proceso, obteniendo así, desde el análisis económico, una

respuesta satisfactoria a la paradoja de garantías que se ha descrito a lo largo de esta tesis.

Por último, creo necesario mantener de la legislación actual, los principios de instrumentalidad y de provisionalidad de las medidas cautelares, haciendo presente que la posibilidad de contra-cautela, debe existir, a menos que la tutela cautelar tenga como objeto el bien específico materia del juicio

**CAPÍTULO IV: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO
DE QUIEBRAS. UNA MIRADA DESDE EL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO**

§ 1. Planteamiento del problema

En los capítulos anteriores hemos desarrollado una propuesta propia sobre el problema de las medidas cautelares, en sede civil. Sin embargo, la propuesta señalada, no resulta aplicable a todo proceso civil, ya que, existen procedimientos con ciertas particularidades, que podrían determinar una suerte distinta para lo planteado en esta tesis. Uno de aquellos procedimientos, lo constituye el juicio de quiebras (regulado en el Libro IV del Código de Comercio), que presenta una serie de diferencias con el proceso civil general, contenido en el Código de Procedimiento Civil, y que de acuerdo a cierta doctrina⁴⁰⁹, presenta ciertos efectos de naturaleza bifrontal, esto es, con carácter sustancial y adjetivos a la vez.

La hipótesis sobre la cual se trabaja, en este capítulo, es que dada las especificidades del proceso de quiebra, en cuanto a su naturaleza tutelar de los créditos verificados, lo que se refleja en una serie de instrumentos de protección a favor de los acreedores, se hace innecesario, costoso y tiende a la ineficiencia del sistema, el establecimiento de medidas cautelares, que son propias de ejecuciones de carácter individual, basadas en el principio *prior in tempore, potior iure*, y no en la *par conditio creditorum*, que inspira a las quiebras.

Es por lo mismo que en este capítulo, se pretende abordar la cuestión acerca de la procedencia de las medidas cautelares en el proceso de quiebras. Para ello, se comenzará con un análisis de la naturaleza jurídica de la sentencia que declara la quiebra (§. 2), para

⁴⁰⁹ De acuerdo a lo que se dirá, sostienen esta tesis, entre otros, Carlos Concha, Rafael Gómez y Gonzalo Eyzaguirre.

luego continuar con los efectos que dimanar de ella, estudiando allí, la procedencia en nuestro sistema de las medidas cautelares en la quiebra, para luego analizar sucintamente ciertas experiencias comparadas, fundamentalmente la argentina, española y alemana (§ 3). Como el sustrato de la presente tesis, lo encontramos en el análisis económico del derecho, veremos qué aporte puede introducir dicha perspectiva al problema que se desarrolla en este capítulo (§ 4), lo que nos servirá, en conexión, con aquello que podamos extraer de las secciones anteriores, para formular una propuesta de *lege ferenda* en esta materia (§.5).

§ 2 La naturaleza jurídica de la Quiebra como procedimiento concursal

El artículo 1 del Libro IV del Código de Comercio⁴¹⁰ (En adelante, indistintamente: la Ley de Quiebras), establece, en su inciso primero, el ámbito de aplicación de la normativa concursal tratada en dicho Libro⁴¹¹, definiendo, en su inciso segundo un específico procedimiento concursal, cual es, la quiebra. Al respecto, esta última norma indica:

“El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley”

Se ha discutido doctrinariamente, cuál es la naturaleza jurídica de la quiebra⁴¹². Al respecto, las tres tesis más aceptadas son aquellas que entienden que la quiebra es una

⁴¹⁰ El Art. único inciso segundo de la Ley N° 20.080, publicada el 24 de Noviembre de 2005 en el Diario Oficial, ordenó incorporar la Ley N° 18.175 y sus modificaciones al Código de Comercio, sin señalar la secuencia numérica correspondiente en el presente Código. Excluyó de ésta incorporación, el título II, el que se mantiene en la ley 18175 como Ley Orgánica de la Superintendencia de Quiebras.

⁴¹¹ Al respecto señala que los procedimientos concursales regulados en el Libro IV del Código de Comercio, son: La quiebra; los convenios, y las cesiones de bienes.

⁴¹² Un resumen de las distintas posiciones sobre este problema, se puede encontrar en: PUGA Vial, Juan Esteban. Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras. Santiago, Editorial Jurídico, 2004. Tomo I. 3ª Edición. 155-171p.

institución de derecho sustancial⁴¹³, otros sostienen que la quiebra es propia del derecho procesal⁴¹⁴, y por último, hay quienes sostienen que la quiebra tiene una naturaleza bifrontal, esto es, participa de características sustanciales y procesales a la vez.

Es opinión de este autor, que la quiebra tiene una naturaleza jurídica eminentemente adjetiva o procesal. Para ello, no basta simplemente con analizar la norma del artículo 1 inciso 2 de la Ley de Quiebras, sino que, es necesario señalar antecedentes adicionales en apoyo de dicha conclusión.

En efecto, los fundamentos más importantes en apoyo del carácter sustancial de la quiebra (que a *contrario sensu*, constituyen, asimismo, los fundamentos de oposición a la tesis adjetiva), son aquellos que señalan: (a) Que existe un: “estado de quiebra”, que sea independiente del proceso de quiebras regulado en la Ley; y (b) Que existe una serie de regulaciones contenidas en la Ley de Quiebras, que tienen naturaleza propiamente sustantiva, como lo es, lo referente a la prelación de crédito, a las acciones paulianas concursales, etc.

Según Carlos Concha Gutiérrez (quien sostiene, en nuestro país, la teoría del carácter bifrontal de la regulación de quiebras)⁴¹⁵, lo que él denomina: “instituto de

⁴¹³ En nuestro país, Álvaro Puelma Accorsi, sin desarrollar mayormente la cuestión planteada, opta por la tesis de la naturaleza sustancial de la quiebra, que razones metodológicas, aún cuando, entiende que, dicha institución se encuentra conformada por reglas derivadas de múltiples disciplinas. Así señala que: “El derecho concursal o de Quiebras comprende normas sustantivas, procesales y penales. Por razones tradicionales, el Derecho de Quiebras se estudia en Derecho Comercial, no obstante ser una disciplina de Derecho Común. Sin embargo, es de toda conveniencia mantener las quiebras dentro del Derecho Comercial, para poder estudiarlas y enseñarlas en forma unitaria y armónica” PUELMA Accorsi, Álvaro. Curso de Derecho de Quiebras. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983. 8p.

⁴¹⁴ En derecho comparado: GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956. 933p, y GARRIGES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Bogotá, T. V. Editorial Temis, 1987. 6p. En nuestro país, además de Juan Esteba Puga Vial, de acuerdo a lo que luego se dirá, se pronuncia el profesor Gabriel Palma Rogers, que define la quiebra, como: “(...) un procedimiento general que importa la ejecución colectiva de todos los bienes del deudor por parte de todos su acreedores, es un procedimiento doblemente universal; tanto en cuanto a los bienes que se ejecutan, como en cuanto al número de ejecutantes” PALMA Rogers, Gabriel. Legislación de Quiebras. Santiago, Editorial Universitaria, Santiago, 1959. 29p. En este mismo orden de ideas: JARA León, Oscar. La sentencia de Quiebra. Editorial Jurídica Aremi, 2009. 36-38p.

quiebras”, tiene antecedentes pretéritos en la sentencia que declara la quiebra (sus presupuestos procesales y materiales), sin los cuales, no puede hablarse propiamente de un estado de quiebras⁴¹⁶. Por lo mismo, la tesis procesal, que hace depender la quiebra, de un pronunciamiento jurisdiccional (sentencia que declara la quiebra) en el marco de un determinado proceso, no da una respuesta completa al problema de la naturaleza jurídica del procedimiento concursal que estamos estudiando, porque no considera, aquellos antecedentes que lo originan y que forman parte de él, y sin los cuales, no existiría quiebra propiamente tal.

Sin embargo, lo que en esencia constituye la quiebra, se deriva de aquél estado que surge de la sentencia que la declara (Artículo 52 de la Ley de Quiebras), ya que con anterioridad a la misma, no se da ninguno de los particulares efectos que de ella dimanen, los que precisamente, sólo surgen, con su pronunciamiento⁴¹⁷, sin necesidad de notificación alguna, lo que constituye una excepción calificada al artículo 38 del Código de Procedimiento Civil⁴¹⁸.

Sostener, como lo hace Carlos Concha, que es posible sustentar la existencia de un estado de quiebras, con anterioridad a la sentencia que lo declara, en razón de la conexión ineludible entre dicha sentencia y sus presupuestos de naturaleza sustancial, significaría propugnar la idea que, verificados ciertos supuestos definidos legalmente por el legislador como presupuestos de la quiebra, debería existir, sí o sí, un

⁴¹⁵ En este mismo sentido, Rafael Gómez Balmaceda y Gonzalo Eyzaguirre Smart, cuando señalan: “Un tercer criterio considera la quiebra como un instituto bifrontal, y se explica por los caracteres que la quiebra reviste ante el derecho, sea procesal, por tratarse de un juicio, sea de índole sustantiva, como son las normas relacionadas especialmente con los efectos que ella produce y que el legislador regula para que se cumplan los fines en que se fundamenta” “Es ineludible que en la calificación jurídica de la quiebra confluyen ambas condiciones, atendidas las normas que la regulan” GÓMEZ Balmaceda, Rafael, y EYZAGUIRRE Smart, Gonzalo. El derecho de Quiebras. Santiago, Editorial Jurídica, 2009. 47p

⁴¹⁶ CONCHA Gutiérrez, Carlos. El Proceso de Quiebras. Editorial López Vivanco, 1971. 10-52p.

⁴¹⁷ Así el artículo 64 inciso 1 de la Ley de Quiebras, a propósito del desasimiento, dispone: “Pronunciada la declaración de quiebra, el fallido queda inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, salvo aquellos que sean inembargables”

⁴¹⁸ En virtud de cual, las resoluciones judiciales sólo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos legalmente exceptuados

pronunciamiento judicial que declare la existencia de dicho proceso concursal. Sin embargo, ello no es así, ya que, no existe dicha conexión ineludible.

En otras palabras, sin sentencia que declare la quiebra, no existe quiebra ni estado de quiebra, aún cuando, se den sus presupuestos sustanciales, porque incluso, en dicho supuesto, la quiebra, no constituye el único proceso posible de utilización por parte del acreedor. En consecuencia, ningún estado de cosas de déficit patrimonial, cesación de pago, o insolvencia, conduce necesariamente a un estado de quiebras, sin que exista una homologación jurisdiccional de sus presupuestos, ya que incluso, existiendo cesación de pago, (lo que constituye la causal material más importante para solicitar la declaración de quiebras, de acuerdo al artículo 43 N ° 1 de la Ley de Quiebras), es probable que el acreedor, opte por otro procedimiento alternativo a la quiebra, como lo es, un juicio ejecutivo individual.

Ello es así, porque existen razones económicas, que pueden incentivar la utilización del juicio ejecutivo individual, frente a un proceso de quiebras. Por ejemplo, el artículo 44 inciso 2, exige como requisito de procesabilidad del escrito en donde se solicita la declaración de quiebra, que el acreedor acompañe vale vista o boleta bancaria a la orden del tribunal por una suma equivalente a las cien unidades tributarias mensuales. El fundamento de dicha consignación previa, es el de subvenir a los gastos que el proceso de quiebra genera de manera necesaria, y desde un punto de vista económico, dicha exigencia legal, constituye una forma de impedir la sobre-utilización del proceso de quiebras, ya que por su intermedio, se establece un filtro a ciertas reclamaciones que sin dicha exigencia, optarían por el procedimiento concursal que estamos estudiando, de esta forma, el legislador encarece la alternativa concursal, frente a la ejecución individual.

Entonces, no hay presupuestos previos que inequívocamente conlleven una declaración de quiebra, aun cuando, en la práctica, dichos presupuestos concurren. Así,

habría que replicar a Carlos Concha, que el instituto de quiebras, o el estado de quiebras, sólo surge con la sentencia que lo declara, lo que supone una resolución judicial, en el marco de un proceso de cognición breve, y una decisión previa del acreedor en cuanto a ejercer su derecho, por medio de la acción concursal de quiebras, lo que, con todo, escapa a cualquier análisis tendiente a catalogar lo sustancial o adjetivo de la institución que estamos estudiando.

Cabe agregar, que, la teoría que sostiene el carácter sustancial de la quiebra, fue sustentada fundamentalmente por autores que examinaron el problema en comentario⁴¹⁹, cuando aún no existía, o no estaba claramente establecida, la separación entre el derecho sustancial y la acción tendiente a su cumplimiento o declaración (distinción que permitió escindir el derecho procesal del derecho civil)⁴²⁰. Ayudaba a dicha conclusión, el hecho que la quiebra había estado vinculada históricamente a los comerciantes⁴²¹, lo que permitía sustentar la vinculación con el derecho mercantil.

En razón de las consideraciones expuestas podemos definir a la quiebra, como aquél procedimiento universal⁴²² extraordinario de realización de activos que comprende

⁴¹⁹ En este sentido: PARDESSUS. I. M. Cours de Droit Commercial. T. V. 5^a Edition. Neve, Libraire de la Cour Cassation, 1941, y RENOARD. Traité des Faillites et Banqueroutes. 3e Edition. Guillaumin Editeurs, 1957. ambos citados por PUGA Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. 158-159p.

⁴²⁰ En este sentido, Juan Esteban Puga Vial, cuando señala: “Asimismo, de la noción de derecho procesal, como adjetivo del derecho sustantivo, se extrajo, por otra vía, que la quiebra era un instituto mercantil” “Pues bien, hoy, con la autonomía conceptual de que goza el derecho procesal, el carácter procesal de la quiebra resulta manifiesto (...)” PUGA Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. 170p.

⁴²¹ Así por ejemplo, durante la colonia, rigió en nuestro país el capítulo 17 de las Ordenanzas de Bilbao, y el Libro XI de la Novísima Recopilación que establecieron un sistema de quiebra de aplicación exclusiva a los comerciantes.

⁴²² El carácter de universal de la quiebra, ha sido definido como ejecución colectiva, que en los términos de Satta, significan: “La quiebra es una ejecución colectiva, que tiende a la satisfacción de todos los acreedores, y de todos en igual medida, con todo el patrimonio del deudor. Para realizar este fin el deudor es sustituido en la administración y en la disponibilidad de tal patrimonio por el curador, que provee a obtener los medios para la satisfacción de los acreedores. La consecuencia inmediata, o mejor aún, la manifestación misma de este carácter de la quiebra, es la transformación de los poderes procesales de los acreedores, los cuales, no pueden, sin contradicción, perseguir al deudor con acciones individuales dirigidas a la tutela de su interés” SATTA, Salvatores. Instituciones del Derecho de Quiebras. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. 196p.

todos los bienes y obligaciones del fallido, salvo los expresamente excluidos por ley, regido como regla general por la *pars conditio creditorum*.

Constituye un procedimiento extraordinario, aunque resulte una obviedad, por contraposición al procedimiento ordinario, de acuerdo a la clasificación que emana del artículo 2 del Código de Procedimiento Civil⁴²³.

La característica de universalidad del procedimiento, se refiere al hecho que ante un mismo juez, se deben ventilar todos los conflictos que afectan el patrimonio concursal desasido, de manera que de la determinación del pasivo y de la realización y disposición del activo, se pretende lograr el fin de satisfacer el interés de los acreedores. Lo anterior, permite unir en un todo indivisible la situación patrimonial del fallido, con las exigencias de recuperación crediticia de los acreedores⁴²⁴.

Ahora bien, dicho procedimiento se encuentra inspirado en un principio fundamental en materia concursal, y que es la *pars conditio creditorum*, o también denominado principio de igualdad de los acreedores, que de acuerdo a Álvaro Puelma, significa que:

“Los legítimos intereses comunes a todos los acreedores, en caso de cesación de pagos, consisten en que todos los créditos sean pagados en igual forma, proporción y plazo, salvo las preferencias legales, evitando que se favorezca a algún acreedor en perjuicio de la masa de ellos”⁴²⁵

Por medio de ella, se cautela y protege por igual a todos los créditos que concurren al reparto del producto de la realización del activo, siguiendo la regla del

⁴²³ Dicha norma señala: “Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza”

⁴²⁴ Aspecto con reconocimiento positivo en el artículo 1 de la Ley de Quiebras.

⁴²⁵ PUELMA Accorsi, Álvaro. Ob. Cit. 13p.

artículo 2469 del Código Civil, que dispone su aplicación⁴²⁶. Este principio, extiende sus efectos y se manifiesta a propósito de cada uno de los efectos de la sentencia que declara la quiebra.⁴²⁷

La igualdad referida es replicable respecto de los créditos valistas, esto es, de aquellos que no gozan de ningún privilegio o preferencia legal. Su trascendencia es que sirve de pauta hermenéutica para descifrar el sentido y alcance de los pasajes oscuros y contradictorios de la Ley de Quiebras, los cuales pueden interpretarse de acuerdo a su formulación, todo de conformidad al artículo 24 del Código Civil.

Ahora bien, el principio de la *pars conditio*, tiende al resguardo de los acreedores en el marco de la cesación de pagos de su deudor. Desde dicha perspectiva, su formulación y contenido, en cuanto a su naturaleza jurídica, resulta propiamente de derecho privado. Sin embargo, desde un punto de vista sistemático, y considerando el conjunto de nuestra legislación de quiebras, el principio que se estudia opera como una verdadera limitación legal a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad del deudor, y de ciertos terceros⁴²⁸, desde dicha perspectiva, el resguardo que se pretende con su consagración, busca asegurar el correcto funcionamiento del mercado, y por tanto, su protección excede al puro interés individual, de hecho, diversos supuestos de tipos penales de quiebras fraudulenta o culpable, se estructuran como casos de infracción

⁴²⁶ GÓMEZ Balmaceda, Rafael, y EYZAGUIRRE Smart, Gonzalo. Ob. Cit. 25p

⁴²⁷ En este mismo sentido, Rafael Gómez y Gonzalo Eyzaguirre, cuando señalan: “Diversas normas de la Ley de Quiebras se fundan en este principio, a cuyo respecto destacan, entre otras, las relativas a la suspensión del derecho de los acreedores de ejecutar individualmente al fallido; la exigibilidad anticipada de los créditos a plazo; la prohibición de pagar a cualquier acreedor en perjuicio de los demás; la inhibición que tiene el deudor de disponer de los bienes comprendidos en el desasimio; el ejercicio de las acciones de inoponibilidad o de reintegro de los bienes del patrimonio que, no obstante poder ejercerse individualmente por el acreedor, sus resultados benefician a toda la masa; la fijación con carácter de irrevocable de los derechos de todos los acreedores al tiempo de la declaración de quiebra” GÓMEZ Balmaceda, Rafael, y EYZAGUIRRE Smart, Gonzalo. Ob. Cit. 27p.

⁴²⁸ Por ejemplo, ver el artículo 221 de la Ley de Quiebras, respecto de la participación de terceros como cómplice de delitos concursales.

a la *pars condictio*⁴²⁹. En conclusión, no podemos, sino sostener que el principio que se estudia, forma parte del orden público económico⁴³⁰.

Por otro lado, de conformidad al análisis económico del derecho, el principio de la *pars condictio creditorum*, también tiene un fundamento en la eficiencia, toda vez que, por medio de su concreción normativa, se impide la liquidación asistemática, parcial e inconexa del patrimonio del fallido, que existiría en caso que, dada la insolvencia del deudor, se permitiera la ejecución individual de los acreedores, sin hacerlos concurrir a un proceso unitario y universal como es la quiebra. En este sentido, Richard Posner, cuando señala:

“En tal mundo (en donde no exista ley de quiebras con un principio de igualdad), cada acreedor tendría incentivos para ser el primero en obtener un fallo judicial contra el quebrado, y la carrera tenderá a privar a la compañía de sus activos con mucha rapidez para maximizar el valor de tales activos” “En otras palabras, cuando un deudor no puede afrontar todas las reclamaciones de sus acreedores, cada acreedor tendrá incentivos a fin de buscar muy rápidamente (desde el punto de vista de la maximización del valor de los activos del deudor) el pago de su crédito y a fin de pagar muy lentamente los gastos necesarios para la maximización de ese valor”⁴³¹

⁴²⁹ Así, por ejemplo, el artículo 219 N ° 1 de la Ley de Quiebras, dispone que es causal de quiebra fraudulenta el pago hecho por el deudor a algún acreedor luego de la cesación de pagos, en perjuicio de los demás acreedores, esto es, en perjuicio de la masa pasiva de la quiebra. Dicho delito significa romper con la regla de igualdad de trato a los acreedores en un periodo en donde el deudor ya sabía que con su activo no tenía posibilidad de satisfacer a la totalidad de sus acreedores, por lo que cualquier beneficio a uno de ellos (por medio del pago), significa una violación a la *pars condictio*. Lo mismo ocurre, con la causal de quiebra culpable contenida en el artículo 220 N ° 6 de la Ley de Quiebras, que dispone la anticipación convencional de la exigibilidad de una deuda, en el periodo sospecho.

⁴³⁰ En el mismo sentido: PUGA Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. 45-46p.

⁴³¹ POSNER, Richard. Ob. Cit. 380-381p. En este mismo sentido, y recalcando el hecho que el desasimiento produce una coordinación en la actuación ejecutiva de los acreedores que impide la destrucción irracional y parcial del activo del deudor, se pronuncia: WOHLSCHEGEL, Ansgar. The Economics of Corporate Bankruptcy Law. 2002. Disponible en: archiv.ub.uni-heidelberg.de/savifadok/volltexte/.../Diss_Wohlschlegel.pdf. 9p

Lo anterior, resulta correcto, porque en dicho proceso, de acuerdo a lo que se dirá, la realización del activo, se rige por parámetros económicos, en cuanto a que los intervinientes pueden instar, vía acuerdos o objeciones, a una liquidación o disposición del patrimonio concursado que satisfaga de mejor manera los intereses de los acreedores. Adicionalmente, el órgano administrador constituye un agente técnico que tiene incentivos para lograr la mayor recuperación posible de créditos⁴³², por lo que optará racionalmente por aquella forma de realización que genere menores costos de oportunidad.

En dicha lógica, y dados ciertos supuestos acerca de la naturaleza del comercio o industria del fallido, puede resultar más conveniente para la tasa de recuperación, optar por la enajenación como unidad económica, que la venta parcial de los activos del fallido. Ambos mecanismos generan beneficios y costos⁴³³, los que deben ser valorados para adoptar la decisión más eficiente en términos de Kaldor-Hicks.

§ 3 La sentencia que declara la quiebra y sus efectos.

Considerando lo indicado en el acápite anterior, debemos señalar que el estado de quiebras, sólo nace cuando existe una resolución judicial que la declara. A este respecto es necesario estudiar dos cuestiones relacionadas. En primer lugar, es necesario dilucidar desde cuando surge el estado de quiebra, lo que se verá en el acápite § 3.1, para luego, estudiar los efectos que produce la sentencia que declara la quiebra, que se desarrollará en el acápite § 3.2. Ahora bien, como este capítulo, trata sobre la procedencia de las

⁴³² Así, las normas sobre el pago de los honorarios del síndico, establecen que el monto de dichos emolumentos es proporcional al monto de los repartos que se efectúen en la quiebra (Artículo 34 de la Ley de Quiebras)

⁴³³ Por ejemplo, una unidad económica determinada puede generar mayor valor por medio de su venta como unidad económica, en caso que producida dicha forma de enajenación se obtiene un mayor valor total que aquél que es posible obtener de la venta parcializada de los componentes de dicha unidad. Con todo, la primera medida supone una serie de costos de transacción (acuerdos de junta de acreedores y gastos asociados) lo que pueden significar encarecer el mecanismo, reduciendo el retorno esperado de su ejecución.

medidas cautelares en el proceso de quiebras, se reservará la sección § 3.3 para abordar la situación de las medidas cautelares en relación con el proceso de quiebras, analizándose a dicho efecto una jurisprudencia contraria a los postulados de esta tesis. La última sección, tratará sobre la procedencia de las medidas cautelares en el sistema nacional (§ 3.3.1), para luego abordar la cuestión en el derecho comparado (§ 3.3.2)

§ 3.1 ¿Desde cuando surge el estado de quiebras?

Ya nos hemos adscritos como partidarios de la tesis procesal en lo que se refiere a la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la quiebra, señalando que ella constituye un procedimiento universal de realización de activos. Asimismo, hemos indicado que el estado de quiebras, nace con la sentencia que la declara (artículo 52 de la Ley de Quiebras).

Sin embargo, previo a la dictación de dicha resolución existe un procedimiento de cognición concentrado regido por el principio inquisitivo. En efecto, cuando la solicitud de quiebra, es efectuada por un acreedor, de acuerdo a alguna (s) de las causales que establece el artículo 43 de la Ley de Quiebras, el juez, de conformidad al artículo 45 de la misma normativa, deberá pronunciarse a la brevedad posible, con audiencia al deudor, debiendo cerciorarse, por todos los medios posibles, de la efectividad de las causales invocadas.

Lo trascendente es que la audiencia al deudor, constituye un trámite meramente informativo, que no da origen a incidente alguno, y en donde, éste sólo puede consignar los fondos suficientes para el pago de los créditos que hubieren servido de base a la solicitud de la quiebra⁴³⁴ (Artículo 45 inciso 2 de la Ley de Quiebras). El

⁴³⁴ Cabe indicar que en la legislación actual, el deudor puede evitar la declaración de la quiebra, consignando los fondos suficientes para el pago de los créditos y costas involucrados en la solicitud de falencia, lo que eliminó el contrasentido establecido en la Ley N° 4.558 (anterior a la Ley N° 18.175); en cuanto se permitía que el fallido alzaría una quiebra, una vez declarada, por medio de dicha consignación,

establecimiento de este trámite de audiencia al deudor, constituye una exigencia propia del debido proceso (Artículo 19 N ° 3 inciso 5 de la Constitución Política de la República), que no dispone de un plazo legal, sino que su duración queda entregada al criterio del juez. En dicha oportunidad, el deudor deberá expresar lo que estime pertinente respecto de la solicitud de quiebra, no pudiendo entorpecer la tramitación con ninguna clase de cuestión accesoria, toda vez que la norma indicada, lo prohíbe expresamente.

Una vez, cumplido los trámites anteriores, el juez verificará si concurren o no los presupuestos establecidos en la solicitud de quiebra, debiendo declarar si el resultado de dicho examen, es positivo. En este supuesto, dictará una resolución, que el artículo 52 de la Ley de Quiebras, otorga la calidad de sentencia definitiva⁴³⁵. Dicha resolución, constituye, en el marco del proceso de cognición concentrado e inquisitivo que se ha señalado someramente, un primer grado de pronunciamiento jurisdiccional sobre los hechos y el derecho planteados en el conflicto acerca de la procedencia de la declaración de quiebra, que adquirirá el carácter de firme, cuando haya transcurrido el plazo de diez días hábiles que la ley establece para interponer el recurso especial de reposición (Artículo 57 de la Ley de Quiebras), contados desde la publicación de la sentencia de quiebras en el Diario Oficial (Artículo 54 de la Ley de Quiebras), o bien cuando habiendo sido interpuesto, se haya fallado, y no existan otros recursos que deducir.

El segundo grado de conocimiento jurisdiccional en cuanto a los hechos y al derecho, se encuentra radicado en la Corte de Apelaciones al cual pertenezca adscrito el tribunal de primera instancia⁴³⁶, la que conocerá de la controversia por intermedio del

lo que resultaba un absurdo, toda vez que, como veremos, el fallido, por la sola declaración de quiebra, queda privado de la administración de sus bienes.

⁴³⁵ Recordemos que de acuerdo al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias definitivas son aquellas que ponen fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

⁴³⁶ En este sentido el juez de primera instancia, de conformidad al artículo 133 del Código Orgánico de Tribunales, y artículo 4 de la Ley de Quiebras, es el siguiente: (a) Si estamos en presencia de una persona jurídica, será competente, de acuerdo al artículo 142 del Código Orgánico de Tribunales, el tribunal del

recurso de apelación, que pudiera ser interpuesto en contra de dos resoluciones, a saber: (a) En contra de la resolución que negó lugar a la declaración de quiebra (artículo 59 de la Ley de Quiebras), o bien (b) En contra de la resolución que se pronunció sobre el recurso especial de reposición interpuesto en contra de la sentencia que declara la quiebra del deudor.

Con la sola dictación de la sentencia que declara la quiebra, surge el estado de quiebra, y operan sus efectos. Ello resulta evidente si analizamos una serie de normas dadas por el legislador de quiebras, a propósito de las consecuencias que se derivan de su pronunciamiento. Así, por ejemplo, el artículo 64 inciso 1 de la Ley de Quiebras, establece que: “Pronunciada la declaración de quiebra (...)”, el fallido queda inhibido: “de pleno derecho” de la administración de todos sus bienes presentes. Ello se ve reiterado, en el inciso 3 de dicha norma, al señalar que la administración de que es privado el fallido: “pasa de derecho al síndico”. Ello es así, porque como veremos, la dictación de la sentencia que declara la quiebra, designa al síndico provisorio (Artículo 52 N ° 2 de la Ley de Quiebras), por lo que el desasimiento produce sus efectos al momento que se resuelva la declaración de quiebra, sin que sea necesaria notificación alguna. En razón a lo anterior, el artículo 55 de la Ley de Quiebras, dispone que inmediatamente de pronunciada la sentencia que declara la quiebra, el secretario del tribunal cuidará que se notifique, a la brevedad posible, al órgano de administración. Dicha notificación, resulta trascendente a los efectos de la oportuna y correspondiente instalación del síndico, pero no, a los efectos de hacer depender de la mencionada notificación, las consecuencias del desasimiento.

lugar donde funciona el establecimiento u oficina que atiende la marcha de sus actividades; (b) En caso que el deudor fuese una sociedad, habrá que estarse al domicilio que se hubiere indicado en sus estatutos. Respecto de las sociedades anónimas, y en el supuesto que sus estatutos nada indiquen en lo relacionado con el domicilio, la sociedad se entenderá domiciliada en el lugar en que se hubiere otorgado la escritura social (Artículo 5-A de la Ley N ° 18.046); (c) Si el deudor es persona natural, debemos aplicar el artículo 62 del Código Civil, que dispone que su domicilio estará ubicado en el lugar donde está su asiento o bien, donde ejerce habitualmente su profesión u oficio.

En este mismo, sentido, el artículo 66 de la Ley de Quiebras, dispone que la fijación irrevocable de los derechos de todos los acreedores, se efectúa al día del: “pronunciamiento (de la sentencia que declara la quiebra)”. Desde dicha misma oportunidad (“en virtud de la declaración de quiebra”) quedan vencidas y exigibles, respecto del fallido, todas sus deudas pasivas (Artículo 67 de la Ley de Quiebras), debiendo ser actualizadas, desde dicho momento, de conformidad lo dispone el artículo 68 de la Ley de Quiebras.

Asimismo, la sola dictación de la quiebra, impide toda compensación que no hubiere operado con anterioridad (artículo 69 de la Ley de Quiebras).

Por otro lado, y en relación con los efectos procesales de la sentencia que se estudia: “La declaración de quiebra suspende el derecho de los acreedores para ejecutar individualmente al fallido” (Artículo 69 de la Ley de Quiebras).

No deja lugar a duda posible, el hecho que la sanción de inoponibilidad que trata el artículo 72 de la Ley de Quiebra, afecta a todos los actos y contratos que el fallido ejecute o celebre:

“(…) después de dictada la sentencia que declara la quiebra, con relación a los bienes de la masa, aun cuando no se hayan practicado las inscripciones en los registros respectivos del Conservador de Bienes Raíces”

La regla anterior viene a constituir una norma de clausura, respecto de la regla acerca de los efectos inmediatos, puros y simples de la sentencia que declara la quiebra, los que no se sujetan a ninguna formalidad adicional.

Dicha sentencia tiene ciertas particularidades en cuanto a su contenido obligatorio, lo que viene señalado en el artículo 52 de la Ley de Quiebras⁴³⁷. Es importante indicar que la resolución que declara la quiebra, tiene por primer objeto la calificación del deudor como un fallido que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, esto es, resuelve la aplicación de la quiebra al sujeto pasivo al que se destina dicha regulación, que como podemos ver, resulta más comprensivo que la simple remisión al comerciante. En segundo lugar, dicha sentencia cumple una finalidad tendiente a preordenar el procedimiento concursal de quiebras, al designar al órgano de administración provisorio (Artículo 52 N ° 2 de la Ley de Quiebras), al fijar el plazo de verificación de los créditos (artículo 52 N ° 6 de la Ley de Quiebras), y al ordenar la acumulación necesaria de los juicios que existieran en contra del fallido (Artículo 52 N ° 4 de la Ley de Quiebras). Por último, cumple una función informativa y preventiva, en cuanto a advertir a los deudores o proveedores del fallido que no paguen ni entreguen

⁴³⁷ Artículo 52 de la Ley de Quiebras: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia definitiva que declare la quiebra contendrá, además: 1.- La determinación de si el deudor está o no comprendido en el artículo 41°. En este caso se estará a la actividad que el deudor ejercía a la fecha en que contrajo la obligación; 2.- La designación de un síndico provisional titular y de uno suplente y la orden de que el síndico se incaute de todos los bienes del fallido, sus libros y documentos, bajo inventario y de que se le preste, para este objeto, el auxilio de la fuerza pública por el jefe más inmediato, con la exhibición de la copia autorizada de la declaratoria de quiebra; 3.- La orden de que las oficinas de correos y telégrafos entreguen al síndico la correspondencia y despachos telegráficos cuyo destinatario sea el fallido, para los efectos de lo preceptuado en el número 5 del artículo 27°; 4.- La orden de acumular al juicio de quiebra todos los juicios contra el fallido que estuvieren pendientes ante otros tribunales de cualquier jurisdicción y que puedan afectar sus bienes, salvo las excepciones legales; 5.- La advertencia al público de que no debe pagar ni entregar mercaderías al fallido, so pena de nulidad de los pagos y entregas; y la orden a las personas que tengan bienes o papeles pertenecientes al fallido, para que los pongan, dentro de tercero día, a disposición del síndico, bajo pena de ser tenidos por encubridores o cómplices de la quiebra; 6.- La orden de hacer saber a todos los acreedores residentes en el territorio de la República que tienen el plazo de treinta días contado desde la fecha de la publicación de la sentencia, para que se presenten con los documentos justificativos de sus créditos bajo el apercibimiento de que les afectarán los resultados del juicio sin nueva citación; 7.- La orden de notificar, por carta aérea certificada, la quiebra a los acreedores que se hallen fuera de la República y mandarles que dentro del plazo establecido en el número anterior, aumentado con el de emplazamiento correspondiente que se expresará en cada carta, comparezcan al juicio con los documentos justificativos de sus créditos, bajo el apercibimiento indicado en el número precedente; 8.- La orden de inscribir la declaración de quiebra en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces del departamento en que se hubiere declarado la quiebra y también en el de los Conservadores correspondientes a cada uno de los inmuebles pertenecientes al fallido, y 9.- La indicación precisa del lugar, día y hora en que se celebrará la primera junta de acreedores”

mercaderías a éste, so pena de nulidad de dichos actos (Artículo 52 N ° 5 de la Ley de Quiebras), así como también, al ordenar inscribir la declaración de quiebra en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces del departamento en que se hubiere declarado la quiebra y también en el de los Conservadores correspondientes a cada uno de los inmuebles pertenecientes al fallido (Artículo 52 N ° 8 de la Ley de Quiebras).

Para concluir esta sección, basta señalar que de acuerdo al artículo 54 de la Ley de Quiebras, en relación con la norma del artículo 6 de la misma ley, la sentencia que declara la quiebra, se publica por medio de un aviso en el Diario Oficial, lo que tiene finalidades propiamente procesales, en cuanto establecer la oportunidad a partir de la cual comenzará a correr el plazo para deducir el recurso especial de reposición (Artículo 57 de la Ley de Quiebras), o bien, para que los acreedores verifiquen sus créditos (Artículo 52 N ° 6 de la Ley de Quiebras)

§ 3.2 Los efectos que produce la sentencia que declara la quiebra

La forma como los distintos autores, han estudiado los efectos que produce la quiebra, ha sido diferente. Algunos, estudian dichos efectos, sin ensayar una clasificación⁴³⁸. Otros, distinguen, entre efectos sobre la persona del deudor fallido, sobre los bienes del fallido, y sobre los actos y contratos pendientes⁴³⁹. Por último, hay quienes, estudian los efectos, como una etapa del procedimiento de quiebra, específicamente, la que corresponde a la fase de aseguramiento de la etapa ejecutiva propiamente tal del juicio de quiebras⁴⁴⁰. Con todo, y de acuerdo a nuestra regulación, resulta evidente la existencia de efectos que extienden sus consecuencias a lo futuro, y otros efectos que producen consecuencias de forma retroactiva, siendo posible encuadrar

⁴³⁸ GÓMEZ Balmaceda, Rafael, y EYZAGUIRRE Smart, Gonzalo. Ob. Cit. 205-246p.

⁴³⁹ PUELMA Accorsi, Álvaro. Ob. Cit. 88-108p.

⁴⁴⁰ PUGA Vial, Juan Esteban. Ob. Cit (Tomo II). 433-551p.

dentro de este último supuesto las acciones que trata el párrafo 2 del Título VI de la Ley de Quiebras⁴⁴¹, lo que no será objeto de estudio en esta tesis⁴⁴².

Más allá de dicha sistematización, que excede los fines de este capítulo, podemos indicar que los efectos que produce la sentencia que declara la quiebra, son los siguientes:

- El desasimio (Artículo 64 y 65 de la Ley de Quiebras)
- La fijación irrevocable de los derechos de todos los acreedores en el estado que tenían el día del pronunciamiento de la sentencia que declara la quiebra (Artículo 66 de la Ley de Quiebras)
- La exigibilidad anticipada de las deudas del fallido por medio de la caducidad legal del plazo (Artículos 67 y 68 ambos de la Ley de Quiebras)
- La prohibición de toda compensación que no hubiere operado con anterioridad a la declaración de la quiebra (Artículo 69 de la Ley de Quiebras)
- La acumulación necesaria de los juicios pendientes en contra del fallido (Artículo 70 de la Ley de Quiebras)
- La suspensión del derecho de los acreedores para ejecutar individualmente al fallido (Artículo 71 de la Ley de Quiebras)
- La inoponibilidad de los actos y contratos que el fallido ejecute o celebre después de dictada la sentencia que declara la quiebra, con relación a los bienes de la masa (Artículo 72 de la Ley de Quiebras)

De los mencionados efectos, no nos detendremos, por superar los fines de este capítulo, en la exigibilidad anticipada de las deudas, y en la prohibición de la

⁴⁴¹ Artículos 74 a 79 de la Ley de Quiebras, y adicionalmente las reglas establecidas en el párrafo 3 ° del Título VI de la Ley de Quiebras, artículos 80 a 86 de la misma Ley, que dispone reglas legales comunes a los dos párrafos anteriores.

⁴⁴² Para tener un acercamiento a dicha materia, ver: SANDOVAL López, Ricardo. Ob. Cit. 488-522p; PUELMA Accorsi, Álvaro. Ob. Cit. 109-142p

compensación que no hubiera operado con anterioridad a la declaración de quiebra, haciendo presente que en lo sucesivo, solamente, se hará mención breve, y a propósito de otros efectos, a la fijación irrevocable de los derechos de los acreedores, y a la acumulación de autos concursal.

En primer lugar, el desasimio, viene a significar que todos los bienes presentes del fallido se sujetan a los fines de la realización del activo de la quiebra⁴⁴³. Para que se cumpla dicho objetivo, el fallido pierde la administración de sus bienes, quedando radicadas dichas atribuciones en el síndico de quiebras⁴⁴⁴. El fallido en razón del desasimio pierde el control de la totalidad de su patrimonio embargable desde el instante mismo de la declaración de quiebra, y por lo tanto, dichos efectos operan con anterioridad a la fecha que se produce la incautación y la facción de inventario de los bienes sujetos a la quiebra, actividades que debe ejecutar el síndico, y que sirven a los efectos de concretizar la determinación del activo, pero que en ningún caso limitan los efectos del desasimio, ya que éste extiende sus consecuencias, a bienes pertenecientes del fallido y que incluso, no han sido incautados. En este sentido, el carácter de universal del juicio de quiebras, se manifiesta en toda su extensión.

Juan Puga Vial, define el desasimio de la siguiente manera:

⁴⁴³ Es importante aclarar, con todo que cuando nos referimos a bienes presentes, dejamos de lado aquellos bienes que tienen el carácter de inembargables, de conformidad al artículo 445 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, el desasimio comprende los bienes futuros que el fallido adquiera a título gratuito (Artículo 65 inciso 1 de la Ley de Quiebras), sin perjuicio, de los derechos de los acreedores hereditarios y del respeto a las cargas con que hayan sido transmitidos. En relación a los bienes futuros adquiridos a título oneroso, ellos no ingresan a la masa, sino que solamente dichos activos, pueden ser objeto de intervención por parte del síndico, y en dicho marco, los acreedores, sólo tendrán derecho a los beneficios líquidos que de ellos se obtenga, descontando el derecho de alimentos a favor del fallido (Artículo 65 inciso 2 de la Ley de Quiebras)

⁴⁴⁴ Osvaldo Contreras Strauch define el desasimio señalando que: "(...) es la privación de los derechos del fallido a administrar sus bienes, administración que, pronunciada la declaratoria de quiebra, pasa de pleno derecho al síndico, quien deberá ejercerla con arreglo a la ley" CONTRERAS Strauch, Osvaldo. *Insolvencia y Quiebra*. Santiago, Editorial Jurídica, 2010. 142p. Agrega el autor que: "El desasimio significa, en lo meramente material, la pérdida por parte del fallido de la tenencia material de sus bienes embargables, y desde el punto de vista legal, la pérdida del derecho a administrarlos" CONTRERAS Strauch, Osvaldo. *Ob. Cit.* 143p.

“(…) Es un embargo universal que comprende todo el patrimonio del deudor, todo el conjunto de bienes de que es titular que sean embargables. Por su intermedio dichos bienes se tornan indisponibles fuera del concurso y se sujetan a los fines de realización y pago con su producto a los acreedores o partes del juicio. La diferencia que opone al embargo singular al desasimiento es más de grado que de naturaleza, pues ambas participan de una misma naturaleza jurídica, acentuada la singularidad en una y la universalidad en la otra”⁴⁴⁵

La última parte de la cita anterior refiere a la relación existente entre el embargo y el desasimiento. Ambas medidas tienen un marcado carácter ejecutivo y tutelar del crédito de los acreedores. En este sentido, ambos recaen sobre bienes del deudor (fallido) a efectos de permitir la satisfacción del crédito demandado. La diferencia radica en la extensión del efecto ejecutivo, ya que en uno se singularizan los bienes objeto de la medida, en cambio, en el segundo, ello no ocurre, toda vez que afecta a una universalidad jurídica, como lo es, el patrimonio del fallido. La indisponibilidad que grava al sujeto en falencia comprende todo su activo, se encuentre o no incautado, y ello es así, porque si analizamos el desasimiento en relación con la sanción de inoponibilidad que establece el artículo 72 de la Ley de Quiebras, la ineficacia consecuente a la ejecución de actos y contratos respecto de bienes de la masa, resulta procedente, aún cuando se hayan omitido medidas de publicidad respecto de la quiebra. De esta forma, el desasimiento abarca una universalidad jurídica que pasa a sujetarse a los fines concursales sin que se exija el cumplimiento de alguna formalidad posterior, la que en caso de existir, por ejemplo, la incautación, sólo importa para los efectos de la realización del activo o bien, para los efectos de la determinación de la masa con fines de publicidad y certeza, todo lo que constituye un análisis de efectividad de la quiebra, y no de extensión.

Una opinión contraria manifiesta Juan Puga Vial, cuando señala:

⁴⁴⁵ PUGA Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. 430p.

“Jurídicamente, el embargo general y la consecuencial administración del síndico sobrevienen con el solo pronunciamiento de la sentencia de quiebra; facticamente, lo uno y lo otro se producen con la incautación e inventario. Pero, a modo de reenvío, sólo respecto de los bienes inventariados los acreedores pueden alegar indisponibilidad y afectación ejecutiva (embargo) y sólo sobre ellos el síndico puede pretender administración”⁴⁴⁶

Dicha opinión, constituye un error jurídico importante, toda vez que, limita la indisponibilidad y afectación de los bienes objeto de la Quiebra a la incautación e inventario ejecutiva, en circunstancias que la ley ha extendido dichos efectos (artículo 64 de la Ley de Quiebras), a todo el patrimonio presente del fallido desde el desasimiento. La mencionada opinión, se basa en la distinción doctrinal tradicional entre el activo de hecho y el activo de derecho de la quiebra⁴⁴⁷, en condición que, de acuerdo al desasimiento, la afectación del procedimiento de quiebras se extiende a todo el patrimonio concursal del fallido. De esta manera, no es relevante para analizar la amplitud del juicio de quiebras, aquello que conste en la incautación e inventario, porque la finalidad de dichas medidas, es simplemente la de dar una certeza e información de la masa activa existente en ese momento, pero que no tiene una pretensión mayor, y que puede resultar, completamente insuficiente a sus objetivos. Entender que existe una diferencia entre el patrimonio concursado y el patrimonio inventariado, constituye dar primacía a un acto administrativo, como lo es la incautación y el inventario, por sobre, la efectividad de una disposición legal, como lo es el artículo 64 de la Ley de Quiebras.

Dicho error, lleva indudablemente a confusiones dogmáticas insalvables, que se manifiestan de manera palpable en Juan Esteban Puga Vial, cuando inmediatamente luego de desarrollar la idea citada, señala:

⁴⁴⁶ PUGA Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. 592p.

⁴⁴⁷ Dicha misma distinción doctrinal, se encuentra presente en: PUELMA Accorsi, Álvaro. Ob. Cit. 149p.

“Con esto no queremos decir que los bienes omitidos no sean indisponibles, y además, administrables para el fallido y el síndico, respectivamente; lo que queremos indicar es que es una verdadera formalidad de hecho para uno y otro efecto, que los mismos pasen a ser considerados en el inventario; de otro modo no pueden estimarse integrantes del proceso de quiebras”⁴⁴⁸

Esta última cita, refleja lo confuso de la idea planteada por el autor, ya que con anterioridad había indicado que solamente se puede alegar indisponibilidad y afectación ejecutiva, cuando existe respecto de los bienes una incautación e inventario, pero luego, indica que, dichos bienes, aún sin dichas actuaciones, no serían indisponibles, sin embargo, termina señalando que, tampoco serían parte del juicio de quiebras ¿Cómo, entonces, puede existir una indisponibilidad patrimonial si el bien, en cuestión, no está afecto al proceso concursal de quiebras? Esta pregunta, no puede ser respondida correctamente por quienes siguen el criterio dualista referido a la masa activa de la quiebra, ya que, de ser coherentes con sus propuestas, deberían limitar, arbitrariamente, los efectos del desasimiento, cuando ello no resulta posible, de acuerdo a nuestra legislación⁴⁴⁹.

Un segundo efecto de la declaración de quiebra, dice relación con la fijación irrevocable de los derechos de los acreedores en el estado que tenían al momento del pronunciamiento de dicha sentencia (Artículo 66 de la Ley de Quiebras). En base a tal efecto, los acreedores radican inalterablemente su situación crediticia con el fallido, eliminando toda posibilidad de mejora posterior en cuanto a su monto o calidad. El objetivo buscado con este efecto, es de resguardar debidamente el principio de la *pars*

⁴⁴⁸ PUGA Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. 592p.

⁴⁴⁹ Manifestando la misma opinión nuestra, se pronuncia Osvaldo Contreras Strauch, quien no distinguiendo entre activo de hecho y de Derecho, señalando directamente y sin contradicciones que: “Como hemos señalado anteriormente, el fallido queda inhibido de administrar los bienes comprendidos en la quiebra como consecuencia del desasimiento, administración que pasa de derecho al síndico, que se hace cargo de ello” CONTRERAS Strauch, Osvaldo. Ob. Cit. 219p. También: VARELA, Raúl. Derecho Comercial. Derecho de Quiebras. Santiago, Editorial Universitaria, 1953. 50-54p.

condictio creditorum, en cuanto a que una vez declarada la sentencia de quiebra, se deberá administrar y liquidar el patrimonio concursado a fin de solucionar los créditos existentes al momento de su pronunciamiento en el estado que se encontraban. De otra manera, existiría incentivos de parte del fallido para favorecer a ciertos acreedores simulados en la esperanza de una recuperación posterior de su activo. En este mismo sentido, Rafael Gómez y Gonzalo Eyzaguirre, cuando señalan:

“Esto significa simplemente que ningún acreedor puede pretender reportar una ventaja, para lograr del fallido el mejoramiento de su situación en desmedro del resto de los acreedores, como quiera que así se rompería el equilibrio con que han de intervenir en el juicio, conforme a la posición jurídica de sus derechos al tiempo en que se declaró la quiebra”⁴⁵⁰

Para resguardar el valor de los créditos, los artículos 68 y 69 de la Ley de Quiebras disponen sendas regulaciones acerca de la reajustabilidad y generación de intereses que dichos créditos provocan⁴⁵¹.

A fin de posibilitar la universalidad de activos y pasivos, la sentencia que declara la quiebra, dispone que todos los juicios seguidos contra el fallido, se acumularán al juicio de quiebras, asumiendo el síndico, en tales casos, la representación del fallido. Dichas atribuciones judiciales del órgano de administración, son ejercidas a fin de velar por el interés general de los acreedores, cuya tasa de recuperabilidad de créditos puede verse disminuida con una sentencia jurisdiccional que disponga la obligación de pago de ciertas sumas de dinero, las que podrían tener un origen simulado.

Sin embargo, procesalmente se produce un segundo efecto de trascendencia, en cuanto pronunciada la sentencia que declara la quiebra, los acreedores se encuentran

⁴⁵⁰ GÓMEZ Balmaceda, Rafael, y EYZAGUIRRE Smart, Gonzalo. Ob. Cit. 221p.

⁴⁵¹ De acuerdo a la normativa de la Ley N ° 4558, los intereses de los créditos comunes, vencidos al tiempo de la declaración de quiebra, se suspendían respecto de la masa (Artículo 63 de la Ley N ° 4.558)

suspendidos para ejecutar individualmente al quebrado. La lógica de ello es disciplinar las pretensiones de los acreedores a la *pars conditio creditorum*, y no al principio *prior in tempore, potior iure*, en base al cual, la satisfacción del crédito opera en el marco de una competencia por liquidar primero los activos embargables del deudor. En cambio, vigente el estado de quiebra, dicha competencia se suspende y se reordena de acuerdo a las reglas de una comunidad crediticia que será pagada de manera igualitaria (salvo preferencias) de acuerdo a los resultados de realización o de generación de utilidades que suponga la quiebra. El incentivo no pasa por llegar primero, sino por lograr el destino del activo que produzca el mejor rendimiento económico para la masa. En dicho contexto, el factor tiempo, transmuta en un costo económico a valorar frente a distintas alternativas elegibles según su costo de oportunidad.

En razón de este efecto, existe una sustitución de un procedimiento ejecutivo individual, por un procedimiento ejecutivo universal o colectivo. Ambas clases de procesos tienen naturaleza ejecutiva, y están preordenados a la recuperación judicial de los créditos, sin embargo, no pueden subsistir temporalmente juntos⁴⁵², ya que la quiebra comprende todo el activo del fallido, por lo que el embargo pierde sentido, frente a efectos que salvaguardan de mejor manera su finalidad⁴⁵³. Se busca optar por la alternativa más óptima frente a idénticos propósitos.

⁴⁵² En este mismo sentido, Ricardo Sandoval López, cuando señala: “Se explica este efecto porque la quiebra es una institución unitaria y universal, que declarada judicialmente crea, respecto del fallido, un estado o situación. De no producirse este efecto, no se lograría la unidad de las gestiones de la quiebra, que se tramita en un solo procedimiento. Existen además otras razones relacionadas con el principio de igualdad y con el carácter tutelar de la quiebra que justifican la existencia de este efecto. Por tanto, la única forma de mantener el principio de la igualdad es impedir que cada acreedor pueda iniciar sus acciones ejecutivas en contra del deudor separadamente. En caso contrario, el acreedor más diligente se pagaría primero, perjudicando a los demás. La quiebra como tutela colectiva es incompatible con las tutelas o defensas individuales” SANDOVAL López, Ricardo. Manual de Derecho Comercial. Santiago, Editorial Jurídica, 1986. Tomo II. 2ª Edición. 455p.

⁴⁵³ De hecho la quiebra genera la indisponibilidad de todo el patrimonio concursado, lo que incluye todos los bienes singulares que lo componen. Ello, produce un efecto general de inhibición que resulta menos costoso que establecer prohibiciones para cada bien singular. El desasimiento afecta bienes en su calidad de integrantes del patrimonio, por lo tanto, no está afecto a ninguna limitación, salvo las expresamente señaladas por la ley, ni depende su efectividad de acto posterior alguno. En este sentido, Satta: “La naturaleza jurídica del desapoderamiento se explica muy simplemente con hacer referencia a los efectos del embargo en la expropiación singular, puesto que se trata de los mismos efectos, si bien

“En la ejecución colectiva se verifican los mismos conflictos, y se presenta por tanto, la necesidad de establecer análogos remedios: sólo que aquí se ha modificado complemente la estructura de la ejecución, en cuanto el patrimonio íntegro está destinado a la satisfacción ejecutiva de los acreedores”⁴⁵⁴

Dentro de lo que hemos venimos comentando, es importante dejar en claro que la suspensión del ejercicio de las acciones, no se extiende a las acciones declarativas, las que pueden ser incoadas con la finalidad que se reconozca una situación jurídica o un derecho discutido. Asimismo, de conformidad al artículo 71 inciso 1 y 4 de la Ley de Quiebras, el efecto que se está estudiando tiene como excepciones aquellos casos en donde nos encontremos con acreedores hipotecarios o prendarios, y en supuestos en donde exista un acreedor titular de un derecho legal de retención.

El último efecto que produce la sentencia que declara la quiebra, y que viene a cerrar con intensidad las consecuencias que dicho pronunciamiento jurisdiccional produce, es aquél contenido en el artículo 72 de la Ley de Quiebras, que señala:

“Son inoponibles los actos y contratos que el fallido ejecute o celebre después de dictada la sentencia que declara la quiebra, con relación a los bienes de la masa, aun cuando no se hayan practicado las inscripciones en los registros respectivos del Conservador de Bienes Raíces”

cuantitativamente más imponentes. Como, en efecto, el embargo produce la pérdida de la administración y de la disponibilidad del bien singular, sobre el que recae la medida ejecutiva, así la quiebra produce la pérdida de la administración y de la disponibilidad de todo el patrimonio, porque todo el patrimonio está sujeto a la ejecución” SATTÁ, Salvatores. Ob. Cit. 159p

⁴⁵⁴ SATTÁ, Salvatores. Ob. Cit. 157p

Esta norma, contempla la sanción de inoponibilidad frente a cualquier acto o contrato que celebre o ejecute el fallido⁴⁵⁵, respecto de bienes de la masa, con posterioridad a la sentencia que declara la quiebra. Dicha ineficacia afecta las consecuencias jurídicas que se deriven del acto o contrato que se trate, imposibilitando que produzcan sus efectos, ya que, los mismos no podrán ser invocados frente a los acreedores, ni el síndico, precisamente en razón del desasimiento.

La sanción de inoponibilidad, no constituye una sanción de ineficacia intrínseca, en cuanto a que el acto, se encuentre afecto a un vicio de nulidad, toda vez que el fallido no es incapaz, sino que simplemente el acto no resulta oponible a la masa, pudiendo ésta impugnarlo a efecto de quitarle toda efectividad a las consecuencias jurídicas que de él nacen^{456 457}.

La inoponibilidad, como hemos dicho, afecta toda contratación jurídica respecto de los bienes involucrados en el desasimiento, se encuentren éstos incautados o inventariados, o no. Por lo tanto, si dicha actividad formal no existe, de todas maneras es posible obtener un resultado favorable al ejercer de la acción de inoponibilidad, no faltando en ella, ningún requisito procesal, que pudiera alegar como defensa el

⁴⁵⁵ Para un estudio más detallado de la inoponibilidad en la quiebra, ver: PARRA Vergara, Álvaro. Algunas consideraciones sobre las revocatorias e inoponibilidades en el derecho concursal chileno moderno. En: Gaceta Jurídica. N ° 357 (2010) 7-12p.

⁴⁵⁶ En este sentido, Álvaro Puelma, indica: “Atendido a que el fallido se considera capaz, la Ley N ° 18.175, acogiendo observaciones doctrinarias, estimó que los actos y contratos celebrados por el fallido sobre los bienes afectos al concurso no son nulos, sino inoponibles a la masa, lo que significa que sólo la masa puede impugnarlos, no el fallido o el tercero contratante” PUELMA Accorsi, Álvaro. Ob. Cit. 87p.

⁴⁵⁷ Respecto de la inoponibilidad, Rafael Gómez, y Gonzalo Eyzaguirre hacen un paralelo con la nulidad, señalando que: “La inoponibilidad no ataca al acto, sino a sus efectos” “La nulidad destruye el acto y con ello no produce efecto para nadie” “La inoponibilidad deja subsistente el acto, pero le quita eficacia a sus efectos, cuando tales efectos perjudican a los terceros, esto es, respecto de aquellos a quienes dichos efectos pueden alcanzar, es decir, la inoponibilidad no produce efectos *erga omnes* como ocurre con la nulidad” “La inoponibilidad solamente pueden invocarla los terceros; en cambio, la nulidad puede hacerla valer todo aquel que tenga interés en que se declare nulo el acto jurídico e incluso los mismos contratantes pueden invocarla, excepto el que celebró el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, como lo dispone el artículo 1683 del Código Civil, e incluso el juez podrá declararla de oficio, cuando el vicio aparece de manifiesto en el acto o contrato” “El fundamento de la inoponibilidad, la razón por la cual no les empece a los terceros las consecuencias del acto o contrato celebrado, es la de proteger sus intereses y proviene del principio de la relatividad de los contratos que consagra el artículo 1545 del Código Civil, como quiera que el contrato liga a los contratantes, sus herederos y cesionarios, mas no a los terceros extraños” GÓMEZ Balmaceda, Rafael, y EYZAGUIRRE Smart, Gonzalo. Ob. Cit. 218p.

demandado-fallido o el tercero contratante, en cuanto a que el bien respectivo no aparece debidamente inventariado en la quiebra. Ello significa, y trae como consecuencia necesaria, el hecho que la quiebra afecta a bienes que incluso formalmente no aparecen como involucrados en el proceso, por no haber sido objeto de un acto formal tendiente a introducir dicho activo al juicio. Ergo, los bienes afectos a la quiebra no se limitan a los bienes que se realizarán, sino que a todos aquellos involucrados en el desasimiento, estén o no de hecho preordenados a su ejecución, y aquellos que sean posible de recuperar de acuerdo al ejercicio de las acciones que pretendan recuperar activos del fallido, y que han salido de su esfera patrimonial.

§ 3.3 Las medidas cautelares en el proceso de quiebras.

A continuación, se desarrollará el problema de la procedencia de las medidas cautelares en el proceso de quiebras en nuestra legislación (§ 3.3.1), como en el derecho comparado, estudiando lo que sucede en la legislación argentina, española y alemana (§ 3.3.2).

§ 3.3.1 Procedencia de las medidas cautelares en el proceso de quiebras chileno.

En la legislación de quiebras, la única norma que regula las medidas precautorias es el artículo 70 inciso final de la Ley de quiebras que dispone:

“Los embargos y medidas precautorias que estuvieren decretados en los juicios que se agreguen a la quiebra quedarán sin valor desde que ella se declare, siempre que se refieran a bienes que, sin aguardar el resultado de dichos juicios, deban realizarse en la quiebra o ingresar a ella”

La disposición desvanece cualquier valor o efecto a las medidas precautorias y a los embargos decretados en los juicios que se acumulen a la quiebra, desde el momento

mismo que ella se declara, en la medida que se refieran a bienes que deban ser realizados en dicho procedimiento.

En primer lugar, el artículo citado, permite fundar una opinión contraria a la tesis dualista de los bienes afectos a la quiebra, y que distingue entre la masa activa de derecho, y la masa activa de hecho, de acuerdo a si los bienes forman parte o no del inventario o incautación. Ello es así, porque si el bien sobre el que recae la medida precautoria o el embargo, se libera de dicha tutela cautelar o ejecutiva, desde el momento mismo que se declara la quiebra de su propietario, entonces, la extensión del concurso involucra a todo su patrimonio, aún cuando, dicho bien haya sido omitido del inventario, o incluso, si el referido activo se encuentra involucrado en un proceso, que debiendo acumularse al juicio de quiebra, todavía, no ha operado de esa forma. Así, el artículo 70 inciso final de la Ley de Quiebras, constituye un verdadero supuesto de alzamiento de medidas precautorias, sin que para ello, se requiera de una actuación determinada del síndico, bastando la sentencia que declara la quiebra.

En segundo lugar, la explicación de dicha norma, se encuentra en la naturaleza jurídica del desasimiento, el que opera como un verdadero embargo colectivo respecto del patrimonio afecto a la quiebra. En este sentido, se pronuncia Juan Esteban Puga Vial, cuando señala:

“Esta consecuencia viene a explicar la idea que el desasimiento constituye una suerte de embargo colectivo que afecta a los bienes del fallido y por lo mismo no se justifica que respecto de estos bienes se superpongan al desasimiento otros embargos o medidas precautorias que se hayan trabado respecto de ellos”⁴⁵⁸

Igualmente, Rafael Gómez y Gonzalo Eyzaguirre, en la misma línea indican que:

⁴⁵⁸ PUGA Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. 239p.

“Resulta evidente que con la declaración de quiebra, todas las medidas cautelares relativas a los bienes concursados pierden todo sentido, porque con el desasimio surge la prohibición de celebrar actos y contratos; el síndico deviene depositario e interventor, de forma que todos los fines de las precautorias o de los embargos son absorbidos por el embargo general de quiebra”⁴⁵⁹

A consecuencia de la opinión de los autores citados, tenemos que la justificación que las medidas precautorias o los embargos queden sin efecto por la declaración de quiebra del propietario de los bienes sobre los que recaen dichas medidas, se encuentra en un antecedente económico, en cuanto a que, el desasimio al tener una fuerza relativa superior a las medidas de aseguramiento o de ejecución de los mecanismos de tutela judicial individual, hace innecesario incurrir en los costos que supone la concesión, y mantenimiento de los antes mencionados instrumentos, toda vez que, los mismos beneficios que ello suponen, se logran protegiendo de mejor forma al acreedor, lo que va unido a una sanción de inoponibilidad, en caso que se celebre cualquier acto o contrato respecto de dichos bienes. En otras palabras, la fuerza vinculante del desasimio supone menos costos de transacción que llevar a la práctica un embargo o medida precautoria, por lo mismo, (si lo que se pretende es minimizar los costes involucrados en el proceso) debe rechazarse toda duplicidad de mecanismos que conduzcan a un mismo objetivo, favoreciendo la medida que produzca iguales efectos con menores gastos.

Con todo, la regla que se estudia, de acuerdo a su literalidad, solamente se pone en un supuesto, a saber: Que los embargos o medidas precautorias existan con anterioridad a la declaración de quiebra. Más no señala, sí dichos embargos o medidas precautorias, pueden decretarse una vez iniciado el proceso de quiebras. La respuesta,

⁴⁵⁹ GÓMEZ Balmaceda, Rafael, y EYZAGUIRRE Smart, Gonzalo. Ob. Cit. 551p. En el mismo sentido, Ricardo Sandoval López, cuando señala: “Los embargos y medidas precautorias que se hubieren trabado o declarado con anterioridad a la declaratoria de quiebra quedan sin efecto, toda vez que la quiebra en sí misma no es sino un embargo general” SANDOVAL López, Ricardo. Ob. Cit. 467p.

con todo, es sencilla, en cuanto a que el fundamento detrás de la pérdida de valor de las medidas precautorias es el mismo, en aquellos supuestos en donde, se han decretado con anterioridad a la apertura de la quiebra, en los juicios que deben acumularse a ella, como en aquellos casos, en donde se discuta la procedencia de las medidas precautorias durante el juicio de quiebras.

Adicionalmente, se puede agregar que las medidas precautorias durante el proceso de quiebras, no tendrían sentido, de acuerdo a su propia finalidad, ya que, no sería posible, entender que ellas se encuentran destinadas a asegurar el resultado de una acción jurisdiccional cuya sentencia llegará en el futuro, toda vez que, en el proceso de quiebras, no se pretende el ejercicio de acción declarativas o de condena alguna, sino que derechamente, se ejerce una acción colectiva, que a falta de convenio, concluirá, por medio de un mecanismo de realización del activo, fundamentalmente liquidatorio. De esta forma, los activos tienden a satisfacer dicha necesidad ejecutiva, y no son mecanismos de resguardo al demandante frente a un *pericula* determinado.

Con todo, el problema no ha sido planteado en la doctrina nacional. Sin embargo, existe un fallo no publicado de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, dictado con fecha diecinueve de mayo de dos mil nueve, en la causa rol de ingreso número ciento treinta guión dos mil nueve, que confirmó la resolución de primera instancia, que había concedido una medida precautoria sobre bienes no incautados. La resolución de segunda instancia, señala:

“Que sin perjuicio de la sustitución legal del deudor que acarrea la declaración judicial de quiebra, los acreedores conservan el derecho a cautelar los términos de la masa y por ello a instar por la incorporación o reconocimiento de bienes no considerados, por lo cual, se CONFIRMA la resolución apelada de fecha cinco de agosto de dos mil ocho, escrita a fojas 46”

Para la mencionada sentencia confirmatoria los acreedores pueden tutelar sus derechos por medio de una medida precautoria, que recaiga sobre bienes no considerados en la masa, esto es, bienes no incautados o inventariados. El problema, es que dicha solución, es *sin perjuicio de la sustitución legal del deudor* (desasimiento), por lo que, la Corte de Apelaciones de Rancagua, entiende que es plenamente procedente la vigencia simultánea de dos medidas de resguardo en beneficio de los acreedores, por una parte, los efectos que produce la declaración de quiebras, y por otra, las medidas precautorias. Con ello se generaría duplicidad de mecanismos de resguardo, se aumentaría innecesariamente los costes sociales involucrados y se dejaría de lado la eficiencia buscada.

Con todo, el objetivo de las medidas precautorias, de acuerdo al fallo que se estudia, sería cautelar los términos de la masa, sin embargo: ¿No se suponía que dicha cautela emanaba de la misma sentencia que declaró la quiebra? Incluso más, la resolución citada, cae en un yerro manifiesto, al sostener explícitamente que, la cautela tendría por objeto *instar por la incorporación o reconocimiento de bienes no considerado* (en la quiebra), en circunstancias que la sentencia de quiebras, declara e incorpora todo el patrimonio concursal al proceso de falencia, en los términos de los artículos 64 y 65 ambos de la Ley de Quiebras. Acaso, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, nos está diciendo que sólo los bienes *incorporados* son bienes *considerados* o afectos a la quiebra, sin embargo, si ello es así, ¿Cuál es la fuente normativa, que permite limitar los efectos del desasimiento a los resultados de un mecanismo de incorporación, como lo es, la incautación? Desde esa lógica, si los bienes no considerados no están reconocidos en el proceso de quiebra, entonces: ¿Porqué el argumento de la Corte comienza sosteniendo que todo ello, es sin perjuicio de la sustitución legal del deudor?, o sea, la Corte de Apelaciones de Rancagua, pretende argumentar que es posible distinguir entre bienes considerados y no considerados en un proceso de quiebra, rigiendo respecto de ambos el desasimiento, sin embargo, si eso es así, entonces, bastaría recurrir a dicho efecto de la sentencia que declara la quiebra, para

solucionar el problema, lo que vendría dado, por una solución contraria, a la expuesta por la Corte, porque si rige el desasimiento respecto de los bienes incorporados o no al juicio de quiebra, entonces, respecto de todos ellos, resulta innecesario la tutela cautelar, la que pensada para un proceso individual, se subsume, y se vuelve inepta, en una lógica de ejecución colectiva⁴⁶⁰.

Por último, es importante resaltar la grave confusión dogmática del Tribunal de Alzada referido, en cuanto a que, la tutela cautelar permitiría la incorporación de bienes no considerados originalmente en la quiebra. Ello resulta en un desconocimiento manifiesto de nuestra normativa de quiebras, toda vez que, a lo más, se ha sostenido que la incautación e inventario genera dichos efectos, más no, la tutela cautelar, lo que significaría extender en demasía su finalidad, que es la de resguardar los efectos de una sentencia futura, que en el caso del proceso de quiebras, no resulta posible de advertir, ya que no existe ningún resultado jurisdiccional que se pueda asegurar, por medio de la tutela provisional. Ahora bien, y como la Corte se encuentra consciente de ello, trata de descubrir una finalidad inexistente, en cuanto a que la cautela permitiría la determinación de la masa activa, lo que constituye un exceso imperdonable.

§ 3.3.2 Procedencia de las medidas cautelares en el derecho español y alemán.

Como explicación previa, debemos señalar que el propósito de esta sección, es el de analizar en el ámbito de las legislaciones argentina, española y alemana, el problema de la procedencia de las medidas cautelares en el contexto del concurso e insolvencia. Con todo, y a fin de evitar problemáticas de carácter conceptuales, lo que hemos denominado medidas cautelares se refiere a lo que en nuestro país, se denominan medidas precautorias, ya que su aplicación al proceso de quiebras es lo analizado en este capítulo. Acepto que el objetivo de estudio a este respecto es humilde y acotado, y no abarca toda la problemática sobre las medidas cautelares, porque ellas, tienen una

⁴⁶⁰ En este mismo sentido, CONCHA Gutiérrez, Carlos. Ob. Cit. 53p.

aplicación mucho mayor que las medidas precautorias, tal como se regulan en Chile. De hecho, en Argentina, en el marco de la Ley N ° 24.522 sobre Concursos y Quiebras, es posible encontrar diversos supuestos tutelares no propiamente de carácter precautorios, como lo son, la orden al fallido para la entrega de bienes, documentos y libros (Artículo 88 incisos 3 y 4 de la Ley de Concursos y Quiebras); o bien, aquellos mecanismos por medio de los cuales se hace efectivo el desapoderamiento, como la clausura e inventario (Artículo 177 de la Ley de Concursos y Quiebras). E incluso, se estima que la continuación de la empresa en quiebra (Artículo 189 a 195 de la Ley de Concursos y Quiebras), tiene fin tutelar⁴⁶¹, sin embargo, dichos instrumentos, si bien, participan de un objetivo de resguardo a los intereses de los acreedores, no lo hacen en la lógica de las medidas precautorias⁴⁶², en cuanto a asegurar el resultado de un pronunciamiento jurisdiccional futuro, sino que son consecuencias necesarias de los efectos que produce la declaración de insolvencia, en el marco de una legislación que tiende al resguardo de los acreedores, por medio de la inhibición de bienes y el desapoderamiento. Se trata, en suma, de medios de resguardo consustanciales al proceso de quiebras, e ineludibles de su finalidad, si es que ella pretende algún grado de efectividad. La problemática de este capítulo en general, y de esta sección en particular, es de menor alcance, ya que trata de la posibilidad de introducir al proceso de quiebras instrumentos de resguardo no propiamente concursales, y que responderían a una lógica de funcionamiento más allá de la *pars condictio*. La duda, a ese respecto, es si dicha lógica es compatible o no, con la quiebra.

⁴⁶¹ Ver: FAVIER Dubois, Eduardo. Las medidas cautelares concursales. R.D.C.O, 1991. 117 y ssp.

⁴⁶² Lo mismo sucede en el derecho español. En efecto, en el marco de la legislación ibérica, existen una serie de medidas que no siendo propiamente cautelares, pretenden asegurar distintas circunstancias, tales como lo son: (a) La intervención de las comunicaciones del deudor; (b) La entrada en el domicilio del deudor y su registro; y (c) El deber de residencia del deudor. La conclusión es que dichas medidas no son propiamente cautelares, así se ha indicado que: “Mientras las medidas cautelares del 17 LC tienden a asegurar la integridad del patrimonio del deudor para hacer eficaz la liquidación o convenio, los efectos de la LOpRC persiguen garantizar una normal tramitación de procedimiento, permitiendo la obtención de documentos y evitando la actuación fraudulenta del deudor” ARIZA Colmenarejo, María Jesús. Medidas Cautelares en el proceso de declaración y otras medidas del procedimiento concursal. En: OLIVENCIA, Manuel, FERNÁNDEZ Novoa, Carlos, y JIMÉNEZ De Parga, Rafael. Derecho Procesal Concursal. Barcelona, Marcial Pons, 2008. 359p.

En dicho sentido, y a propósito de la legislación argentina, la regla que habría que estudiar en el marco del objetivo reseñado, es el artículo 21 inciso 4 de la Ley de Concursos y Quiebras, que señala:

“La apertura del concurso preventivo produce (...) 4) El mantenimiento de las medidas precautorias trabadas, salvo cuando recaigan sobre bienes necesarios para continuar con el giro ordinario del comercio del concursado, cuyo levantamiento, en todos los casos, es decidido por el juez del concurso, previa vista al síndico y al embargante.”

Efectivamente, en el contexto de un concurso preventivo que suponga la continuación del giro del concursado, resulta innecesario la subsistencia de medidas precautorias decretadas con anterioridad, toda vez que la indisponibilidad que ellas suponen, afecta precisamente, la continuidad de giro señalada. Sin embargo, una vez pronunciada la sentencia que declara la quiebra, se producen las mismas consecuencias que en la legislación chilena, en relación con las medidas precautorias, ya que rige desde dicho momento, el desapoderamiento que trata la Sección II del Capítulo II de la Ley de Concursos y Quiebras, y que significa que el fallido queda inhibido de pleno derecho de sus bienes, impidiéndose que ejercite sus derechos de administración y disposición (Artículo 107 de la Ley de Concursos y Quiebras), por lo que dicho efecto, engloba y hace innecesario algún mecanismo de resguardo adicional, como lo son, las medidas precautorias, cuando además, todo acto ejecutado por el fallido luego de dictada la sentencia que declaró su quiebra, es ineficaz⁴⁶³. De hecho, y reafirmando lo indicado, solamente se regulan las medidas precautorias, en el periodo previo a la declaración de quiebra (Artículo 85 de la Ley de Concursos y Quiebras)

Ahora bien, podríamos incluso, extender el análisis de la problemática tratada, al tema de las medidas autosatisfactivas, que no surgen a propósito y en la lógica de un

⁴⁶³ Artículos 109 y 119 de la Ley de Concursos y Quiebras.

sistema de quiebras o del concurso, pero que encuentran allí, ciertas manifestaciones⁴⁶⁴. Dicha forma de tutela de urgencia, se basa en la primacía del factor tiempo, en cuanto a la necesidad de adoptar una decisión de manera urgentísima, agotando en sí mismo sus efectos, por lo que no tendría un carácter accesorio como las medidas precautorias⁴⁶⁵. En argentina, se identifican como supuestos de medidas autosatisfactivas, los siguientes casos, a saber: (a) El artículo 20 de la Ley de Concursos y Quiebras, prevé que los servicios públicos no pueden suspenderse a los deudores, aun cuando se presenten en concurso preventivo, por deudas anteriores a su presentación⁴⁶⁶; y (b) Otro ejemplo, es aquél en donde un bien de propiedad de un tercero se encuentra en poder del fallido al momento del desapoderamiento. Dicho tercero, podría requerir a través de una medida autosatisfactiva la inmediata entrega del bien si acredita fehacientemente su titularidad y la fuerte probabilidad de que pudiese ocurrir un perjuicio si se produjese una demora⁴⁶⁷. En dichos casos, lo que se pretende es la resolución de una situación determinada, de carácter injusta, y que no considera la incoación posterior de ninguna acción. Las referidas medidas, serían autosatisfactivas, y por tanto, cautelares, de acuerdo a un concepto amplio, y habiendo surgido para tutelar derechos e intereses no específicamente concursales, de todas formas, encuentra un reconocimiento normativo en dicha sede, lo que se favorece en razón que la primacía del factor tiempo, y de la

⁴⁶⁴ Ver: ZACCHINO, Heriberto. Sinopsis de la medida autosatisfactiva. Su aplicación en la Ley de Concursos y Quiebras y en la Ley de Defensa de la Competencia. En: PEYRANO, Jorge. Medidas Autosatisfactivas. Rubinzal-Culzoni Editores, 2001. 533-542p

⁴⁶⁵ En este mismo sentido Heriberto Zacchino, cuando indica: “Pero el hecho que distingue fundamentalmente a la medida autosatisfactiva es que la misma se agota en sí misma, mientras que la medida cautelar no tiene autonomía sino que lo que la caracteriza es su accesoriedad, dado que se despacha dentro de un juicio principal, o si se pidió con antelación se debe iniciar el juicio dentro de un plazo perentorio fijado por cada ordenamiento procesal, a fin de evitar que la medida cautelar caduque” ZACCHINO, Heriberto. Ob. Cit. 534-535p.

⁴⁶⁶ Un caso similar encontramos en el derecho de quiebras chileno, en el artículo 132 de la Ley de Quiebras, cuyo inciso 1º dispone: “Lo preceptuado en el artículo precedente será aplicable incluso a los acreedores que suministren servicios de utilidad pública, quienes deberán verificar los créditos correspondientes a suministros anteriores a la declaración de quiebra y no podrán, con posterioridad a ella, suspender éstos, salvo autorización del tribunal, previa audiencia del síndico”, complementado por el inciso 3 de la mencionada norma, que señala: “La suspensión del servicio en contravención a lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, será considerada como un acto que tiende a impedir la libre competencia y será sancionada con arreglo al decreto ley 211, de 1973”

⁴⁶⁷ Esta medida surgiría, de acuerdo a Heriberto Zacchino, del artículo 138 de la Ley de Concursos y Quiebras

urgencia, es la misma en la lógica concursal y en la lógica de las medidas autosatisfactivas.

En el caso del derecho español la Ley N ° 22/2003 de 9 de Julio (En adelante, indistintamente: “Ley de Concursos”), sobre Concursos constituye junto con la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, la nueva base normativa española en la materia⁴⁶⁸. Dicho conjunto legislativo, contempla la procedencia de las medidas cautelares con anterioridad a la declaración del concurso, en el artículo 17. 1 de la Ley de Concursos, que señala:

“A petición del legitimado para instar el concurso necesario, el juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”

La procedencia de la cautela de acuerdo a dicha norma, se encuentra regulada a propósito del concurso necesario, esto es, de aquél procedimiento concursal cuya primera solicitud de concurso, no haya sido efectuada por el deudor⁴⁶⁹. La solicitud y adopción de la medida cautelar, de conformidad a dicha norma, sólo ocurrirá cuando exista una petición de declaración de concurso, por lo que, la regla del artículo 17.1 de la

⁴⁶⁸ A este respecto, María Jesús Ariza señala que el conjunto normativo sobre las medidas cautelares concursales en España se: “(...) compone básicamente de tres normas: a saber, el art. 17 LC especialmente referido a las medidas anteriores a la declaración del concurso, el art. 21 del mismo cuerpo legal para aquellas adoptadas tras la declaración y sobre las que recae la duda de su auténtica naturaleza cautelar, y por último las disposiciones que con carácter general se establecen en la LEC, a la cual se remiten expresamente el primero de los artículos. Además de estos preceptos, encontramos otros muchos que de forma más o menos directa hacen referencia a medidas cautelares o medidas no estrictamente cautelares, y con una regulación más específica. Los problemas que se aprecian a la vista de estas normas son varios, pero básicamente proceden de la remisión general a la LEC, así como de la difícil consideración de determinados actos procesales como de naturaleza cautelar” ARIZA Colmenarejo, María Jesús. Ob. Cit. 373p.

⁴⁶⁹ Artículo 22.1 de la Ley Concursal.

Ley de Concursos, es previa a dicha declaración⁴⁷⁰, no siendo previa al procedimiento concursal propiamente tal, ya que, como hemos indicado, sólo existirá medida cautelar cuando exista solicitud de concurso necesario.

El objetivo que se busca con dicha tutela provisional, es el de proteger los derechos de los acreedores en el momento inmediatamente anterior a la declaración del concurso, y que, de acuerdo a la experiencia, constituye la oportunidad en donde existe mayor riesgo de distracción y ocultamiento patrimonial. De esta forma, la cautela previa a la declaración del concurso, vendría a constituir un instrumento de resguardo para los acreedores de mayor intensidad que el ejercicio de las acciones de reintegración⁴⁷¹, que operan, cuando ya se ha producido la mencionada distracción de activos, y que para su efectividad, requiere un pronunciamiento jurisdiccional, con todos los costes de litigación que ello significa. En consecuencia, con las medidas cautelares previas al concurso, se tiende a la reducción de los costos procesales del juicio de quiebra, por medio de una alternativa que económicamente resulta menos costosa para el sistema. Ello se ve reforzado, por la posibilidad que el juez decrete las medidas cautelares de oficio, al momento de admitir a trámite la declaración del concurso, con lo que se satisface el efecto preventivo señalado. Asimismo, y en la misma lógica, la prestación de caución resulta facultativa (Artículo 17.2 de la Ley de Concursos), y ella tiende a resguardar la eventual responsabilidad que le pueda corresponder al solicitante⁴⁷², en

⁴⁷⁰ En este sentido se pronuncia la doctrina: “De ahí que se afirme que sólo pueden solicitarse medidas cautelares con la petición de declaración de concurso, ya que no se justifica su solicitud en un instante previo. El elemento de la urgencia o la necesidad no aparece con mayor fuerza antes de esta petición al no darse traslado al deudor de la adopción de las medidas hasta que se haya admitido a trámite la solicitud de declaración de concurso. La finalidad que se persigue de asegurar unos bienes o documentos o una actuación del deudor, se cumple igualmente en ese momento, por lo que no es aplicación el plazo de veinte días de la LEC en los que el solicitante se compromete a presentar la demanda. Además hay que tener en cuenta la rapidez con que la Ley exige que se provea la solicitud, ya que debe pronunciarse el mismo día o el día siguiente hábil si no fuera posible lo anterior (Art. 13 LC)” ARIZA Colmenarejo, María Jesús. Ob. Cit. 375p.

⁴⁷¹ Reguladas en el Capítulo IV: “De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa”, artículos 71 a 73 de la Ley Concursal.

⁴⁷² En este sentido, la norma señala: “17.2 El juez podrá pedir al solicitante que preste fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada”. La finalidad de la caución, como

caso que la solicitud de declaración de concurso sea desestimada⁴⁷³. Finalmente respecto de la cautela previa a la declaración del concurso, resulta correcta la disposición que hace facultativa la exigencia de caución, toda vez que, debemos considerar que estamos en presencia de un deudor en situación de insolvencia⁴⁷⁴, respecto del cual, la experiencia indica que existe un fuerte riesgo, y que tiene fuertes incentivos de distracción patrimonial.

Ahora bien, en el derecho concursal español, una vez pronunciado el auto de declaración del concurso, se regula expresamente, la situación de las medidas cautelares, en el artículo 21.4 de la Ley de Concursos, en razón de uno de los pronunciamientos que debe contener la referida resolución. Dicha norma dispone:

“El auto de declaración del concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: (...) 4º En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo”

La norma citada tiene una mayor amplitud que la del artículo 17.1, ya que en primer término, no limita sus efectos, al concurso necesario, sino que también, es aplicable al concurso voluntario.

En segundo lugar, la amplitud indicada resulta esencial para entender los efectos de la norma, en cuanto a que, dicha normativa, no contradice (aunque aparentemente

se encuentra regulada en la norma citada, resulta coherente con lo que al efecto propone el Análisis Económico del Derecho, de acuerdo a lo visto en el capítulo anterior.

⁴⁷³ Ahora bien, se entenderá que dicha responsabilidad, en un sistema de carácter subjetivo, será considerada de manera más benevolente a favor del peticionario pernicioso, en caso que la medida cautelar haya sido adoptada de oficio por el juez en lo mercantil, toda vez que, resulta más difícil ensayar una actuación negligente y contraria a un deber de cuidado por parte del acreedor, cuando él no ha instado a la adopción de tutela cautelar alguna. En este mismo sentido, el hecho que el principio dispositivo se vea afectado en esta materia, da lugar a supuestos en donde, la no obligatoriedad de la caución resulta indispensable para el sistema.

⁴⁷⁴ Artículo 2 de la Ley Concursal.

pudiera aparecer que sí), la hipótesis de trabajo de este capítulo, en cuanto a que, las medidas cautelares no son procedentes en un procedimiento concursal que produzca efectos legales de resguardo a los acreedores. En efecto, de conformidad al artículo 40.1 de la Ley Concursal, en caso que exista una declaración de concurso voluntario, el deudor mantiene sus facultades de disposición y administración sobre su patrimonio, quedando empero, sometido a la intervención de los administradores concursales. Siendo así, resulta completamente lógico, que el juez decrete medidas cautelares que pretendan asegurar la integridad de dicho patrimonio, toda vez que, no existe efecto de desasimilación e indisponibilidad alguno que perjudique al deudor. Por otro lado, y en el supuesto de concurso necesario, la sustitución legal de los administradores al deudor en falencia, opera desde que dicha sustitución existe en la práctica, y no emana de la sentencia que declara el concurso, tal como lo señala el artículo 42.2 de la Ley Concursal, cuando indica que: “(...) se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, *siendo sustituido por los administradores concursales*”, lo que integrado en un contexto sistemático y armónico con el artículo 21.4 de la misma Ley, nos lleva a la misma conclusión, ya que esta última norma, señala que las medidas cautelares se adoptarán: “(...) hasta que los administradores concursales acepten el cargo”, y es precisamente, en dicho momento (el de la aceptación) en donde se generan los derechos y deberes para la administración concursal⁴⁷⁵. En consecuencia, no existiendo indisponibilidad alguna para el deudor persona jurídica, en el periodo intermedio entre la declaración del concurso y la aceptación del cargo por los administradores concursales, resulta incuestionablemente útil para los fines tutelares de protección de integridad del patrimonio que subsistan medidas cautelares previas, o bien, se adopten nuevas tutelas en dicho sentido.

Existe un supuesto algo diverso a lo que aquí se está tratando, en el caso del artículo 48.3 de la Ley Concursal, y que trata del embargo, que el juez del concurso, puede decretar sobre bienes y derechos de los administradores de una persona jurídica

⁴⁷⁵ Título II, capítulo I de la Ley Concursal.

respecto de la cual se ha declarado el concurso. Este caso, no es propiamente un problema acerca de la procedencia de las medidas cautelares en la quiebra o concurso, porque los activos sobre los cuales recae no forman parte del patrimonio del deudor, sin embargo, resulta interesante anotar que el fundamento para la procedencia de dicho embargo se encuentra en la posibilidad que el concurso sea calificado como culpable, o bien, que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

En relación con la caución, hemos indicado que se encuentra regulada a propósito de las medidas cautelares previas a la declaración del concurso (Artículo 17.2 de la Ley Concursal), sin embargo, nada se dice, cuando se trata de las medidas cautelares posteriores a la apertura del proceso de concurso, por lo que se discute si dicha caución es o no una exigencia de imposición⁴⁷⁶. Por la negativa, se pronuncia Francisco Ramos Romeu, cuando señala:

“En mi opinión, siguen el mismo régimen que las medidas anteriores a la declaración del concurso por dos motivos: en primer lugar, quién puede lo más (eximir en medidas previas con pocos datos) puede lo menos (eximir en medidas junto con la declaración del concurso después de oír a las partes y teniendo más información); en segundo lugar, las medidas en este procedimiento se aproximan más a las medidas de los procedimiento con objeto indisponible, por el carácter público que tiene todo el proceso de insolvencia, y más específicamente hay que tener en cuenta que no sólo benefician al solicitante del concurso, sino que benefician a todos los acreedores”⁴⁷⁷

En conclusión, en la legislación española se mantiene la posición que se sostiene en esta tesis, en cuanto a la improcedencia de las medidas cautelares en el proceso de

⁴⁷⁶ Existe una dificultad adicional, tendiente a determinar la cuantía de la caución, la que en sede cautelar, no sólo pasaría por los posibles perjuicios que las medidas ocasionan, sino que también por los daños que la solicitud de medida cautelar puede ocasionar si es desestimada.

⁴⁷⁷ RAMOS Romeu, Francisco. Ob. Cit (2006). 331p.

quiebras o de concurso, aún cuando, podría pensarse otra cosa, por la regulación de la cautela en la normativa sobre la materia, lo que, con todo, no resulta sostenible, toda vez que, la tutela provisional que se establece, es previa a la declaración del concurso (Artículo 17.1 de la Ley Concursal), y la regulada una vez declarado éste, se encuentra solamente contemplada con la finalidad de resguardar la indisponibilidad futura e inminente del deudor persona jurídica hasta que la administración concursal asuma el cargo⁴⁷⁸, y consecencialmente, antes que dichos efectos se produzcan (Artículo 40.1 de la Ley Concursal)

Efectivamente el carácter tutelar que se concede a las medidas cautelares, termina cuando la misma se transforma en un instrumento de ejecución al servicio del concurso. Así, María Jesús Ariza, señala que:

“El elemento de la provisionalidad o temporalidad debe quedar establecido de forma especial en el proceso concursal. Así pues, podemos averiguar cuándo comienzan, pero también hay que determinar cuando la medida deja de ser tal para convertirse en acto ejecutivo, tendiente a la realización del convenio o de la liquidación, y sobre todo porque ya no es necesario mantener íntegro el patrimonio del deudor”^{479 480}

⁴⁷⁸ “Se entiende que durante este periodo el patrimonio continúa sometido al riesgo de un posible acto fraudulento por el deudor y corre peligro de frustrarse a finalidad de concurso. Es por ello que entretanto deben mantenerse o modificarse las medidas. Si el juez no hubiera decidido nada al respecto al admitir a trámite la solicitud de concurso, ahora sí tiene la obligación de comprobar las alegaciones del solicitante, así como la concurrencia de los mismos presupuestos que debió analizar en un instante anterior. Lo más probable es que, tratándose de un concurso necesario, las circunstancias que dan paso a las cautelas concurren para el órgano jurisdiccional. Y las mismas se entienden que desaparecen una vez que los administradores aceptan el cargo y comienza la situación creada por el auto de declaración. A partir de ese momento no debemos hablar de medidas cautelares, puesto que precisamente ya no se trata de asegurar nada, sino de realizar las actividades propias del proceso concursal” ARIZA Colmenarejo, María Jesús. Ob. Cit. 388p.

⁴⁷⁹ ARIZA Colmenarejo, María Jesús. Ob. Cit. 374p.

⁴⁸⁰ Cuando las medidas dejan de tener carácter cautelar, porque rigen los efectos de la quiebra, se eliminan las notas de temporalidad, provisionalidad, y de susceptibilidad de ser alzada o modificada, perdiendo sentido la pretensión de asegurar la integridad del patrimonio del deudor. Pasamos directamente a la ejecución del convenio o liquidación.

En el caso de la legislación alemana de insolvencia, el nuevo Código de Insolvencia (*Insolvenzordnung* = “InsO”) vino a reemplazar el 1 de Enero de 1999 al antiguo Código de Quiebra (*Konkursordnung* = “KO”) y al Código de Reorganización (*Vergleichsordnung* = “VerglO”), i.e., las anteriores leyes y reglamentos de la Republica Federal de Alemania, y el Código de Ejecución Colectiva (*Gesamtvollstreckungsordnung* = “GesO”)⁴⁸¹.

La normativa sobre insolvencia, no contempla regulación respecto a las medidas cautelares, lo que se explica con dos razones fundamentales. En primer lugar, los efectos que produce la apertura del procedimiento⁴⁸², generan que el fallido no puede administrar ni disponer de su patrimonio en situación de falencia sin la autorización del administrador de la insolvencia⁴⁸³. Y en segundo lugar, y concordante con los efectos propios del desasimiento que genera la apertura del proceso de insolvencia, en caso que exista prohibición de transferencia impuesta al deudor con la finalidad de proteger ciertos créditos (medidas cautelares) ellas pierden todo valor, una vez producido el comienzo del proceso de insolvencia⁴⁸⁴. El motivo de esto último, es el mismo que el señalado a propósito del artículo 70 inciso final de la Ley de Quiebras chilena.

§ 4 El Análisis Económico de las medidas cautelares en el proceso de quiebras.

En esta sección, volveremos sobre un aspecto ya tratado en el primer capítulo de esta tesis, en cuanto a las posibilidades de aplicación del análisis económico del derecho al derecho concursal (§ 4.1), para luego, referir los lineamientos que el análisis económico del derecho formula en esa materia (§ 4.2)

⁴⁸¹ NUÑEZ Ojeda, Raúl. Estudio sobre justicia concursal. Tercer Informe. Superintendencia de Quiebras, 2008. 6p.

⁴⁸² Parte Tercera del Código de Insolvencia.

⁴⁸³ Sección 80 (1) del Código de Insolvencia.

⁴⁸⁴ Sección 80 (2) del Código de Insolvencia.

§ 4.1 El derecho concursal como ámbito de aplicación del Análisis Económico del Derecho

Hemos dicho en el acápite § IV del Capítulo I de esta tesis, que en el marco de ciertas legislaciones especiales, es posible encontrar, por excepción a la regla general, normativas basadas en criterios de eficiencia, en cuyo caso, la aplicación del análisis económico del derecho, resulta posible, toda vez que, la búsqueda de soluciones eficientes, permiten introducir criterios consecuencialistas en la decisión de elección social jurisdiccional, ya que el juez valorando los costos que suponen las distintas alternativas que se planteen, optará por aquella que maximice el bienestar social, de acuerdo a algún parámetro económico.

Indicamos que las modificaciones habidas a la Ley N ° 18.175, tuvieron un origen en un impulso pro crecimiento, en donde concurrieron actores del mundo político y también, privado, lo que generó estudios previos a la propuesta legislativa, en donde se concluyó, en la necesidad de proveer el pago de las deudas de la manera más eficiente posible, decidiendo entre la conservación de la empresa viable y la liquidación eficiente y equitativa de la empresa no viable⁴⁸⁵.

De esta forma, las reformas legales, expresadas en las leyes N ° 20.004 y N ° 20.073, introdujeron como objetivo, los mencionados criterios de eficiencia, que en general, significan que las decisiones de los órganos concursales (fundamentalmente, síndico, juez de la quiebra y junta de acreedores) están movidos por la creación de un estado social (post-quiebra) que produzca mayores beneficios totales que aquél estado social en el que nos encontramos en un proceso de quiebra. Las alternativas generales que se ofrecen, son la continuación de la empresa, en caso de que sea viable (por medio de un convenio, de la enajenación como unidad económica, etc), o bien, la realización

⁴⁸⁵ BONILLA, Claudio, FISCHER, Ronald, LUDERS, Rolf, MERY, Rafael, y TAGLE, José. Ob. Cit.,6-7p.

del activo. De esta forma, la ponderación entre un criterio conservativo y uno liquidatorio, no pasa por aspectos propiamente jurídicos, sino que incluye la búsqueda de la maximización social, dada por la mayor recuperabilidad crediticia posible.

Ahora bien, no sólo las modificaciones a la Ley N ° 18.175, se basan en criterios de eficiencia, sino que también, dicha normativa, fue pensada como una regulación legal que tendiera a la búsqueda de un parámetro de dicho tipo. Se pensó por los legisladores de la mencionada ley, que ello se lograría con una participación significativa de los acreedores, y que en tal propósito, se necesitaba tener a la vista⁴⁸⁶:

- La minimización de los costos asociados al proceso⁴⁸⁷
- La necesaria expedición⁴⁸⁸, y
- Una sana y ágil reasignación de recursos en la economía⁴⁸⁹.

En dicho sentido, se establecieron una serie de instituciones no contempladas en la ley precedente (N ° 4.558), pudiendo citar, por ejemplo, el establecimiento de un procedimiento de realización sumaria (Artículo 109 de la Ley de Quiebras⁴⁹⁰), el que

⁴⁸⁶ En este sentido, se manifiesta: SKARIC Carevic, Antonio. Reforma del sistema concursal chileno. Sus fundamentos en el derecho internacional. Texto comparado de las Leyes N ° 18.175 y N ° 4.558. 1985. Memoria de prueba para optar al grado de Magíster en Derecho de la Contratación Comparada e Internacional. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago. 4p

⁴⁸⁷ Según Antonio Skaric: “La minimización de los costos de la quiebra tiene como contrapartida necesaria una maximización en la recuperación de los créditos por parte de los acreedores. Entre los costos que la ley o más bien el sistema que ella sustenta debe también evitar, están los de tipo social, que normalmente se producen como consecuencia de una insuficiente administración del proceso de la quiebra” SKARIC Carevic, Antonio. Ob. Cit. 4p

⁴⁸⁸ Según Antonio Skaric: “De allí que la ley de quiebras deba ser también expedita, esto es, que las distintas etapas se encaucen en procedimientos lógicos y libres de toda traba, sea ésta real o ficticia, evitando con ello la interposición de recursos o incidentes que sólo pretenden retardar la acción legal o administrativa de la quiebra” SKARIC Carevic, Antonio. Ob. Cit. 4p

⁴⁸⁹ Según Antonio Skaric: “La consecuencia con una sana y ágil reasignación de recursos se refiere no sólo a la celeridad con que éstos deben ser devueltos al sistema productivo, sino también a la posibilidad de precaver que caigan en falencia actividades o negocios con viabilidad económica y que, en todo caso, los sistemas de enajenación de bienes den la suficiente garantía de que quienes sean más eficientes tengan acceso a ellos” SKARIC Carevic, Antonio. Ob. Cit. 4p

⁴⁹⁰ El que encuentra su fuente comparada en la Ley de Quiebras Inglesa: Bankruptcy Act de 10 de Agosto de 1914, Parte I, Sección 5ª, Párrafo (3)

permite adecuar quiebras pequeñas a un juicio más expedito y menores costos en términos de tiempo y recursos. Adicionalmente, y basado en la legislación suiza⁴⁹¹, se contempla la exigencia de consignación por parte del acreedor (Artículo 44 inciso 2 de la Ley de Quiebras), para poder incoar un juicio de quiebra, lo que tiende a establecer un filtro a la solicitud de dicho procedimiento, quedando contemplado para casos en donde exista posibilidad cierta de recuperabilidad. Por último, como hemos señalado anteriormente, la eliminación de la antigua Sindicatura de Quiebras, pretendió reducir los costos del sistema que eran afrontados por erario público, como asimismo, buscó reducir los tiempos de tramitación y de litigiosidad de las quiebras, debido a que a dicho órgano le correspondía en el proceso de quiebras una serie de legitimaciones procesales.

Por lo mismo, lo que se desarrollará en el acápite siguiente, resulta perfectamente aplicable a nuestra legislación, como medio de análisis normativo, y como criterio de decisión jurisdiccional.

§ 4.2 Análisis Económico del Derecho Concursal.

El análisis económico del derecho del Derecho de Quiebras analiza las decisiones vinculadas con la quiebra desde dos perspectivas⁴⁹², a saber: (a) Eficiencia *ex ante*, que permite evaluar la decisión de una empresa existente y que no se encuentra en dificultades, respecto de las posibilidades de realizar un proyecto adicional, de carácter arriesgado. La quiebra, desde este enfoque, sería una consecuencia de una errada decisión de contratación financiera; y (b) Eficacia *ex post*, que sirve para decidir cuando una decisión entre liquidación o continuación de la empresa resulta beneficiosa socialmente, frente a una empresa que carece de liquidez y sólo puede subsistir con financiamiento adicional.

⁴⁹¹ Artículo 169 de la Ley Suiza sobre persecución por Deudas y Quiebras.

⁴⁹² WOHLSCHEGEL, Ansgar. Ob. Cit. 21-22p.

La distinción anterior, sirve para delimitar los ámbitos de estudio que se relacionan con cada perspectiva de eficiencia. Así, la eficiencia *ex ante*, forma parte de la problemática de las finanzas corporativas⁴⁹³, en cambio, la eficiencia *ex post*, se relaciona con lo propiamente concursal, porque supone una elección frente al problema de la insolvencia, y cuya concreción, se verifica dentro del proceso de quiebras. Dado lo anterior, el presente acápite se centrará en la segunda clase de eficiencia.

La literatura de análisis económico del derecho concursal, emana fundamentalmente de los Estados Unidos, y por tanto, resume las dos alternativas que plantea la eficiencia *ex post*, en un procedimiento de liquidación, o bien, en un proceso de reorganización. La fuente normativa de cada una de dichas alternativas, se encuentra, para la liquidación en el capítulo séptimo del Código de Quiebras Norteamericano⁴⁹⁴, y para la reorganización en el capítulo decimoprimer del mismo Código⁴⁹⁵.

En el caso que se opte por la liquidación de la empresa en falencia, sus activos son vendidos, ya sea totalmente o en parte, o bien, se produce la enajenación de la empresa, como negocio en marcha. El producto de esta venta, se divide entre aquellos que tienen créditos en contra de la empresa en falencia. Por su parte, la reorganización, es la venta hipotética de una empresa, a todos aquellos que tienen créditos o intereses en contra de ella, y en donde éstos se pagan con sus deudas pendientes o bien, con su ingreso a la compañía reorganizada. De esta manera, los participantes de la quiebra, reciben un conjunto de derechos con respecto a los valores de la empresa reorganizada.

En general, y de manera simplemente ilustrativa, se consideraría que la liquidación resulta óptima para aquellas empresas que tienen un valor económico

⁴⁹³ WOHLSCHLEGEL, Ansgar. Ob. Cit. 28p

⁴⁹⁴ Artículos 701 a 786 de United State Bankruptcy Code.

⁴⁹⁵ Artículos 1101 a 1174 de de United State Bankruptcy Code

negativo o insolvencia, en cambio, la reorganización, sería apta para aquellas entidades de negocio que presentan dificultades económicas e iliquidez⁴⁹⁶.

Desde una perspectiva económica, la elección por la reorganización supone que los acreedores o interesados que opten por ella, lo hacen para capturar el mayor valor que pueden obtener en dicha alternativa, frente a lo que podrían llegar a recibir en un proceso de liquidación. Ello ocurrirá fundamentalmente cuando los acreedores generen mayor nivel de ganancia de la repartición de los beneficios que la empresa puede producir, en su calidad de accionistas o socios, que de su calidad de acreedores con un derecho de participación sobre el producto de realización del activo. Los supuestos que han sido identificados como proclives a una reorganización son los siguientes: (a) Cuando los activos de una empresa valen mucho más en su operatoria conjunta, que como piezas separada; (b) Cuando existe nula o escasa posibilidad de venta, dada la existencia de asimetrías de información en perjuicio de posibles compradores, respecto del verdadero valor de la empresa y de los recursos necesarios para adquirirla, y (c) Cuando existan cuestiones sociales trascendentes involucradas, como lo es, la preservación de puestos de trabajos. Desde un punto de vista económico, el capital humano involucrado en el mundo laboral, es clasificable entre capital humano específico, y capital humano general. El primero es útil de manera prevalente en la empresa en cuestión, en cambio, el segundo, genera utilidad en una amplia variedad de empleos. Pues bien, el capital humano específico debería ser protegido por el derecho de quiebras cuando éste pretende conservar empresas que presentan dificultades financieras, por su parte, el capital humano general, no debería estar jurídicamente protegido en el marco de una reestructuración societaria, debido a que éstos no presentarían problemas para encontrar trabajo en otras industrias o comercios. De esta manera, y existiendo esta clase de cuestiones, la liquidación estaría castigando parte importante de un activo que no tendría retorno a favor de los acreedores, ya que la

⁴⁹⁶ SCWARTZ, Alan. The Law and Economics Approach to Corporate Bankruptcy. Paper presentado en Global Corporate Governance. Forum Reseach Network Meeting, 2002. 1p

ganancia obtenida por la existencia de capital humano específico, sólo se alcanza, con la sinergia entre los factores productivos, la que desaparecería en caso de que se opte por la liquidación.

Sin embargo, autores como el profesor Baird⁴⁹⁷, sostienen que las dificultades insalvables de la reorganización nos deben llevar a optar necesariamente por la liquidación, como mecanismo que permita la mayor creación de riqueza, y por tanto, el mayor índice de recuperabilidad a favor de los acreedores participantes. En tal sentido, se indica que la alternativa de la reorganización conducen a resultados imperfectos, dados los siguientes antecedentes⁴⁹⁸:

(a) El proceso de reorganización afectaría las preferencias legales o los derechos que tienen los acreedores para participar de la masa, vulnerando con ello, derechos de propiedad, y transformando el proceso de quiebras, en un mecanismo de distribución ineficiente⁴⁹⁹. En efecto, el no resguardo de la prelación de los créditos, inducirá en el futuro a que los acreedores que tengan por ley asociada alguna clase de privilegio por sobre los valistas, encarezcan sus prestaciones, o bien, las entreguen en condiciones más rigurosas, con la finalidad de resguardar dicho privilegio. En consecuencia, las empresas tenderán a obtener menores rendimientos netos, por la obtención de mayores tasas de interés, perjudicando, el retorno en estado de insolvencia, porque los proyectos que se llevaron a cabo, generaran menores niveles de producción;

(b) Asimismo, y en segundo lugar, la reorganización da lugar a una estructura de capital inadecuada, que no considera necesariamente la finalidad de maximizar el valor

⁴⁹⁷ BAIRD. The Uneasy Case for Corporate Reorganizations. Journal Legal Studies. N° 15. 127p. 1986

⁴⁹⁸ BEBCHUK, Lucian. A New Approach to Corporate Reorganizations. Harvard Law Review. Vol. 101. 4-7. 1988

⁴⁹⁹ De acuerdo a algunos estudios empíricos llevados a cabo en Estados Unidos se ha demostrado que la regla de prioridad ha sido afectada en un gran porcentaje de reorganizaciones, ver: FRANKS, J. R. y W. N. TOROUS. An Empirical Investigation of U.S. Firms in Reorganization. Journal of Finance. N°: 44, 747-769p. 1989

de la compañía reorganizada, ya que al efecto, existen influencias no óptimas que alejan la reorganización de dicho propósito. Uno de los intereses que alejan el objetivo de la generación de una estructura de capital que maximice el valor de la empresa, es el que se genera a propósito de lo que podríamos llamar: “el problema de la agencia concursal”, esto es, el interés diverso que tienen los administradores de la empresa en falencia para seguir obteniendo rentas privadas de su gestión, en razón del difícil control que pueden ejercer los dueños del capital, y que se traduce en hacer todo lo posible por mantener, por el mayor tiempo, el control de la gestión, lo que puede producirse con mayor posibilidad, en caso que la empresa entré en una situación de reorganización; y

(c) En tercer lugar, el proceso mismo tendiente a la reorganización, se traduce en costos elevados, referidos a gastos de litigación y retrasos, que se generan por la necesidad de lograr un acuerdo entre los diferentes participantes del proceso.

Incluso, ni siquiera la invocación de los problemas sociales que supuestamente generaría la liquidación (desempleo), servirían para fomentar la alternativa de la reorganización, que supone la conservación de la empresa, esto porque, si la empresa tiene un valor económico negativo, es porque, el capital humano específico de la empresa también tiene un valor económico negativo, resultando más conveniente su reasignación en otras actividades. Además, y en segundo lugar, el problema mismo de la pérdida de empleo, es un asunto no propiamente concursal⁵⁰⁰, al que la quiebra no contribuye de manera significativa, y que debe ser abordado, desde el punto de vista de las políticas sociales, en una lógica distributiva.

Un problema adicional en contra de la reorganización es la dificultad para valorar la empresa. Ello se presenta en dicha alternativa, porque es necesario saber la cantidad que la empresa debe repartir entre sus acreedores, luego de lo cual, debe determinarse, sobre dicho fondo, la prelación de créditos que regirá a los participantes de la

⁵⁰⁰ En este sentido: SCWARTZ, Alan. Ob. Cit. 2p

reorganización. Indudablemente que ello significa una importante cantidad de costes procesales y un retraso importante, toda vez que, resulta difícil establecer un valor objetivo y de mercado, más aún, cuando éste, tiende a infravalorar la capacidad y precio real de una empresa en falencia. La solución tradicional a dicha dificultad, pasó por la negociación, lo que indudablemente, hacía subsistir los cuestionamientos referidos. Dicho problema, y costos, no se generan, en una alternativa de liquidación, porque simplemente se intercambian activos por dinero en efectivo, de modo que dicho intercambio, representará el verdadero valor de la empresa, en una lógica de subasta, esto es, en el marco de conceder los activos a quien esté dispuesto a adquirirlos a un mayor precio.

Los entorpecimientos de la valoración de la empresa vía negociación, han sido objeto de dos formulaciones que pretenden soslayar sus nefastas implicancias. En primer lugar, Mark Roe⁵⁰¹, propuso que para lograr estimar el valor de una empresa, a los fines de su reorganización, se debería vender el diez por ciento de ella (empresa reorganizada) en el mercado. Dicha solución, sería superior a la valoración por medio de la negociación, pero sin embargo, estaría afecta a tres complicaciones, a saber: (a) No considera las preocupaciones de quienes creen en la incapacidad del mercado para percibir el verdadero valor de las reorganizaciones; (b) No toma en cuenta las eventuales manipulaciones del precio de venta, por parte de quienes tienen intereses estratégicos (administradores); y (c) No resultaría aplicable a las sociedades que no se cotizan en bolsa⁵⁰².

Dada dichas dificultades, Lucia Bebchuk, presentó un mecanismo que no dependía de las valoraciones realizadas por terceros. En su propuesta, y sabiendo que no conocemos el valor de la empresa en reorganización, pero si conocemos los derecho que

⁵⁰¹ Ver: ROE. Mark. Bankruptcy and Debt: A New Model for Corporate Reorganization. Columbia Law Review. N° 83. 527-602p. 1983

⁵⁰² Estos problemas de la propuesta de Roe, han sido señalados por Lucian Bebchuck, como antecedentes de la formulación que pretende superar, ver: BEBCHUK, Lucian. Ob. Cit. 13-14p

los participantes tienen como una función de lo que pudieran tomar de la empresa en reorganización, entonces, a cada acreedor (de las distintas clases) le entregamos un derecho de opción de compra transferible que puede ejercer mediante el pago, y en virtud de dicha fórmula a cada acreedor le corresponderá por lo menos el valor al que tienen derecho, y por tanto, se satisface, vía reorganización, los intereses de los acreedores⁵⁰³.

Los beneficios de esta propuesta resultan claros, ya que, se identifican a los acreedores valistas y se les concede el derecho a convertirse en dueños de la empresa mediante el pago de los créditos principales, de modo que puedan tomar una decisión imparcial acerca de la posibilidad de liquidar la empresa o bien de continuar con ella. Adicionalmente, no existen incentivos para tergiversar el valor de la empresa, y tampoco, se generan costes vinculados con la negociación. Por otro lado, la falta de capacidad de pago de los acreedores valistas⁵⁰⁴, puede solucionarse por medio de su

⁵⁰³ En este sentido, el autor distingue entre tres clases de acreedores regulando para cada uno de ellos un derecho de opción. Así, señala que: “1. Senior Creditors.—Each senior creditor will receive one type-A right. A type-A right may be redeemed by the company on January 5 for \$1. If the right is not redeemed, its holder on January 5 will be entitled to receive one unit of RC. To get some sense at this stage of the value to senior creditors of receiving type-A rights, consider a creditor that holds his type-A right until January 5. If the right is redeemed, then the creditor will be paid in full. If the right is not redeemed, then the creditor will receive a value of V. And indeed, the senior creditor is never entitled to receive more than either \$1 or V 2. Junior Creditors.—Each junior creditor will receive a type-B right. The company may redeem a type-B right on January 5 for \$1. If the right is not redeemed, its holder will have the option on January 5 to purchase one unit of RC for \$1. To exercise this option, the holder of the right must submit it to the company by January 5 accompanied by a payment of the \$1 exercise price.³¹ Again, it might be worthwhile to describe briefly how receiving a type-B right will provide a junior creditor with the value to which he is entitled. If the creditor holds on to the type-B right and the right is redeemed, then the creditor will be paid in full. If the right is not redeemed, exercising it will provide the creditor with a value of V - \$1. And indeed, the creditor is never entitled to receive a value higher than both \$1 and V - \$1 (see Table 2). 3. Equityholders.—Each equityholder will receive one type-C right. A type-C right may not be redeemed by the company. The holder of a type-C right will have the option to purchase one RC unit on January 5 for \$2. To exercise this option, the holder must submit the right to the company by January 5 accompanied by a payment of the \$2 exercise price.³² Note that if an equityholder holds on to his right until January 5 and then chooses to exercise it, he will get a value V - \$2. And indeed, the equityholder is never entitled to a positive value exceeding V - \$2 (see Table 2)” BEBCHUK, Lucian. Ob. Cit.: 8-10p.

⁵⁰⁴ Al respecto, Adler y Ayres han planteado soluciones complementarias a la propuesta de Bebhuck, en lo que se refiere a la iliquidez en que se pueden encontrar los acreedores beneficiarios del derecho de opción preferente de compra, ver: ADLER. Barry, y AYRES. Ian. Dilution Mechanism for Valuing Corporations in Bankruptcy.. En: Discussion Paper No. 243, Yale Law School, 2000

disposición en el mercado secundario de valores, por lo mismo, el derecho de opción, es transferible y gravable⁵⁰⁵.

Es posible concluir de lo avanzado que el objetivo final entre las opciones de liquidación o reorganización, buscan generar los instrumentos necesarios para poder optar entre la alternativa más beneficiosa para los acreedores, siendo ésta, aquella solución concursal que genere la mayor cantidad de riqueza, ya que sobre los recursos que el sistema genere, se posibilitara la recuperación de sus créditos, y consecuentemente, la satisfacción de quienes los verifican.

Adicionalmente, tal como expone Alan Schwartz, la normativa sobre quiebras debe estructurarse de una manera que permita la más amplia flexibilidad posible para poder optar por el sistema de solución a la insolvencia que permita la mayor maximización del valor de los activos de la empresa en crisis. Cualquier imposición de procedimiento (liquidación o reorganización) sin considerar las particulares circunstancias concomitantes de la empresa en cuestión, generará ineficiencias⁵⁰⁶ .⁵⁰⁷

Ello nos lleva a que el sistema quiebra, como procedimiento especial, tiende a un objetivo adicional a las dos finalidades tradicionales del análisis económico del derecho procesal, cuál es, la generación de la mayor cantidad de riqueza posible en el marco del sistema de quiebras. Éste es un propósito pacífico en la doctrina⁵⁰⁸, y en cuya

⁵⁰⁵ WOHLSCHLEGEL, Ansgar. Ob. Cit. 19p

⁵⁰⁶ En este sentido, Alan Scwartz cuando señala: “Bankruptcy law should be voluntary rather than mandatory because the diversity of parties and of circumstances in advanced economies is so great that no single bankruptcy system could create optimal incentives for every set of a borrower and its creditors” SCWARTZ, Alan. Ob. Cit. 11p

⁵⁰⁷ En este mismo sentido, Steven Shavell, señala que la elección de un sistema jurisdiccional determinado genera mayores rentabilidades si es realizado de manera ex ante, más no a posteriori, porque ello puede generar incentivos para que las partes escapen de la disuasión querida por la ley. En materia de quiebras, ello supondría que la elección del sistema debe ser realizada antes de la existencia de una situación de insolvencia, cuando las partes visualizando su relación comercial futura, se coloquen, en el marco de un contrato perfecto, en la eventualidad que dicha insolvencia ocurra. SHAVELL, Steven. Ob. Cit. 446-449p

⁵⁰⁸ SCWARTZ, Alan. Ob. Cit. 2 y 5p; BEBCHUK, Lucian. Ob. Cit 1p; y WOHLSCHLEGEL, Ansgar. Ob. Cit. 18 y 21p

consecución no sólo basta la manera en que la ley enfrente la insolvencia o la iliquidez, sino que, extiende sus implicancias a las decisiones adoptadas por la empresa en el periodo previo a la crisis, y por tanto, al momento de la valoración de las decisiones corporativas de acuerdo a un parámetro de eficacia concursal *ex ante*. En otras palabras, una empresa llega a situación de insolvencia, cuando alguno (s) de los proyectos desarrollados fracasa, y a consecuencia de ello, la empresa adquirió un valor económico negativo que imposibilitó, adicionalmente, seguir haciendo frente a sus acreedores. Pues bien, la valoración acerca de la rentabilidad de un determinado proyecto, es una actuación que se realiza por la empresa antes de caer en situación de falencia, y es propia de las tareas financieras de cada negocio. Por tanto, si se llega a una situación de falencia, es porque existió una ineficacia concursal *ex ante*, esto es, una errada valoración de la rentabilidad de un (os) determinado (s) proyectos. Sin querer entrar en dicha materia, que es propio de los estudios de economía y de ingeniería comercial, puedo agregar muy brevemente que la rentabilidad de un determinado proyecto va a aumentar de acuerdo al juego de una serie de variables, siendo la primera de ella, que el financiamiento sea obtenido con las menores tasas de intereses posible, precisamente porque el rendimiento neto se incrementa cuando caen los costos de financiamiento. Adicionalmente, el éxito del proyecto es una función positiva del nivel de esfuerzo de la empresa y de una variable de los estados estocásticos, esto es, de consideraciones exógenas a la preocupación de los administradores. De esta forma, a medida que se aumenta el esfuerzo empresarial por el éxito de un proyecto, se incrementa asimismo, la probabilidad de un resultado favorable. Desde la eficiencia, la empresa hará todos los esfuerzos posibles hasta que su ganancia marginal se iguale al costo marginal, esto es, hasta cuando el beneficio que se obtiene de un peso adicional de esfuerzo sea superior a dicho gasto. Sin embargo, como el resultado del esfuerzo llevado a cabo, no retribuye solamente a la empresa, sino que también, a los acreedores financieristas, entonces, no existirá incentivo para realizar el esfuerzo óptimo, sino que éstos elegirán un nivel de esfuerzo menor. De esta forma, el resultado del conjunto de las variables indicadas, llevará a un determinado nivel de activos sobre el cual los acreedores podrán satisfacer

sus pretensiones, lo que nos permite concluir, en la relevancia que tiene dicha etapa para la suerte del proceso concursal, en cuanto se refiere a su finalidad de maximizar la rentabilidad de los acreedores.

La ley de quiebras, en este sentido, debería aumentar los niveles de monitoreo de los acreedores en forma previa al estado de insolvencia, o por lo menos, cuando dicha situación resulta cercana y cierta, ya que con ello, se otorgan incentivos mayores, o bien, se desincentiva conductas perjudiciales de los administradores, a efecto de que propicien el éxito de los proyectos que llevan a cabo, mitigando, con ello, el azar moral referido anteriormente. Una forma en como el derecho procesal puede coadyuvar a dicho objetivo, de acuerdo a lo que se dirá en el acápite siguiente, es por medio del establecimiento de medidas cautelares prejudiciales concursales, que complementando la regulación de acciones de retroacción, pueden operar, en el marco de las particularidades del proceso de quiebras, en el periodo en donde dada la inminencia de la falencia, la administración con el riesgo del concurso, haga lo posible por evitar su declaración, falseando antecedentes y desviando activos⁵⁰⁹.

En el momento previo al concurso, esto es, cuando las dificultades financieras comienzan a surgir, la actuación de la empresa, y de sus administradores, se encuentra empíricamente sesgada a favor de la continuidad de la empresa⁵¹⁰, incluso si el rendimiento previsto resulta menor que el producto de una eventual venta de la entidad. Adicionalmente, frente a dichas circunstancias, el rendimiento de la empresa, otorga información acerca de su rentabilidad futura, lo que permite reducir el riesgo de error sobre la valoración de la eficacia concursal *ex ante*, y asimismo, genera información sobre otros usos alternativos más eficientes de sus activos, lo que permite visualizar como se comportará la eficacia *ex post* del concurso, más aún, si en su uso actual, dichos

⁵⁰⁹ De hecho el peligro de la quiebra y de las sanciones e inhabilidades que lleva aparejado, produce en comerciantes racionales la necesidad de búsqueda de soluciones frente a su fracaso, que tiendan a evitar las consecuencias de dicho peligro a cualquier costo, lo que se intensifica, en el periodo previo a la bancarrota. Lo ideal, desde un punto de vista procesal, sería actuar en dicho momento.

⁵¹⁰ En este sentido, WOHLSCHLEGEL, Ansgar. Ob. Cit. 13p

activos, no permiten siquiera satisfacer los débitos de la empresa. Desde dicha lógica, una tutela procesal a favor de los acreedores, sería anticipar los efectos de la insolvencia, o resguardar su riesgo, vía procedimientos concursales, esto es, por medio de la quiebra o los convenios. En efecto, según Adler⁵¹¹, podemos llegar a la mejor estructura de capital de una empresa, con un análisis de sus rendimientos pasados, ya que éstos contienen información sobre su viabilidad en el futuro, y por tanto, un actuar preventivo, puede generar mayores niveles de protección del crédito, al evitar conductas que pretendan salvar una empresa en problemas, y que se suponen, serán cada vez más riesgosas, asociadas a mayores tasas de interés, y por tanto, con menores índices de rentabilidad. La tutela cautelar, puede actuar en dicho periodo, adecuando una regulación eficiente de la prohibición preliminar prejudicial.

Ahora bien, el objetivo del análisis económico del derecho concursal, tendiente a maximizar el beneficio de los acreedores, que se traduce en una mayor tasa de recuperación de sus créditos, concurre conjuntamente con los objetivos tradicionales del análisis económico del derecho procesal, esto es, la reducción de los costos ponderados por la reducción de los costos del error. Ello, precisamente, porque el sistema de quiebra, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, constituye un extensión del Derecho Procesal.

Respecto del objetivo de reducción de los costos que genera el error, es importante puntualizar que en materia de Derecho concursal, se modifica el sentido de dicha finalidad, ya que aquí no pretendemos lograr un nivel de adecuación probabilístico entre la efectividad de las pretensiones de partes con intereses contrapuestos, y aquello que pueda ser resuelto en una sentencia definitiva, sino que buscamos elegir aquella opción de satisfacción a los acreedores (liquidación o reorganización) que genere la mayor cantidad de beneficios posibles maximizando la utilidad de los partícipes en el

⁵¹¹ ADLER, Barry Theory of Corporate Insolvency. New York University Law Review N ° 72: 343-382p. 1997

proceso. En otras palabras, mediremos la reducción del error, y la corrección del sistema, en la medida que éste genere la mayor recuperación de créditos a sus legítimos propietarios, lo que se producirá cuando se opte por la alternativa que maximice el valor de las reclamaciones en contra del fallido. Así, la eficacia concursal *ex post* está inversamente relacionada con el coste del error en materia de quiebras.

En cuanto al objetivo de reducción de costes del sistema concursal, existe una primera discusión relativa a aquello que debemos considerar como costo del proceso de quiebras. Al respecto, a partir del teorema Modigliani-Miller⁵¹², las ineficacias generadas en el marco de un proceso de quiebras, daban origen a costos que debían considerarse al momento de determinar la estructura de capital financiera de una empresa. De esta manera, la quiebra no sólo producía costes, por así decirlo, directos (gastos derivados del litigio procesal; consignaciones; multas; gestión de órganos concursales; pérdida de valor de activos por desuso, etc), sino que, también, costos indirectos, que se encontraban presentes incluso antes de producida la insolvencia. Posteriormente, y a partir de las contribuciones de Haugen y Senbet⁵¹³, se concluyó que estos costes eran irrelevantes para la determinación de la estructura de capital de una empresa, y consecuentemente, generan poco impacto sobre los precios de los créditos anteriores a la quiebra.

En base a lo anterior, podemos identificar como costos del sistema concursal, aquellos que se producen en la mecánica y prosecución del procedimiento de quiebras, sin que se incluyan dentro de éstos, ineficiencias generadas por costos de oportunidad en la elección de un determinado mecanismo concursal (que como hemos visto, se traduce en un costo de error), o bien, gastos que reduzcan la rentabilidad de los acreedores, en

⁵¹² Ver: MODIGLIANI, Franco, y MILLER, Merton. The Cost of Capital, Corporation Finance, and the Theory of Investment. *American Economic Review*. N° 48. 261-297p. 1958; MODIGLIANI, Franco, y MILLER, Merton. Corporate Income Taxes and the Cost of Capital. *American Economic Review*. N° 53. 433-443p. 1963

⁵¹³ HAUGEN, Robert, y SENBET, Lemma. Bankruptcy and Agency Costs: Their Significance to the Theory of Optimal Capital Structure. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*. N° 23: 27-38p. 1988

razón del financiamiento más caro al que se pudo acceder, por el riesgo de la insolvencia.

Respecto de los costos directos de la quiebra, que son los aquí importan, ellos guardan armonía con la expedición del proceso. De esta forma, el factor tiempo ayudará a reducir los costos del sistema, sin que por otra parte, genere una disminución de la eficiencia concursal *ex post*, en la medida que se respeten los tiempos óptimos para arribar a una decisión de elección de mecanismo de satisfacción a los acreedores, con carácter técnico. De allí, que Antonio Skaric Carevic, ya desde mediados de la década del ochenta, identificaba como criterios óptimos de una legislación de quiebras con miras a la eficiencia, la minimización de los costos asociados al proceso, la necesaria expedición del mismo, y una sana y ágil realización de los recursos⁵¹⁴. Para dicho autor, la disminución de los costos de la quiebra, se debía lograr a través de dos vías principales, a saber: (a) Minimizar los costos inherentes al sistema concursal, y (b) Minimización de los costos directos de la quiebra. Dichos objetivos, se habrían logrado, en el marco de la Ley N ° 18.175, con la eliminación de la Sindicatura de Quiebras, a quien en el sistema de la Ley N ° 4.558, se atribuía gran parte de la demora en el procedimiento, lo que provocada pérdida de flujos económicos, y por tanto, menores tasas de recuperación crediticia. Asimismo, con la creación de síndicos privados y profesionales⁵¹⁵, se otorgaría mayor flexibilidad al sistema, por la vía de la especialización del órgano administrador, generando un ahorro por parte del Estado, y reduciendo las posibilidades de error.

Sin embargo, en el caso chileno, los resultados empíricos demuestran que el sistema sigue siendo ineficiente⁵¹⁶, en cuanto al no lograr reducir los costos del sistema,

⁵¹⁴ SKARIC Carevic, Antonio. Ob. Cit. 4p

⁵¹⁵ Lo que se ha reforzado por medio de la dictación de la Ley N ° 20.004.

⁵¹⁶ “Para medir el tiempo que demora el proceso de quiebra de una empresa se contó en meses el tiempo transcurrido desde la declaración de quiebra hasta la publicación de la última resolución, encontrando un plazo promedio de 40,7 meses y una desviación estándar de 20,9 meses. Estos datos provienen de nuestra muestra de 32 empresas” BONILLA, Claudio, FISCHER, Ronald, LUDERS, Rolf, MERY, Rafael, y

y por otro lado, generar bajas tasas de recuperación crediticia, ello se debe a un procedimiento liquidatorio tradicional, que si bien, ha sido complementado por la Ley N° 20.073 con un sistema de convenios más moderno, no ha logrado generar una mayor maximización del bienestar social, tanto que, se pretende desde el poder central, una nueva reforma del sistema concursal⁵¹⁷, a escasos cinco años de las últimas modificaciones.

§ 5 ¿Cómo mejorar el sistema concursal con la ayuda de la tutela cautelar desde el Análisis Económico del Derecho?

Hemos señalado en el acápite tercero de este capítulo que en el marco de un sistema de quiebra de carácter marcadamente liquidatorio, como el nuestro, no resultan procedentes las medidas cautelares, ya que, la sentencia que declara la quiebra, tiene un marcado sentido tutelar, que hace innecesario cualquier mecanismo de resguardo adicional a favor de los acreedores. Dicha conclusión es coherente con el objetivo de

TAGLE, José. Ob. Cit. 77p; y: “15.-La ley de insolvencia establece un procedimiento de liquidación de quiebra tradicional, el cual es en la práctica bastante ineficiente. Los procedimientos de quiebra abarcan a todos los activos y obligaciones del deudor (incluso obligaciones no del pasado), excepto aquellos activos y obligaciones expresamente excluidas por ley (ejemplo: hipotecas o activos en prenda). La adjudicación de quiebra tiene certeza inmediata y efecto retroactivo. La realización de un estado de quiebra, en teoría, debiera ser prontamente completada de modo de satisfacer los requerimientos de los acreedores con las ganancias obtenidas. En la práctica, sin embargo, las liquidaciones son procesos largos. Su promedio de duración es 24 a 36 meses. Una vez las reclamaciones privilegiadas y garantizadas son pagadas, los acreedores no garantizados (acreedores valistas o sin privilegio) típicamente reciben porcentajes de distribución muy bajos. Como la ley no establece tratamiento de reclamaciones subordinadas en procedimientos de insolvencia, el efecto de la quiebra de un deudor sobre el acuerdo de subordinación de deuda es incierto”. BANCO MUNDIAL. Informe sobre Observancia de Estándares y Códigos. Chile. Junio 2004. Punto: 15

⁵¹⁷ Al respecto, de acuerdo a la misma información obtenida de la Superintendencia de Quiebras, es posible constatar el rotundo fracaso y la escasa aplicación que ha tenido la reforma de la Ley N° 20.073. En efecto, el año 2008 sobre un total de 130 quiebras, se aprobaron solamente 5 convenios judiciales de un total de 10 propuestos, lo que representa un 3,8% del total de quiebras. El año 2009, de un total de 173 quiebras, solamente se aprobaron 3 convenios de un total de 14 propuestos, lo que representa un 1,7 % del total de las quiebras. Por último, al mes de Julio de 2010, de un total de 69 quiebras, se han aprobado dos convenios judiciales de un total de 2 propuestos, lo que representa un 2,8 % del total de las quiebras. Todo lo que significa una aplicación práctica desde el 2008 a la fecha de un 2,6 %. Ver: SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS. Resumen de cifras al 31 de Diciembre de 2008. 2008. Santiago. 1-2p; SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS. Resumen de cifras al 31 de Diciembre de 2009. 2009. Santiago. 1-2p; y SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS. Resumen de cifras al 31 de Julio de 2010. 2010. Santiago. 1-2p.

eficiencia del análisis económico del derecho concursal que pretende la minimización de los costos del proceso de quiebras, ya que, evita la existencia de duplicidades de procedimientos de tutela, lo que genera mayor controversia judicial periférica dada la mayor litigiosidad que supone el establecimiento de dos mecanismos paralelos de protección (efectos de la sentencia que declara la quiebra, y medidas cautelares). Frente a la necesidad de resguardar el interés de los acreedores, los efectos de la sentencia que declara la quiebra constituye la mejor alternativa, dado sus escasos costos asociados, ya que no requiere otro gasto que el de publicación de la sentencia que declara la quiebra, la amplitud que tiene (afecta a todo el patrimonio del deudor), y las sanciones a las que va asociado (inoponibilidad). Sabemos, adicionalmente, que el establecimiento de reglas claras, permite la adopción de comportamientos racionales y evita la discusión jurisdiccional innecesaria, porque las partes saben con una alta previsibilidad el resultado de una determinada actuación, por lo que se desincentiva las reclamaciones. Ello no se logra, en presencia de duplicidad de procedimientos para afrontar un problema, porque, se generan costos asociados a la preeminencia de uno u otro mecanismo, así como a las áreas de extensión de cada uno.

Por otro lado, la conclusión referida, también satisface lo que hemos denominado eficiencia concursal *ex post*, esto es, aquél estado que genera la mayor maximización del bienestar de los acreedores, precisamente porque el desasimiento y los otros efectos asociados a la declaración de la quiebra, producen que el patrimonio concursal sea indisponible para el fallido, no afectando a la masa los actos que pudiera realizar en su perjuicio, ya que ellos, serían inoponibles.

Incluso es más, la solución dada al problema planteado en este capítulo tiene una explicación histórica en el Derecho Romano, recepcionado posteriormente en las Partidas, y que hacían innecesaria la tutela cautelar. En efecto, se contemplaba la nulidad radical de cualquier transmisión de la cosa litigiosa después del emplazamiento del

demandado, lo que incluía una sanción al transmitente. En efecto, las Partidas indicaban que:

“Todo hombre después que fuese emplazado, si enajenase la cosa, sobre que fuese hecho el emplazamiento, que le quisieren demandar, diciendo y razonando los demandadores, que no había derecho en ella, y que era suya de ellos; que tal enajenamiento no valga, y que sea tornada aquella cosa, en poder de aquel que la enajenó, y que sea el tenido de hacer derecho sobre ella. Y además, que aquel que la compró, si fuese sabedor de aquel engaño, que pierda el precio que dio por ella. Y otrosí el vendedor, que peche otro tanto de lo suyo, por el engaño que hizo, y sea todo de la Cámara del Rey”⁵¹⁸

En el Derecho de las Partidas (receptor del Derecho Romano) la tutela cautelar era una institución marginal, que solamente, como hemos visto⁵¹⁹, se regulaba a propósito del secuestro, para casos bien acotados, y que quedaban fuera de la protección otorgada por la regla citada.

Al respecto podemos hacer un paralelo con el moderno derecho de quiebras, en cuanto a que el desasimiento produce hoy en día, los mismos efectos, que el emplazamiento a juicio, producía en la legislación de las Partidas, por lo mismo, no resulta deseable la tutela cautelar, cuando instituciones de derecho, con un fundamento igualmente protector, logran su objetivo de manera más eficiente y a un menor costo. Esta es la conclusión de Satta, cuando señala:

“La ley no contempla expresamente las acciones cautelares, porque las acciones cautelares no son incompatibles con la quiebra sino en cuanto estén vinculadas con la expropiación del deudor”⁵²⁰

⁵¹⁸ Partida III, Título VI, Ley 13

⁵¹⁹ Acápites § 4 del Capítulo II de esta Tesis.

⁵²⁰ SATTÀ, Salvatore. Ob. Cit. 199p.

Sin embargo, el surgimiento de la cuestión acerca de la procedencia de las medidas cautelares en la quiebra, da cuenta de una problemática que nace de las ineficiencias de nuestra legislación. En efecto, si la normativa lograra cumplir con parámetros aceptables de recuperación de créditos, maximizando la utilidad de los acreedores, probablemente no existiría necesidad de buscar mecanismos adicionales a los contemplados, para satisfacer dichos intereses. De acuerdo a los estudios existentes, se llega a la conclusión de que, el promedio de duración de una quiebra, puede alcanzar fácilmente los tres años de vigencia, con una tasa de recuperación media no superior al 40 %, y respecto de los acreedores valistas, solamente de un 3%⁵²¹.

Ello se produce porque la masa activa que existe al momento de la declaración de quiebras es escasa, esto es, no es suficiente para satisfacer las reclamaciones de los acreedores. Sabemos por otra parte, que los actos de distracción patrimonial, o aquellos tendientes a suponer deudas, se verifican en el periodo previo a la quiebra, de esta forma, si la legislación concursal pudiera actuar en dicho momento, entonces, las tasas de recuperación aumentarían. La solución actual a lo anterior, pasa por establecer ciertos efectos retroactivos a la quiebra, que solamente se ponen en ejecución con posterioridad a la sentencia que la declara, y por tanto, actúan una vez que la distracción patrimonial se encuentra consumada, lo que hace difícil, tardía y costosa la defensa de la integridad patrimonial. Si sabemos que los resultados económicos y contables de una empresa establecen indicios de lo que puede suceder con posterioridad, y ello es más cierto cuando estamos hablando de una empresa que comienza con dificultades, entonces, no existe razón alguna para no actuar de manera preventiva, generando a favor de los acreedores mayor información en el periodo previo al momento de la crisis, cuando ésta todavía no es pública, pero que ya manifiesta ciertos signos de existencia. De hecho, en la legislación chilena, la cesación de pagos, si bien no es sinónimo de insolvencia, si es demostrativa de pérdida de liquidez, y de imposibilidad, con la actual estructura de

⁵²¹ BONILLA, Claudio, FISCHER, Ronald, LUDERS, Rolf, MERY, Rafael, y TAGLE, José. Ob. Cit., 77p

capital, de hacer frente a las obligaciones vigentes, por lo que, la verificación de incumplimientos constituye un indicio calificado que puede justificar la actuación preventiva de la ley de quiebras, ya que ello pudiera ahorrar desde una perspectiva de eficiencia concursal *ex ante*, la adopción de proyectos riesgosos con bajas tasas normales de rentabilidad, que pueden conducir a un empeoramiento de la situación, desde una óptica de eficiencia concursal *ex post*. Conjuntamente, a dicha mayor información, se pueden alcanzar niveles de resguardo, por medio de medidas cautelares prejudiciales de carácter precautorio, dejando en claro que la exigencia de información antes referida, también tiene carácter tutelar prejudicial, porque se verificaría en el periodo previo al proceso.

Así, la tutela cautelar tiene innegable utilidad a favor de un mayor grado de eficiencia concursal *ex post*, cuando puede prevenir ineficiencias concursales *ex ante*, que cuando actúa una vez producidas dichas ineficiencias, por lo que el establecimiento de medidas cautelares prejudiciales resulta fundamental, y busca evitar el agravamiento de la situación económica a favor de una mayor tasa de recuperación de créditos. De acuerdo a la literatura de análisis económico del derecho, y fundamentalmente luego de los aportes de Roe y Bebchuk, la detección de una empresa en dificultad, podría facilitar su reorganización, que en Chile operaría vía convenios concursales, en vez de una alternativa de liquidación.

§ 6 Propuesta

De acuerdo a lo señalado anteriormente, se hace necesario establecer una regulación de las medidas cautelares prejudiciales, con el objeto de anticipar dificultades económicas en las empresas que puedan llevar a una situación de iliquidez y de cesación de pagos. El objetivo de dichas medidas es el de tender a generar la información suficiente para que los acreedores puedan monitorear una posible causal de quiebra, como asimismo, evitar que el activo de la empresa sea distraído. Lo primero tiende a

evitar proyectos riesgosos que incrementen los incumplimientos de la empresa en crisis, perjudicando la eficiencia concursal *ex ante*, y lo segundo, tenderá a hacer más efectivo el propósito de maximizar la utilidad de los acreedores, tendiendo a mayores niveles de eficiencia concursal *ex post*.

Hemos dicho en el capítulo segundo de esta tesis, que la fórmula de análisis económico del derecho de las medidas cautelares en el marco de un procedimiento ordinario, es la siguiente

$$P(D_{te}) > (1-P) D_{do} + P(D_{ter})$$

Dicha fórmula expresa el concepto que una tutela cautelar resultará procedente cuando las probabilidades del demandante de obtener un resultado favorable multiplicado por el daño que se ocasionará a dicha parte en el evento de no concederse la tutela cautelar sea superior a las probabilidades del demandado de resultar ganancioso en el juicio multiplicado por el daño que le produce el otorgamiento de la medida cautelar, más el daño probabilístico que produce dicha medida a terceros.

Una primera aproximación a la cuestión prejudicial cautelar concursal, podría resultar de la aplicación de dicha fórmula en el sistema de quiebras. Sin embargo, ello se complica, en razón de la distinta naturaleza del procedimiento que se estudia. En efecto, acá no hay análisis probabilístico respecto de las posibilidades de las partes de obtener un resultado favorable en el juicio, porque no nos encontramos en el marco de un procedimiento declarativo, sino que uno de carácter ejecutivo.

Respecto del daño que puede sufrir el demandante, éste ya no se refiere al riesgo del *pericula in mora* propio de las medidas prejudiciales o precautorias, sino que deberíamos adecuarlo en cuanto al perjuicio que se provoca por la afectación a la integridad patrimonial del futuro fallido. Sin embargo, en el momento de la solicitud de una medida prejudicial cautelar concursal, resulta difícil la valoración de la pérdida de

eficiencia *ex post* (que es aquello objeto de valoración en la adecuación que se ha hecho del presupuesto que se estudia), precisamente porque lo que se pretende, es evitar llegar a dicho momento. La complejidad en la determinación de valores respecto del daño que puede producir al futuro peticionario de quiebra, se acrecienta cuando tratamos de identificar el perjuicio que pueda sufrir dicha parte por la pérdida de eficiencia concursal *ex post*, esto es, por el valor de pérdida que se produce a su persona por no obtener la recuperación crediticia que alcanzaría en caso de obtener una tutela cautelar, ello porque, nos situamos en una perspectiva de eficiencia concursal *ex ante*. Resultaría mas sencillo, estudiar derechamente un presupuesto que identifique la existencia de un riesgo a la integridad patrimonial del deudor, con prescindencia del daño concreto que se podría generar a un acreedor, por la pérdida de recuperación futura, cuando es necesario para identificar dicha pérdida, la consideración de un conjunto de antecedentes exógenos, tales como, los relacionados con los acreedores que conformarían la masa activa, la cantidad y cuantía de preferencias, etc.

Las dificultades se acrecientan cuando se trata de adecuar a la legislación concursal el requisito del daño que sufrirá el demandado de concederse la medida cautelar. En efecto, acreditado que sean los requisitos anteriores, resultaría evidente la necesidad de decretar una medida prejudicial en resguardo de los intereses de los acreedores, toda vez que los costos sociales y privados que produce una quiebra hacen que cualquier otra alternativa resulte deseable. Por lo mismo, se dificulta la conceptualización de la variable que se estudia, porque frente al riesgo de la insolvencia, aparece como innecesario la consideración de algún antecedente a favor del futuro fallido. Con todo, podríamos identificar un detrimento no justificado, en todas aquellos menoscabos que se produzcan al demandado, por una pérdida no legitimada de privacidad comercial, o bien, por el entorpecimiento de sus negocios en cuanto no se verían afectados por el riesgo de la insolvencia. Esto es, podríamos adaptar el requisito del daño que se origina al demandado en el evento de concederse la medida prejudicial cautelar concursal, a uno que tienda a preservar las posibilidades de actuación

económica del demandado en tanto no se vean afectadas por su situación de complejidad comercial, o de iliquidez. Sin embargo, un criterio como el propuesto resulta bastante improbable de ser homologado vía jurisdiccional, porque exige un cúmulo de antecedentes cuya producción en un juicio desincentivaría cualquier reclamación. En este mismo sentido, y objeto a la misma observación se encuentra el requisito del daño probabilístico que se puede producir a terceros en caso de concederse una medida prejudicial cautelar concursal.

Dado lo anterior, es necesario buscar un modelo económico que sortee las dificultades que presenta la fórmula matemática que el análisis económico del derecho procesal ofrece para la tutela preliminar, que como hemos visto, no logra una adecuación óptima al sistema de quiebras.

Surge, entonces, una segunda aproximación que tiende a evitar la frustración de las expectativa de pago de los créditos, que es el momento, en el cual, la legislación de quiebras debería actuar a fin de aumentar las dos clases de eficiencias que se han desarrollado precedentemente. En otras palabras, el riesgo de la cesación de pagos, justifica jurídicamente la protección de los acreedores. Ello ocurrirá cuando:

$$P \times F > (1 - p) (v - c)$$

Esto es cuando las probabilidades de éxito de un proyecto (P) multiplicado por la suma que la empresa en crisis deba pagar a sus acreedores (F) es superior a la probabilidad de fracaso de los proyectos llevados a cabo (1-p) multiplicado por la suma neta disponible para distribución de los acreedores (V-C), que se obtiene de restar al flujo de ingresos esperados de su valor actual (V) los costos del sistema de quiebras (C). Respecto de los costos del sistema de quiebras, no incluimos aquí lo referente a las deficiencias de una errada decisión en el marco del sistema de quiebras, o a los costes de oportunidad que se generan por la influencia de los costes concursales en la determinación de una específica estructura de capital societario. Al respecto, hemos

dicho que desde Haugen y Senbet los costes del sistema de quiebras, se sintetizan en aquellas pérdidas de utilidad social, en razón de litigiosidad y de retraso en la reasignación de activos.

Dicho modelo, identifica situaciones de cesación de pagos, debido a que, si se cumple con dicha fórmula, la entidad económica no podrá hacer frente a sus obligaciones, precisamente porque el valor neto que existe disponible para pagar sus acreedores es inferior a los pagos que se devengarán en contra de la empresa.

Ahora bien, si aplicando dicha fórmula, quisiéramos saber a cuanto asciende el ingreso esperado a ser distribuido a los acreedores, esto es, cuál es el nivel de eficiencia concursal *ex post*, hay que resolver la ecuación

$$V-C= X$$

De forma que:

$$X = F$$

Por tanto (F) disminuye a medida que (X) aumenta.

A consecuencia de ello, a medida que sea menos probable que los acreedores reciban los importes de sus créditos (a medida que baja la tasa de recuperación), más alta es la tasa de interés que se cobrará por quien quiera financiar la empresa, por cada proyecto adicional, transformando en más riesgoso dichos proyectos adicionales, aumentando las posibilidades de obtener un menor rendimiento neto esperado, y disminuyendo así la eficacia concursal *ex post*, ya que (F) será menor.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con las legislaciones española y argentina, la propuesta de medidas prejudiciales cautelares concursales, no debe estar limitada al periodo que surge con la solicitud de la petición de quiebra, sino que debe extenderse incluso con anterioridad a que exista una petición en dicho sentido, si es que con ello, se pretende alcanzar los objetivos preventivos que se han desarrollado, en cuanto a identificar oportunamente ineficiencias concursales *ex ante*, las que agravadas generarán ineficiencias concursales *ex post*.

Adicionalmente, el juez podría anticipar total o parcialmente, al momento de la solicitud de medida prejudicial cautelar concursal, el otorgamiento de la consignación para formular la petición de quiebra, con miras a evitar el abuso del procedimiento, y con el propósito de establecer filtros a solicitudes infundadas y desleales desde el punto de la competencia. Ello no obstaría al establecimiento de una caución facultativa que el juez podría exigir con la finalidad de resarcir los posibles perjuicios que la medida cautelar prejudicial cause a la parte que no se transformó en fallido. Obviamente que las consideraciones a favor del establecimiento de un sistema de responsabilidad objetivo en contra del peticionario pernicioso, así como de la regulación de un procedimiento sumario de liquidación de daños y perjuicios, se mantiene tal como se indicó a propósito de las medidas cautelares civiles generales.

Por otro lado, la técnica legislativa tendiente a establecer la carga procesal de ejercer la acción respectiva una vez concedida la medida prejudicial cautelar concursal, debería contar con una mayor flexibilidad en cuanto al tiempo requerido para deducir dicha acción, lo que podría variar desde quince días a dos meses, dependiendo de las circunstancias y de la evaluación acerca de la concurrencia de las causales de quiebra. Dicho periodo podría servir, asimismo, para alcanzar y acordar un convenio.

Desde el punto de vista de las medidas prejudiciales cautelares concursales concretas, podría complementarse la legislación actual de medidas prejudiciales, respecto de dos medidas determinadas, a saber:

- a. Extrapolar como medida prejudicial la intervención que establecen los artículos 206 a 208 ambos de la Ley de Quiebras, reemplazando al respecto las reglas sobre nombramiento de interventor que se consagran en los artículos 293 y 294 ambos del Código de Procedimiento Civil⁵²²,
- b. Ratificar, a propósito de la tutela prejudicial concursal, el carácter de obligatoriedad de la exhibición de los libros contables del futuro y posible fallido, como asimismo, de su exhibición general y no parcial, de conformidad al artículo 42 del Código de Comercio. A este respecto, sería conveniente el establecimiento de ciertas reglas a favor de un principio de secreto relativo, que posibilite el conocimiento exclusivo de dichos antecedentes por las partes, sancionado, incluso penalmente, la divulgación de la contabilidad a terceros.

Por otro lado, en el evento que dichas medidas fueran concedidas, debe disponerse que se alzarán una vez decretada la quiebra.

De esta forma, la propuesta de análisis económico del derecho concursal para la cuestión cautelar prejudicial en el marco de un sistema de quiebras, sería:

“En todo momento que exista peligro para la integridad patrimonial del deudor, se podrá solicitar ante el juez que sería competente para conocer de la quiebra,

⁵²² Al respecto el interventor regulado en la ley de quiebras, tiene una serie de atribuciones que le otorgan mayor posibilidad de tutelar una correcta administración del deudor, tales como: visar los pagos a los acreedores (Artículo 207 N° 3 de la Ley de Quiebras); Impetrar medidas cautelares en beneficio de los acreedores (Artículo 207 N° 7 de la Ley de Quiebras), y representarlos en ciertos supuestos (Artículo 207 N° 8 de la Ley de Quiebras)

cualquier medida prejudicial cautelar que tienda a resguardar dicha integridad patrimonial” “Se entenderá especialmente que dicho presupuesto concurre cuando la suma neta disponible a favor de los acreedores sea inferior a las exigencias económicas que pesan sobre dicho patrimonio, considerando los costes que impone el sistema de quiebras, y las probabilidades de fracaso o de éxito de los proyectos comerciales o empresariales llevados a cabo”

“En caso de concederse una medida prejudicial cautelar el peticionario deberá pedir la declaratoria de quiebras o formular una proposición de convenios en un plazo no superior a sesenta días, de acuerdo lo establezca el juez”

“El juez podrá anticipar total o parcialmente la consignación previa para solicitar la quiebra, y asimismo, podrá exigir la rendición de caución suficiente para responder de los eventuales perjuicios que la medida prejudicial cautelar ocasione al demandado y a terceros”

“Estas medidas se alzarán con el pronunciamiento de la sentencia que declara la quiebra”

CONCLUSIONES

1. Lo novedoso del Análisis Económico del Derecho: Desde hace siglos podemos encontrar vestigios de vinculación entre Derecho y Economía. Ello demuestra que la vinculación entre Derecho y Economía no es nueva, ni surge de la Escuela de Chicago, lugar en donde se ha situado tradicionalmente el origen del análisis económico del derecho, sino que deriva de la interrelación existente entre dos ciencias sociales que tienen un objeto común de estudio: la conducta del hombre. Dicha conducta es generalmente racional, bastando por entender la racionalidad en un sentido *débil*, en cuanto a que la conducta de los sujetos es de alguna manera predecible, y que ellos optan, la mayoría de las veces por aquello que más desean. Con todo, la diferencia entre una y otra ciencia vendría dada por el fin maximizador de la utilidad del agente.

Lo original en el análisis económico del derecho, es que introduce la técnica económica moderna al estudio del Derecho, pretendiendo dotar a éste de eficiencia, y de una mirada consecuencialista, desde su perspectiva normativa. La consecuencia de ello, es el tránsito desde la intuición económica del problema jurídico, hacia el análisis económico del derecho. El problema es que en dicho tránsito, a la Economía ya no basta con una racionalidad en un sentido débil, toda vez que, lo que busca es obtener una hipótesis, que permita resolver de la misma forma casos con idénticos fundamentos en el futuro. La ciencia económica en el Derecho, valora las consecuencias de los fallos judiciales, de manera que si cumplen las características indicadas, permitirá a los sujetos racionales, adoptar su comportamiento a la regla. Sin embargo, ello resulta extraño en países como el nuestro, con una cultura centrada en la literalidad de la norma, en el caso concreto, en la exégesis y en el dogmatismo jurídico. Una mirada consecuencialista de la decisión, no resultaría aceptable cuando los operadores jurídicos se interesan en la justicia del caso concreto, con prescindencia que el sustrato de hecho que fundamenta el caso, ya ha generado costes imposibles de recuperar, y en donde la única posibilidad de obtención de eficiencia, se traduce en la forma en como el adjudicador (juez), puede generar

incentivos en casos futuros. Así en países del *Civil Law*, la aplicación normativa del análisis económico del derecho es altamente improbable, ya que la eficiencia no constituye el fundamento de la legislación existente. De hecho, frente a dicho criterio, se han desarrollado otras premisas, fundamentalmente, la justicia y la equidad, sobre las cuales, las decisiones jurisdiccionales han sido adoptadas.

Ello se ve agravado por que la eficiencia de acuerdo a como se ha conceptualizado desde Pareto, busca generar una teoría de decisiones sociales al margen de los juicios de valor, pretendiendo una unanimidad en la toma de opciones. Sin embargo, como la adjudicación en base a la eficiencia, significa una imposición de un tercero (juez), no existe forma de suponer que dicha imposición goza de unanimidad en quienes soportan la decisión, toda vez que, existen supuestos en donde la adjudicación es contrapuesta a los intereses de los perjudicados por ella (por lo tanto, no existirá acuerdo respecto de dicho sujeto). Lo anterior, resulta una demostración de poder, y una preferencia valorativa al momento de adoptar una decisión social, sin que por su parte, exista plena unanimidad en la aceptación de dicho criterio.

2. La aplicación del Análisis Económico del Derecho: La pregunta ahora, es: ¿Puede un juez en un sistema como el chileno, considerar, al momento de fallar, el efecto futuro de sus decisiones, y no solo las particularidades del caso concreto?, ¿Es posible que el juez proceda aplicando en un caso concreto, la faz normativa del análisis económico del derecho? He allí, el problema de la perspectiva normativa considerando la mirada consecuencialista de la decisión. Este problema, no se presenta en el contexto del *common law*, porque allí existe la pretensión que el precedente tiene propiedades economizadoras, en cuanto a tender, por su configuración, a mayores niveles de eficiencia.

Si un juez en el sistema continental de base romanista, tiene la posibilidad de optar por la eficiencia, al valorar las consecuencias alternativas que puede generar su decisión,

entonces, tendría el ámbito de competencia suficiente, para poder aplicar, en su tarea de resolución de escenarios de elección social, la perspectiva normativa del *law and economics*. Pero ello no es posible sin que se introduzcan nuevas técnicas para la identificación, sistematización y explicación del Derecho. No obstante que, para algunos (Horacio Spector) en casos de vacíos normativos, se debe recurrir a la ficción de un legislador racional, pudiendo allí, aplicar el juez, consideraciones normativas del análisis económico del derecho, valorando la alternativa que conduzca de mejor manera a la eficiencia. Asimismo, resulta objetable la opinión que hace procedente el análisis económico del derecho basado en la adhesión de los codificadores al liberalismo clásico, ya que, las ideas del *laissez faire*, pertenecen a un momento del desarrollo económico anterior a la formulación de los modelos del análisis económico del derecho.

3.- La utilidad del Análisis Económico del Derecho: No obstante ello, el análisis económico del derecho puede servir como pauta de evaluación, en nuestro país, en los siguientes ámbitos: (a) De *Lege Ferenda*; y (b) En normativas específicas provenientes de la descodificación, que incluyan a la eficiencia como criterio o finalidad propia, como ocurre, con el derecho concursal.

La utilidad del análisis económico del derecho, desde Ronald Coase, emana de la constatación toda decisión jurídica de asignación de derechos significa un problema dual, ya que al beneficiar a A, se está perjudicando a B, frente a lo cual, y con miras a evitar el mal mayor, debe decidirse si se permite que A dañe a B, o bien que B dañe a A. El aporte anterior, resulta evidente porque, valorando los escenarios alternativos de una decisión, en términos de beneficios y perjuicios (asunto de naturaleza dual), respecto de ambas partes, reduciríamos la suma de los costos, lo que significaría, aumentar la suma de los beneficios netos. Con ello, el Derecho, estaría equilibrando los intereses de ambas partes, en cuanto a balancear las pérdidas producto del daño y los costos de prevenirlos, lo que se traduce en un esfuerzo intelectual con miras a generar eficiencia en las decisiones regulatorias y jurisdiccionales.

4.- El Análisis Económico del Derecho Procesal y el debido proceso: El proceso entendido como mecanismo de simple resolución de controversias, tiende indudablemente a una reducción de los costos necesarios para llevar a cabo una adjudicación, sin embargo, no necesariamente dicho ahorro significa legitimar la decisión de quien administra las reglas. Por su parte, el proceso entendido como instrumento de adecuación de una norma a un caso particular, por medio de una adjudicación razonada, bien puede importar un mayor nivel de costos económicos-procesales de carácter irrecuperables, empero desde otra perspectiva, el proceso entendido de esta forma, satisface de mejor manera las expectativas de aplicación de las normas, generando mayores índices de confianza, y legitimidad

Ahora bien, el análisis económico del derecho procesal, tiene como premisa de eficiencia reducir los costos sociales de la administración de justicia (costos terciarios), así como los costos que se generan por el error judicial. Muchas veces dichos objetivos pueden ser contradictorios. Con todo, lo que la literatura especializada plantea es que ambos objetivos son deseables desde una consideración de eficiencia.

Dichos objetivos deben ser analizados bajo el prisma del Debido Proceso, que resulta transversal a la regulación adjetiva. El respeto al debido proceso importa límites al ejercicio jurisdiccional que de otro modo no serían exigibles.

A pesar de posibles cuestionamientos, existen supuestos en donde el análisis económico del derecho plantea soluciones a problemas procesales que colocan en mejor posición a las partes del proceso desde la óptica del debido proceso legal, que lo que ha logrado la evolución legislativa sin atención a dichos instrumentos. La prueba de ello, ocurre en materia de tutela cautelar.

Richard Posner, analizando este problema consagra una fórmula matemática, tendiente a determinar cuando se niega el debido proceso a un ciudadano que exige acceso a la justicia. En tal sentido señala que de acuerdo a la fórmula de Hand, se niega el proceso debido cuando $B < PL$ donde B es el costo de la salvaguarda procesal, P es la probabilidad de error si se niega la salvaguarda, y L es la magnitud de la pérdida si se materializa el error. Con todo, utilizando el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, podríamos considerar que la fórmula mencionada no da como resultado un gasto óptimo de prevención de las reglas de debido proceso, toda vez que, considera la cuantía de las variables en términos de gastos totales, más no, de gastos óptimos.

Sin embargo, más allá de dichas críticas y problemas, la fórmula anterior considera aspectos relevantes para el análisis procesal, porque no parte de la base exclusiva de la disminución de costos, sino que le da valor a la salvaguarda procesal, permitiendo conciliar (a favor del debido proceso) intereses propiamente económicos con exigencias de garantías. Se atemperan, de esta manera, las posibilidades de crítica hacia el análisis económico del derecho, en la medida que los intereses que pretende resguardar respecto del proceso legal, son coincidentes con aquellos que el Debido Proceso busca proteger.

5.- La paradoja de garantías y las medidas cautelares: Actualmente uno de los problemas del derecho procesal dice relación con la demora o retraso en la resolución del litigio. Dicha apremiante situación ha llevado a que el Derecho Procesal elabore fórmulas que hagan realidad la garantía de resolución de conflictos dentro de plazo razonable. Al respecto, el mecanismo de la tutela provisional, ha pasado a ser uno de los instrumentos al que suele recurrirse para propender a mejorar la eficiencia y la celeridad del proceso.

Sin embargo, la expansión de la tutela cautelar en sus ámbitos de aplicación, ha significado por contrapartida, la afectación de exigencias del debido proceso, tales como el derecho a la igualdad procesal y la bilateralidad de la audiencia. Ello genera una paradoja de garantías, que es resuelta satisfactoriamente por el análisis económico del

derecho, al tratar de conjugar los dos intereses en juego, esto es, el interés del demandante y el del demandado.

Pues bien, la propuesta que efectúa el análisis económico del derecho, en materia de Tutela Provisional, se enmarca en el desarrollo que han tenido las medidas cautelares en el sistema del *common law*, en cuyo contexto, el objetivo de las medidas cautelares, es el mismo que en los sistemas continentales. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en Chile, el mismo desarrollo jurisprudencial y legal anglosajón, ha impuesto, la consideración judicial de los dos intereses en juego. Por una parte, el daño irreparable que se puede causar al demandante por la no concesión de la medida cautelar en tiempo oportuno, y por otra parte, el daño irreparable que ocasiona la dicha tutela provisional al demandado

Ello se comprueba, con el análisis de requisitos asociados a la concesión de dicha clase de medidas, han sido históricamente los siguientes, a saber: (a) La existencia de un riesgo de daño irreparable para el demandante de no adoptarse la tutela provisional; (b) La probabilidad que el demandante obtenga un resultado favorable en el juicio; (c) La comparación del riesgo de daño irreparable del demandante, con aquel riesgo de daño que la concesión de la medida cautelar ocasionará en las otras partes del juicio, y especialmente, en el demandado, y (d) la existencia de un interés público

Asimismo en la legislación norteamericana, se establece como mecanismo paradigmático de mitigación de daños: la fianza, cuya función es la de garantizar una indemnización al sujeto pasivo que ha sufrido injustamente una tutela cautelar, así como, facilitar la recuperación de los perjuicios que pudiera haber sufrido. Por medio de ella, se propende que el demandante internalice los costos y perjuicios de una medida cautelar incorrectamente concedida. Sin embargo, como han acreditado, Ofer Grosskopf y Barak Medina, dichos mecanismos de reparación *ex ante*, no eliminan la totalidad de los costos asociados al otorgamiento de una tutela provisional, por lo que, cualquier medio de

mitigación, resulta complementario, al control judicial sobre los requisitos antes indicados.

6.- Propuesta Lubsdorf-Posner: Una propuesta específica sobre tutela provisional, en el contexto del derecho estadounidense, es el modelo formulado por Richard Posner y por John Leubsdorf, que es conocido como parámetro *Leubsdorf-Posner*, sobre medidas cautelares.

El criterio *Lubsdorf-Posner*, otorga un sentido económico al parámetro de los cuatro factores que se ha desarrollado en el *common law*. Como aspecto relevante es que esta fórmula considera en un plano de igualdad los intereses del sujeto pasivo y del sujeto activo, avanzando, además, respecto del parámetro de los factores, en cuanto a no considerar como antecedente relevante en la generalidad de los casos, la implicancia del interés público en la concesión o no de las medidas cautelares. Pues bien, la fórmula indica que una medida cautelar (prohibición preliminar) debe ser otorgada sí y sólo sí: $P(Hp) > (1-P) Hd$. O sea, debería concederse la prohibición preliminar, sí y solo sí, la proporción de las probabilidades de triunfo del demandante respecto de las del demandado supera la proporción del daño irreparable del demandado respecto del daño irreparable del demandante. La consideración de los intereses de ambas partes, permite propender a un adecuado resguardo de las garantías involucradas en la paradoja de garantías indicada. Con todo, también pretende conciliar las exigencias del debido proceso, con la maximización de la riqueza, ya que aplica un óptimo de prevención, que se encuentra implícito en la aplicación de la fórmula estudiada, de manera que el juez al decidir si conceder o no una tutela provisional, estará aplicando derechamente criterios de eficiencia.

Se podría, con todo, objetar que dicha fórmula no da solución a los problemas intrínsecos de la concesión de una tutela provisional, cual es: la información incompleta del juez. Con todo, dicha crítica no es completamente efectiva, porque se parte de la premisa de

una información incompleta del juez, y asimismo, tampoco existirá dicha información completa, incluso al momento de fallar en definitiva, si es que consideramos, al efecto, las teorías procesales en cuanto a los objetivos del proceso civil acusatorio.

Ahora bien, la mencionada fórmula es coherente desde la lógica del objetivo del análisis económico del derecho procesal, referido a la reducción del error judicial, toda vez que permite al juez minimizar dichos costes al comparar los costos ponderados del error de ambas partes. De esta manera, al efectuar un comparación de los dos lados de la desigualdad, se pueden ponderar (en un mismo momento y en primera instancia) mejor los intereses envueltos, en cuanto a las probabilidades de error y a los costos esperados del mismo, adoptando una decisión que minimizará en mayor medida el error, si es que se considera solamente el daño irreparable para el demandante (como ocurre en la tradición de derecho continental, por medio de la materialización del requisito *del periculum in mora*). En tal sistema no existirá ninguna valoración del riesgo y del daño esperado del demandado, y con ello las posibilidades de error aumentarán.

Lo que se ahorra en nivel de corrección, no supone mayores costos para el sistema, ya que el demandante internalizará dichos gastos. Sin embargo, existen otras consideraciones económico-procesales, que no son satisfechas por el parámetro. En efecto, una fuente de aumento de los costos del sistema procesal dice relación con la facilidad de las partes en conflicto de presentar reclamaciones legales. Por su parte, el aumento de dichas presentaciones depende de los costos involucrados en su formulación, y del valor esperado de la reclamación. Al respecto, el solo control judicial, resulta insuficiente para propender a la reducción de dicha clase de costes, siendo necesario contemplar regulaciones conexas sobre regímenes de responsabilidad y caución o fianza. La manera de reducir dichos costos del sistema procesal, pasa, en primer lugar, por elevar los costos asociados a las reclamaciones, lo que se produce por medio de la exigencia de una caución óptima, por un monto similar o un poco inferior al valor de los daños que provoca la medida cautelar. Al respecto, la fórmula que se

estudia, no incluye formalmente un examen de dicha caución óptima. Adicionalmente, creo que la fórmula propuesta, tampoco ayuda a disminuir los costos del sistema procesal en cuanto a evitar los abusos de procedimiento, por medio del traslado *a posteriori* de los beneficios indebidamente obtenidos por el demandante por la concesión de una medida cautelar.

La fórmula nada señala respecto de dicha variable, que resulta, fundamental para la cabal materialización de la misma, así como de una de las variables que sí se considera, cuál es: el daño irreparable del demandante. La omisión anterior, se explica porque el parámetro utilizado por Posner, constituye, una simplificación económica del criterio de los cuatro factores, el problema, es que, dichos factores, y especialmente, el relacionado con los daños irreparables que se pueden ocasionar al demandante de no concederse una prohibición preliminar, no tienden necesariamente a la consecución de la eficiencia, cuando se condiciona la existencia de dichos daños, a la inexistencia, *a posteriori*, de un remedio legal. De esta forma limita los detrimentos a indemnizar a aquellos que son susceptibles de recuperación futura, en razón de una transferencia indebida de riqueza a favor del demandante pernicioso, más no, extiende dicho concepto, a los costos sociales que genera una medida cautelar, y que no pueden ser objeto de redistribución futura, por medio de algún mecanismo legal de reintegro de perjuicios (*deadweight-loss*), en razón de problemas de titularidad, o bien de la naturaleza misma del costo. Por ello, la superación del criterio *Leubsdorf-Posner*, desde la eficiencia, pasa por soslayar el criterio de los cuatro factores, en aquellos aspectos que no signifiquen la mejor decisión de bienestar según *Kaldor-Hicks*, en especial, el concepto de daño irreparable condicionado por la existencia de remedios legales posteriores, y que tiendan a la mitigación de alguno de los daños provocados por la medida cautelar. Ello nos lleva a valorar los derechos en litigio, desde una perspectiva que logre despojarlos de sus méritos, sin embargo, dicho esfuerzo, no puede afectar la consideración económica-procesal, de que dada la naturaleza del juicio, alguna adecuación debe existir entre la tutela provisional y la tutela definitiva, por lo que la probabilidad de éxito de las partes,

no puede ser eliminada, no obstante, vincularse con el mérito del proceso, pero ya no sustancialmente, sino, de forma adjetiva.

De esta manera forma, la inconsistencia entre reconocer, por una parte, que la adopción o no de las medidas cautelares, generaba perjuicios, pero por otra, no reconocer la trascendencia del régimen de responsabilidad objetiva o por culpa, para generar una minimización *ex post* de los mencionados perjuicios, es que el estudio de las medidas cautelares, terminaba formulándose de manera independiente al estudio de los mecanismos de mitigación, sin resolver el problema de la preeminencia de uno u otro mecanismo, en razón de las ventajas o desventajas comparativas de ambos sistemas.

7.- Propuesta de Francisco Ramos Romeu: Conciente de dicha inconsistencia, el profesor español Francisco Ramos Romeu, efectuó una propuesta de medidas cautelares, ya no solo desde el prisma del control judicial, sino que también, desde el régimen de responsabilidad. La tesis central del autor es que la eficacia de las medidas cautelares tanto en el *civil law* como en el *common law* se ve gravemente afectado por la trascendencia que se le da al control judicial de las solicitudes de medidas cautelares a efectos de filtrar medidas no óptimas, en desmedro y a expensas de otros mecanismos, como lo constituye el régimen de responsabilidad por los daños que causan las medidas cautelares, y que para los efectos de alcanzar niveles de eficiencia, serían más apropiados que aquellos derivados del control judicial. La conclusión es que, desde todo punto de vista, el sistema de responsabilidad resulta preferible al del control judicial, ya que permite reducir costes administrativos del sistema, otorga mayor celeridad al proceso, disminuye las probabilidades de error judicial, y genera mayor seguridad jurídica, al disminuir los presupuestos sujetos a examen.

Posteriormente favorece el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetivo por sobre uno por culpa, en base al hecho que estemos en presencia de daños unilaterales, en donde el solicitante se encuentra en la mejor posición para controlar el

acaecimiento del perjuicio. En presencia de dichas circunstancias, la responsabilidad objetiva resulta más fácil de ser administrada, toda vez que, basta que el juez conozca la magnitud de los daños que la medida ha ocasionado, lo que no ocurre, en un sistema de responsabilidad por culpa, en donde el juez debe establecer para cada caso, el nivel socialmente óptimo de exigencia. Asimismo, la responsabilidad por culpa, acarrea la dificultad que significa determinar *a posteriori*, la existencia de culpa en la actuación del solicitante. En tercer lugar, se logra mayores índices de imparcialidad, y por último, hace innecesario la fijación de un Standard de diligencia no apto para todos los procedimientos a que pudiera resultar aplicable. A continuación, define lo que entiende como indemnización óptima, señalando que, ella sería igual al daño efectivamente causado al demandado con el otorgamiento de una medida cautelar indebida.

Por otro lado, la propuesta que se estudia, formula en abstracto una proposición acerca de la fianza óptima, entendiendo por ella la que es fijada en un valor un poco menor del daño probable del demandado, ya que con ello se elimina el costo asociado que impide la adopción de la medida óptima, sobre el entendido que la fianza tiene algún costo.

Sin embargo, la propuesta de Ramos Romeu, puede ser objeto de dos observaciones conexas, a saber: (a) Tal como han dejado en claro Crisskopf y Medina, la preeminencia del régimen de responsabilidad, no tiene en cuenta, todos los daños probables que el otorgamiento de una medida cautelar, que no debió ser concedida, puede ocasionar, como daños globales. Lo anterior, porque, la concesión de una medida cautelar indebida, genera costos sociales que no son susceptibles de recuperación en un sistema de responsabilidad; y (b) En segundo término, y vinculado con lo anterior, tenemos que dicha observación se ve reforzada, toda vez que, la misma definición de daños efectuada por Ramos Romeu, solo toma en cuenta, como perjuicios indemnizables, los detrimentos sufridos por el demandado, más no otros costes sociales, que pueden producir disminuciones efectivas de bienestar social.

Asimismo, en la práctica, y luego de estudiar la propuesta concreta que formula, ella resulta inconsistente con su propia finalidad de dar primacía real al régimen de responsabilidad por sobre el control judicial. En efecto, su proposición de *lege ferenda*, está estructurada en dos regulaciones distintas para supuestos diferentes, dependiendo si la medida cautelar ocasiona o no daños irreparables al demandado. Sin embargo, el autor, no indica un criterio de preferencia mínimo a favor de alguno de dichos supuestos, no obstante, que implícitamente, toda la construcción, se encuentra formulada para dar preeminencia al supuesto, en donde no se generan daños irreparables. Con todo, si no hay criterio de preferencia mínimo justificado económicamente, entonces, el juez al aplicar la propuesta de Ramos Romeu, tiene que necesariamente, estudiar la procedencia del sustrato contenido en ambos supuestos, para ver por cuál optar, y al realizar esto, obviamente, que está ejerciendo un control judicial, de manera igualmente intensivo al que existe en un sistema en donde dicha verificación jurisdiccional tiene plena validez (fórmula *Leubsdorf-Posner*)

Por otro lado, la propuesta de Ramos Romeu, falla al establecer una regulación de la fianza que no logra satisfacer completamente las exigencias de eficiencia. Lo anterior porque, de acuerdo a la propuesta de *lege ferenda* que realiza el autor, la fianza es doblemente excepcional y facultativa. Lo que genera, que no es aplicable en la gran mayoría de los casos, lo que no soluciona el problema del demandante insolvente, respecto del cual, la caución, constituye el filtro para peticiones no óptimas

Por último, podemos observar la propuesta de Ramos Romeu, señalando que la misma no logra la consecución del objetivo de reducir el error en la toma de decisiones en un marco de incertidumbre. Lo anterior, se verifica al examinar el supuesto en donde existe riesgo de daño irreparable, en cuyo caso un mínimo de control judicial, poco puede lograr en cuanto a algún grado razonable de adecuación con la sentencia definitiva. Ello deja de lado, completamente la ponderación de los costos por sus errores, que es el presupuesto económico que permite, no obstante sus insuficiencias, compatibilizar los

dos objetivos del análisis económico del derecho procesal. En dicha propuesta, solamente se ponderan los costos en sí, no por sus probabilidades de certeza, lo que resulta gravemente perjudicial, al ampliar el umbral de error respecto de una sentencia definitiva, pudiendo ocasionar mayores pérdidas de bienestar temporal, durante el curso del juicio.

8.- Propuesta de esta tesis: Lo expuesto por Ramos Romeu, tampoco hace referencia al daño que la medida puede ocasionar a terceros, que debe necesariamente incluir una formulación probabilística acerca de su ocurrencia: $P(D_{ter})$. Por lo mismo, y salvando las críticas a la propuesta de Ramos Romeu, tenemos que nuestra fórmula quedaría de la siguiente manera, a saber: $P(D_{te}) > (1-P)D_{do} + P(D_{ter})$.

Ahora bien, a efecto de que la fianza no constituya un desincentivo para el otorgamiento de medidas cautelares óptimas, la misma debe estar fijada, en un monto algo menor al nivel eficiente, esto es, debe establecerse por una cuantía ligeramente menor al valor probable de los daños que la medida ocasiona. Con todo, un sistema de fianza requiere ir unido, ineludiblemente a un sistema de responsabilidad eficaz, frente a lo cual, optamos por la responsabilidad objetiva, agregando a las observaciones referidas, el hecho que bajo un régimen de responsabilidad por culpa, el demandante no tiene incentivo alguno por optar por la medida que menor daño cause, en tanto que solamente responde si actúa con negligencia, lo que es independiente del perjuicio que pueda originar la medida.

Con todo, el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva, requiere de ciertas reglas de procedimiento que lo hagan efectivo dentro del cual lo más importante es el establecimiento de una regla de deber de mitigación de daños, a ser aplicada en cada caso, por el juzgador.

Ello es necesario frente al hecho que, de acuerdo a una regla de responsabilidad objetiva, el demandante deberá hacerse responsable de todos los perjuicios que ocasione la

medida, lo que puede conducir a que el demandado, consciente de que será resarcido debidamente, no adopte ningún deber de mitigación, lo que puede traducirse en inexistencia de prevenciones tendientes a que el daño no se acreciente (azar moral). Por lo mismo, de acuerdo a la fórmula Hand, tenemos que será procedente el establecimiento en cada caso, de un deber de mitigación de daños del demandado, siempre que dicho deber se traduzca en un requerimiento de precaución eficiente, esto es, aquél en donde el valor de dicha precaución sea menor que los daños que se evitan por su intermedio.

Desde un punto de vista procedimental, todas las exigencias anteriores, deben adecuarse a un procedimiento civil reformulado, optando por aquellas sugerencias que nacen del: “Modelo de Stuttgart”.

Considerando lo anterior, la propuesta de *lege ferenda* que se realiza, señala: “Para poder adoptar una medida cautelar, el juez debe analizar si la medida propuesta evita mayores daños esperados que aquellos que la medida ocasiona. Al respecto, las probabilidades del demandante de obtener un resultado favorable multiplicado por el daño esperado que la medida ocasionará en caso de no concederse la medida cautelar deben superar las probabilidades de que el demandado obtenga un resultado favorable, multiplicado por los costos totales esperados que la medida cautelar ocasiona. Se consideran costos totales, no sólo el daño esperado que la medida produce en el demandado, sino que también toda otra pérdida de bienestar social que no afecte a dicha parte, y que vaya asociada a la medida” “Al momento de conceder una medida cautelar, el juez debe fijar una fianza a ser rendida por el solicitante, la que debe ascender a una cuantía minimamente inferior a los costos totales esperados que se producirán al otorgarse la medida cautelar” “El solicitante de una medida cautelar se hará responsable de las costas que se originen, en caso de que sea declarado responsable del otorgamiento de la tutela provisional” “El solicitante de una medida cautelar incorrectamente otorgada, se hará responsable objetivamente de los perjuicios que ocasione la tutela provisional, debiendo el juez, al momento de fijar la cuantía de los daños a indemnizar,

determinar si resultaba procedente, de acuerdo al caso concreto, exigir un deber de prevención al demandado a efectos de reducir la magnitud de los perjuicios sufridos. Si al efecto, dicho deber era exigible, deberá el juez, fijar la cuantía de la prevención, a efectos de reducir dicho monto de la indemnización que le corresponda al demandado, en caso de que no la haya adoptado”

9.- Valoración desde la eficiencia de la propuesta de esta tesis: Como el presupuesto de la propuesta anterior, es que debe concederse la tutela cautelar, si es que se minimizan mayores daños de aquellos que se causan, existirá en su otorgamiento, un mayor beneficio social, que aquél que existiría en un escenario alternativo, esto es, un escenario en donde no exista dicha tutela. Por lo mismo, el tránsito hacia un proceso con medida cautelar, genera un mayor bienestar social, de forma que dicho paso, resulta eficiente en los términos de *Kaldor-Hicks*. Incluso más, la posibilidad de que los vencedores en sede cautelar, indemnicen a los perdedores, va a depender del resultado del juicio principal, haciéndose efectiva dicha compensación, en caso de que se haga lugar a la responsabilidad del solicitante de una medida cautelar que no debió concederse, por lo que la compensación potencial, involucrada en dicho criterio de eficiencia, daría paso, a una compensación real, en aquellos supuestos, en donde, la medida cautelar, en realidad no escondía una minimización de daños sociales, sino que al revés, el tránsito hacia ella, generaba una situación de ineficiencia. De esta manera, los modelos de tutela provisional, siempre deben ser analizados sobre la base de un criterio *Kaldor-Hicks* potencial o real, más no, sobre la base de Pareto, ya que el daño asociado para el demandado, impide que con la concesión de la medida se logre un escenario mejor que el anterior, sin perjudicar a nadie.

10.- Valoración desde la eficacia y onerosidad de la propuesta de esta tesis. Relación con el principio inquisitivo: Si lo anterior es así, un demandante racional optará por la medida que le otorgue la mayor eficacia cuantitativa, entendiendo por ella, la que evite la mayor cantidad posible de daños en su patrimonio. El problema es que una propuesta

centrada en la eficacia cuantitativa de la medida no permite lograr aquella medida que minimice de mayor manera los costes sociales, ya que, el demandante no tendrá en consideración, si la medida que opta es aquella que reduce la sumatoria de los diferentes componentes que se incluyen en la cuestión cautelar. Por lo mismo, y si queremos avanzar en dicho sentido, debemos hacer analizar conjuntamente parámetros de eficacia cualitativa, y onerosidad cuantitativa y cualitativa

Desde el punto de vista de la eficacia cualitativa, tampoco se logra, elegir la medida que reduzca de mayor manera los costos sociales involucrados en una tutela cautelar. Para que ello ocurra, debemos considerar el parámetro de la onerosidad cuantitativa, esto es, de la cuantía de los daños que la medida puede generar en el demandado. Así, si tenemos la medida 1 que produce daños denotados por (D do1), y la medida 2 que produce daños denotados por (D do2), se debe optar por (D do1), sólo si: $P \times D_{te} > (1-p) \times D_{do2} + (p \times D_{ter}) > (1-p) \times D_{do1} + (p \times D_{ter})$. Sin embargo, como resulta fácil constatar, el demandante a quien le compete, la solicitud de una medida cautelar, no tomará en cuenta, la cuantía de los daños que la medida pueda generar, si es el caso, que ella resulta óptima y, a la vez, eficaz cuantitativa y cualitativamente hablando. Por lo tanto, para la obtención de fines de eficiencia, se requiere limitar de manera fuerte el principio dispositivo, a efecto de permitir al juez, en el marco de una reforma a la cautela, optar por aquella medida que reduzca la mayor cantidad posible de costos sociales, con prescindencia de si con ello, se afecta o no, la eficacia cualitativa y cuantitativa de la medida.

11.- Las medidas cautelares en Chile y sus deficiencias: El objetivo esencial de las medidas cautelares chilenas, es fundamentalmente conservativo. Respecto de sus características, es importante descartar que la proporcionalidad, pueda tender, como se encuentra regulada, a una consideración del interés del demandado, ya que sólo controla el nivel de correlación y homogeneidad entre la tutela cautelar y la definitiva, entender lo contrario, solamente genera mayor cantidad de litigación periférica, acerca de la

preeminencia de una u otra interpretación, lo que consecucionalmente desincentiva toda conducta racional y óptima de los litigantes.

En relación a la responsabilidad, ella no se consagra en términos generales. La idea de trasladar los costos de quien sufre las consecuencias de la medida cautelar a quien la solicita (idea de responsabilidad), debe ir unido a mecanismos de mitigación de daños que hagan plausible y efectivo dicho traspaso de costos. El mecanismo, más usual, es la fianza, ya que ella permitirá la disposición inicial de recursos del solicitante de la medida cautelar, para asegurar un fondo en donde el demandado pueda resarcir sus perjuicios. La caución constituye una específica medida de mitigación de daños, que pretende objetivos preventivos, en cuanto a eliminar aquellas solicitudes de cautela provisional provenientes de demandantes insolventes, estableciendo filtros para medidas no-óptimas, entendiendo por aquellas, las que se solicitan con prescindencia de la posibilidad futura de resarcir daños. En el mismo sentido, permite que el demandante asuma al inicio del proceso, ciertos costos a costa de los perjuicios que la medida ocasiona al demandado, evitando con ello, la dialéctica propia del abuso del procedimiento

Las deficiencias más relevantes de nuestra legislación sobre medidas cautelares, son: (a) La omisión en el establecimiento de una regla óptima de responsabilidad; (b) La excepcionalidad en como se encuentra regulada la caución, y (c) La inexistencia de un procedimiento especial de liquidación de daños y perjuicios.

Las medidas cautelares son otorgadas por cuenta y riesgo de quien las solicita, lo que significa que el demandante que formula una solicitud de medidas cautelares, debe hacerse responsable de los perjuicios que de ello puedan derivarse para el sujeto pasivo, así como también, de aquellos detrimentos que puedan sufrir terceros, precisamente, porque como se ha dicho, el otorgamiento de una medida cautelar ocasiona costes sociales que no solamente son soportados por los litigantes, y por lo mismo, cualquier

sistema de responsabilidad óptimo, debe considerar como objetivo, el traslado al causante de dichas pérdidas netas de bienestar que no se computan como perjuicios ocasionados exclusivamente al sujeto pasivo. De otra manera, y ante un escenario en donde los solicitantes no se hacen responsables de sus actuaciones procesales, existirá indudablemente, mayor margen para el abuso del procedimiento.

La segunda deficiencia de nuestro sistema procesal sobre medidas cautelares, lo constituye la no consagración de un sistema de caución obligatorio. El único parámetro a fin de valorar el monto de la caución, deben ser los perjuicios probables que la medida cautelar pueda producir, pudiendo ser de ayuda, la opinión pericial decretada en el marco de una regulación rápida acerca de dicho medio de evaluación. Lo ideal sería armonizar el sistema de responsabilidad con un régimen de caución obligatoria, ambos elementos deben estar relacionados, en cuanto a que la caución debe servir a la finalidad de hacer efectiva la responsabilidad del solicitante, y en dicha efectividad, el monto de la caución debe considerar como único criterio aquello que la responsabilidad tenderá a lograr, esto es, el traslado de los perjuicios del demandado al demandante. Sin embargo, no debemos olvidar, el hecho que, la medida cautelar ocasiona perjuicios no solo al sujeto pasivo, sino que a terceros, por lo mismo, y con ese agregado, la caución debe ser fijada en un monto mínimamente inferior a la suma de las variables exógenas a la posición del demandante, y que incluyen, como sabemos: (p x D ter)

Por último, la tercera deficiencia de un sistema nacional de tutela provisional, se debe a la inexistencia de un procedimiento especial de liquidación de daños. Ello significa, que frente a la existencia de perjuicios indemnizables, el demandado deberá iniciar un juicio ordinario a fin que se declare la responsabilidad del demandante y el monto de los daños que daba soportar el actor. Dicha posibilidad, constituye un grave desincentivo para el demandado. En consecuencia, el costo de litigar para el sujeto pasivo ganancioso supera su beneficio.

12.- El Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil: Dichas deficiencias son aminoradas por el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil. Específicamente el artículo 176 del anteproyecto, trata sobre la proporcionalidad, y consagra en forma manifiesta y expresa, la exigencia de tomar en cuenta los daños irreparables que la medida provocará en el demandado. Asimismo, el artículo 177 del anteproyecto, subsana la omisión existente en nuestra legislación referente al principio de la responsabilidad, contemplándolo como una disposición general. Al no especificar sobre si se sigue un sistema de responsabilidad objetivo o por culpa, entendemos que se optó por continuar el sistema vigente, que descansa en una responsabilidad por culpa, lo que no es completamente óptimo. En este mismo sentido, se extraña el establecimiento de un procedimiento incidental de liquidación de perjuicios, de manera de hacer efectivo el traslado al demandante de los costes que impone la cautela, en aquellos supuestos en donde deba responder.

Con todo, lo más trascendente de la propuesta prelegislativa, es la consagración de la cautela obligatoria, lo que se hace realidad en el artículo 184. Sin embargo, la inexistencia de reglas claras tendientes a una rápida liquidación de daños y perjuicios puede atentar contra la utilidad y beneficios de este sistema de mitigación de daños, porque es posible que los recursos con que se materializa la garantía cautelar, pierdan utilidad, si es que se encuentran depositados sin generar ganancias durante un largo tiempo, lo que puede terminar desincentivando la solicitud de medidas cautelares óptimas.

13.- Comparación entre Análisis Económico del Derecho Procesal de las medidas cautelares y sistema actual y proyectado: Volviendo al sistema actual, tenemos que la única posibilidad de contacto con la propuesta del análisis económico del derecho, lo podemos encontrar en que se refiere al daño esperado que el demandante puede sufrir de no concederse la medida cautelar. En efecto, la probabilidad de que el demandante obtenga un resultado favorable encuentra su correlato en el presupuesto del *fumus boni*

iuris. Al igual como ocurre con la variable (P) de la propuesta referida, lo que se afirma es la existencia de la verosimilitud, de manera que ante una probabilidad igual a cero ($P=0$), no concurriría el presupuesto de dicha variable, ni tampoco, existiría manera de acreditar el *fumus*. De la misma manera, la variable (D te), denota el daño que el demandante sufriría en caso de no concederse la medida cautelar, que vinculado con la variable (P), da cuenta de la probabilidad de riesgo de dicho daño. Lo anterior, importa una variable similar al objetivo del *pericula*, en sus variadas manifestaciones en nuestra legislación, que se puede conceptualizar como riesgo de infructuosidad, o bien, como riesgo de insolvencia. Con todo, la propuesta que se efectúa, salvaguarda de mejor manera el riesgo de insolvencia, al exigir en todos los casos, la rendición de una caución.

En donde se encuentra la mayor distancia entre la legislación actual y la propuesta formulada en esta tesis, es en relación a las variables que se refieren a los perjuicios esperados que ocasiona la medida cautelar. Al respecto, estos perjuicios, han sido denotados como: $(1-P) Ddo + P (D ter)$

Ellos incluyen, tanto la probabilidad de daños que la tutela cautelar ocasiona en el demandado, como la probabilidad de perjuicios a terceros que dicho otorgamiento produce. Ninguno de dichos elementos, forman parte de los presupuestos que el juzgador debe considerar, en el sistema cautelar actual, a los efectos de decretar una medida precautoria o prejudicial precautoria. Hemos indicado que derivar del principio de proporcionalidad, y del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, una solución a dicha deficiencia, no constituye una salida satisfactoria, porque, dicha norma no está pensada en términos de defensa del demandado, sino como regla de proporcionalidad a fin de satisfacer la efectividad cualitativa del interés del actor. La propuesta prelegislativa, sí satisface en algún sentido la variable: $(1-P) Ddo + P (D ter)$ Ya que se contempla como presupuesto normativo el daño esperado que la medida ocasionará al demandado (D do). Sin embargo, nada indica acerca de la ponderación probabilística de dicho perjuicio. Ni tampoco, de la probabilidad de perjuicios a terceros: $(p \times D ter)$. Esto

último, es perjudicial, porque afecta la manera en como entendemos la cuantificación del monto de la caución.

Sin embargo, si bien, dicha regulación permite una situación superior en términos de Pareto, no logra alcanzar la máxima reducción de costes posibles, y por tanto, la máxima situación de beneficio social, ya que, no permite optar por aquella alternativa de medida cautelar, que reduzca de mayor manera los costes sociales totales, sobre la base de una consideración preeminente de la onerosidad cuantitativa involucrada en la materia, como sí lo hace la propuesta de *lege ferenda* formulada en esta tesis, y que concretiza, el interés del demandado, con la finalidad de resguardar su esfera de derechos, de manera acorde con las exigencias del debido proceso, obteniendo así, desde el análisis económico, una respuesta satisfactoria a la paradoja de garantías que se ha descrito a lo largo de esta tesis.

14.- La quiebra como procedimiento: Se sostiene en la presente tesis que la quiebra tiene una naturaleza jurídica eminentemente adjetiva o procesal. Para ello, es fundamental la consideración de que no existe: “estado de quiebra” sin sentencia que lo establezca (Artículo 52 de la Ley de Quiebras), ya que con anterioridad a la misma, no se da ninguno de los particulares efectos que de ella dimanar.

Pretender como lo hace Carlos Concha, que es posible sustentar la existencia de un estado de quiebras, con anterioridad a la sentencia que lo declara, en razón de la conexión ineludible entre dicha sentencia y sus presupuestos de naturaleza sustancial, es errado, ya que, ningún estado de cosas de déficit patrimonial, cesación de pago, o insolvencia, conduce necesariamente a un estado de quiebras, sin que exista una homologación jurisdiccional de sus presupuestos, ya que incluso, existiendo cesación de pago, (lo que constituye la causal material más importante para solicitar la declaración de quiebras, de acuerdo al artículo 43 N ° 1 de la Ley de Quiebras), es probable que el acreedor, opte por otro procedimiento alternativo a la quiebra, como lo es, un juicio

ejecutivo individual. Para ello, existen razones económicas, que pueden incentivar la utilización del juicio ejecutivo individual, frente a un proceso de quiebras (artículo 44 inciso 2 de la Ley de Quiebras)

La quiebra, es aquél procedimiento universal extraordinario de realización de activos que comprende todos los bienes y obligaciones del fallido, salvo los expresamente excluidos por ley, regido como regla general por la *pars condictio creditorum*. Por medio de ella, se cautela y protege por igual a todos los créditos que concurren al reparto del producto de la realización del activo.

Ahora bien, el principio de la *pars condictio*, tiende al resguardo de los acreedores en el marco de la cesación de pagos de su deudor, lo que forma parte del orden público económico.

Por otro lado, de conformidad al análisis económico del derecho, el principio de la *pars condictio creditorum*, también tiene un fundamento en la eficiencia, toda vez que, por medio de su concreción normativa, se impide la liquidación asistemática, parcial e inconexa del patrimonio del fallido. El incentivo no pasa por llegar primero, sino por lograr el destino del activo que produzca el mejor rendimiento económico para la masa. En dicho contexto, el factor tiempo, transmuta en un costo económico a valorar frente a distintas alternativas elegibles según su costo de oportunidad.

En relación con los efectos que produce la sentencia que declara la quiebra, es importante señalar que en razón del desasimiento el fallido pierde el control de la totalidad de su patrimonio embargable desde el instante mismo de la declaración de quiebra sin que se requiera de ninguna formalidad ni actuación posterior, como lo es, la incautación y el inventario. De esta forma, el desasimiento abarca una universalidad jurídica que pasa a sujetarse a los fines concursales sin que se exija el cumplimiento de

alguna formalidad posterior. Resultan por tanto, desechable las opiniones que distinguen entre el activo de hecho y el activo de derecho de la quiebra.

15.- La Quiebra y las Medidas cautelares: En la legislación de quiebras, la única norma que regula las medidas precautorias es el artículo 70 inciso final de la Ley de Quiebras. La disposición desvanece cualquier valor o efecto a las medidas precautorias y a los embargos decretados en los juicios que se acumulen a la quiebra, desde el momento mismo que ella se declara, en la medida que se refieran a bienes que deban ser realizados en dicho procedimiento. De esta forma, el artículo 70 inciso final de la Ley de Quiebras, constituye un verdadero supuesto de alzamiento de medidas precautorias, sin que para ello, se requiera de una actuación determinada del síndico, bastando la sentencia que declara la quiebra. Económicamente ello es así, porque la fuerza vinculante del desasimiento supone menos costos de transacción que llevar a la práctica un embargo o medida precautoria, por lo mismo, y si lo que se pretende es minimizar los costes involucrados en el proceso, entonces, debe rechazarse toda duplicidad de mecanismos que conduzcan a un mismo objetivo, favoreciendo la medida que produzca iguales efectos con menores gastos.

La regla anterior se extiende a la situación de los embargos o medidas precautorias, que pueden solicitarse una vez iniciado el proceso de quiebras. Al respecto, dichas medidas son incompatibles con el procedimiento concursal en razón que las medidas precautorias durante el proceso de quiebras, no tendrían sentido, de acuerdo a su propia finalidad, ya que, no sería posible, entender que ellas se encuentran destinadas a asegurar el resultado de una acción jurisdiccional cuya sentencia llegará en el futuro, ya que en la quiebra los activos tienden a satisfacer una necesidad ejecutiva, y no son mecanismos de resguardo existentes a favor del demandante frente a un *pericula* determinado. El surgimiento de la cuestión acerca de la procedencia de las medidas cautelares en la quiebra, da cuenta de una problemática que nace de las ineficiencias de nuestra legislación. En efecto, si la masa activa que existe al momento de la declaración de quiebras es escasa, esto es, no es

suficiente para satisfacer las reclamaciones de los acreedores, obviamente que incentivará a la búsqueda de mecanismos de protección adicionales, aún cuando sean ineficaces. La solución actual a lo anterior, pasa por establecer ciertos efectos retroactivos a la quiebra, que solamente se ponen en ejecución con posterioridad a la sentencia que la declara, y por tanto, actúan una vez que la distracción patrimonial se encuentra consumada, lo que hace difícil, tardía y costosa la defensa de la integridad patrimonial.

16.- La Quiebra y las medidas cautelares desde el derecho comparado: Ello se ve corroborado en el derecho comparado. En efecto, en Argentina, solamente se regulan las medidas precautorias, en el contexto de los concursos preventivos que suponga la continuación del giro del concursado. Sin embargo, una vez pronunciada la sentencia que declara la quiebra, se producen las mismas consecuencias que en la legislación chilena, en relación con las medidas precautorias, ya que rige desde dicho momento, el desapoderamiento. Por su parte, en el Derecho Español, la procedencia de la cautela se encuentra regulada perjudicialmente a propósito del concurso necesario, con la finalidad de evitar el la pérdida de activos en el momento de mayor riesgo de distracción y ocultamiento patrimonial. Ahora bien, en el derecho concursal español, una vez pronunciado el auto de declaración del concurso, se regula expresamente, la situación de las medidas cautelares, lo que es completamente lógico, ya que en presencia de un concurso voluntario, no existe efecto de desasimilación e indisponibilidad alguno que perjudique al deudor. Por último, en la legislación alemana, no existe regulación respecto a las medidas cautelares, ya que la apertura del procedimiento, generan que el fallido no puede administrar ni disponer de su patrimonio en situación de falencia sin la autorización del administrador de la insolvencia.

17.- La Quiebra como normativa afecta a la eficiencia: Ahora bien, desde la perspectiva de la recepción de la eficiencia en la legislación concursal, podemos decir que ello ha operado desde la dictación de la Ley N ° 18.175, la cual fue pensada con la finalidad de

proteger la posición de los acreedores (lo que se pensó ayudaba a la consecución de la eficiencia), para lo cual se requería, como objetivos complementarios: (a) La minimización de los costos asociados al proceso; (b) La necesaria expedición del proceso, y (c) Una sana y ágil reasignación de los recursos en la economía. Ello fue reiterado por las reformas legales a la ley indicada, expresadas en las leyes N ° 20.004 y N ° 20.073, las que introdujeron como objetivo de eficiencia que las decisiones de los órganos concursales deberían estar encaminados a la maximización social, lo que vendría dado por la mayor recuperabilidad crediticia posible.

18.- El Análisis Económico del Derecho y la Quiebra: El análisis económico del derecho de quiebras analiza las decisiones vinculadas con la quiebra desde dos perspectivas, a saber: (a) Eficiencia *ex ante*, que permite evaluar la decisión de una empresa existente y que no se encuentra en dificultades, respecto de las posibilidades de realizar un proyecto adicional, de carácter arriesgado; y (b) Eficacia *ex post*, que sirve para decidir cuando una decisión entre liquidación o continuación de la empresa resulta beneficiosa socialmente, frente a una empresa que carece de liquidez y sólo puede subsistir con financiamiento adicional. La literatura de análisis económico del derecho concursal, emana fundamentalmente de los Estados Unidos, y por tanto, resume las dos alternativas que plantea la eficiencia *ex post*, en un procedimiento de liquidación, o bien, en un proceso de reorganización. La eficiencia exigiría la mayor flexibilidad posible para poder optar por el sistema de solución a la insolvencia que permita la mayor maximización del valor de los activos de la empresa en crisis.

Desde un punto de vista económico, se llega a una situación de falencia, debido a una ineficacia concursal *ex ante*, esto es, ante una errada valoración de la rentabilidad de un (os) determinado (s) proyectos. Como elementos determinantes de dicha ineficacia, se encuentran los aumentos de los costos de financiamiento (en razón de mayores tasas de interés dado el desarrollo de proyectos económicos más riesgosos), así como el producto de la función positiva del nivel de esfuerzo de la empresa y de una variable de los

estados estocásticos, esto es, de consideraciones exógenas a la preocupación de los administradores. De esta forma, a medida que el aumenta el esfuerzo empresarial por el éxito de un proyecto, se incrementa asimismo, la probabilidad de un resultado favorable. Con todo, como la rentabilidad de los proyectos no genera réditos solamente para la empresa, sino que también, para los acreedores, entonces, no se obtiene un esfuerzo óptimo.

Ahora bien, el objetivo del análisis económico del derecho concursal, tendiente a maximizar el beneficio de los acreedores, que se traduce en una mayor tasa de recuperación de sus créditos, concurre conjuntamente con los objetivos tradicionales del análisis económico del derecho procesal, esto es, la reducción de los costos ponderados por la reducción de los costos del error. Ello, precisamente, porque el sistema de quiebra, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, constituye un extensión del Derecho Procesal.

19.- Medidas Prejudiciales cautelares concursales: En este sentido, la ley de quiebras, debería aumentar los niveles de monitoreo de los acreedores en forma previa al estado de insolvencia, o por lo menos, cuando dicha situación resulta cercana y cierta, ya que con ello, se desincentiva conductas perjudiciales de los administradores, a efecto de que éstos propicien el éxito de los proyectos que llevan a cabo, mitigando, el azar moral referido. Una forma en como el derecho procesal puede coadyuvar a dicho objetivo, es por medio del establecimiento de medidas cautelares prejudiciales concursales, que complementando la regulación de acciones de retroacción, pueda operar, en el marco de las particularidades del proceso de quiebras, en el periodo en donde dada la inminencia de la falencia, la administración con el riesgo del concurso, haga lo posible por evitar su declaración, falseando antecedentes y desviando activos, o bien, llevando a cabo proyectos con mayor riesgo asociado.

Mediremos la reducción del error, y la corrección del sistema, en la medida que éste genere la mayor recuperación de créditos a sus legítimos propietarios, lo que se producirá cuando se opte por la alternativa que maximice el valor de las reclamaciones en contra del fallido. Así, la eficacia concursal *ex post* está inversamente relacionada con el coste del error en materia de quiebras. Se consideran como costos del sistema concursal, solamente aquellos que se producen en la mecánica y prosecución del procedimiento de quiebras.

Si sabemos que los resultados económicos y contables de una empresa son indicios de lo que puede suceder con posterioridad, y ello es más cierto cuando estamos hablando de una empresa que comienza con dificultades, entonces, no existe razón alguna para no actuar de manera preventiva, generando a favor de los acreedores mayor información en el periodo previo al momento de la crisis, cuando ésta todavía no es pública, pero que ya manifiesta ciertos signos de existencia. De hecho, en la legislación chilena, la cesación de pagos, si bien no es sinónimo de insolvencia, si es demostrativa de pérdida de liquidez, y de imposibilidad, con la actual estructura de capital, de hacer frente a las obligaciones vigentes, por lo que, la verificación de incumplimientos constituye un indicio calificado que puede justificar la actuación preventiva de la ley de quiebras, ya que ello pudiera ahorrar desde una perspectiva de eficiencia concursal *ex ante*, la adopción de proyectos riesgos con bajas tasas normales de rentabilidad, que pueden conducir a un empeoramiento de la situación, desde una óptica de eficiencia concursal *ex post*.

La fórmula tradicional del análisis económico del derecho para afrontar el problema cautelar $P \times Dte > (1-P) Ddo + P (D ter)$, no opera en materia concursal, en razón de la distinta naturaleza del procedimiento que se estudia, lo que afecta la existencia de un problema probabilístico entendido como adecuación provisoria a un resultado definitivo posterior. Lo mismo, respecto del daño que puede sufrir el demandante, ya que acá no hay riesgo del *pericula in mora* propio de las medidas prejudiciales o precautorias, sino

que existe un perjuicio que se provoca por la afectación a la integridad patrimonial del futuro fallido. Sin embargo, en el momento de la solicitud de una medida prejudicial cautelar concursal, resulta difícil la valoración de la pérdida de eficiencia *ex post* (que es aquello objeto de valoración en la adecuación que se ha hecho del presupuesto que se estudia), precisamente porque lo que se pretende, es evitar llegar a dicho momento.

20.- Propuesta de Análisis Económico del Derecho para el problema concursal: Urge, una aproximación que tiende a evitar la frustración de las expectativa de pago de los créditos, que es el momento, en el cual, la legislación de quiebras debería actuar a fin de aumentar la eficacia concursal *ex ante* y *ex post*. En otras palabras, el riesgo de la cesación de pagos, justifica jurídicamente la protección de los acreedores. Ello ocurrirá cuando: $P \times F > (1 - p) (v - c)$. Esto es cuando las probabilidades de éxito de un proyecto (P) multiplicado por la suma que la empresa en crisis deba pagar a sus acreedores (F) es superior a la probabilidad de fracaso de los proyectos llevados a cabo (1-p) multiplicado por la suma neta disponible para distribución de los acreedores (V-C), que se obtiene de restar al flujo de ingresos esperados de su valor actual (V) los costos del sistema de quiebras (C). Dicho modelo, identifica situaciones de cesación de pagos, debido a que, si se cumple con dicha fórmula, la entidad económica no podrá hacer frente a sus obligaciones, precisamente porque el valor neto que existe disponible para pagar sus acreedores es inferior a los pagos que se devengarán en contra de la empresa.

Con todo, a diferencia de lo que ocurre con las legislaciones española y argentina, la propuesta de medidas prejudiciales cautelares concursales, no debe estar limitada al periodo que surge con la solicitud de la petición de quiebra, sino que debe extenderse incluso con anterioridad a que exista una petición en dicho sentido, si es que con ello, se pretende alcanzar los objetivos preventivos que se han desarrollado, en cuanto a identificar oportunamente ineficiencias concursales *ex ante*, las que agravadas generarán ineficiencias concursales *ex post*. De esta forma, la propuesta de análisis económico del derecho concursal para la cuestión cautelar prejudicial en el marco de un sistema de

quiebras, sería: “En todo momento que exista peligro para la integridad patrimonial del deudor, se podrá solicitar ante el juez que sería competente para conocer de la quiebra, cualquier medida prejudicial cautelar que tienda a resguardar dicha integridad patrimonial” “Se entenderá especialmente que dicho presupuesto concurre cuando la suma neta disponible a favor de los acreedores sea inferior a las exigencias económicas que pesan sobre dicho patrimonio, considerando los costes que impone el sistema de quiebras, y las probabilidades de fracaso o de éxito de los proyectos comerciales o empresariales llevados a cabo” “En caso de concederse una medida prejudicial cautelar el peticionario deberá pedir la declaratoria de quiebras o formular una proposición de convenios en un plazo no superior a sesenta días, de acuerdo lo establezca el juez” “El juez podrá anticipar total o parcialmente la consignación previa para solicitar la quiebra, y asimismo, podrá exigir la rendición de caución suficiente para responder de los eventuales perjuicios que la medida prejudicial cautelar ocasione al demandado y a terceros” “Estas medidas se alzarán con el pronunciamiento de la sentencia que declara la quiebra”

BIBLIOGRAFIA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- 1.- ANABALÓN, Carlos. El juicio ordinario de mayor cuantía. Santiago, Chile, 1954.
- 2.- AEDO Monsalve, José Luis. Garantías constitucionales y principios formativos en los nuevos procedimientos laborales. Génesis, regulación y proyecciones. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 180p. 2010
- 3.- AGUILAR Drago, Macarena. Examen procesal al nuevo procedimiento de familia. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Central. 205p. 2007
- 4.- ARAVENA Arredondo, Leonardo. Aspectos orgánicos de la reforma procesal penal. Santiago, Lexis Nexis, 2005. 89p
- 5.- ARISTÓTELES. Ética a Nicomáco. Madrid, Ediciones Mestas, 2000
- 6.- ARIZA Colmenarejo, María Jesús. Medidas Cautelares en el proceso de declaración y otras medidas del procedimiento concursal. En: OLIVENCIA, Manuel, FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, y JIMÉNEZ De Parga, Rafael. Derecho Procesal Concursal. Barcelona, Marcial Pons, 2008. 359p.
- 7.- BENDER, Rolf. The Stuttgart Model. En: CAPPELLETTI, Mauro (ed) Access to Justice. Milán-Aalphenandarijn, Giuffrè-Sijthoff and Noordhoff. Vol. II. Libro 2. 1972. 179-195p.

8.- BENTHAN, Jeremy. An Introducción to the Principles of Morals and Legislation. Batoche Books. Kitchener, 2000.

9.- BONILLA, Claudio, FISCHER, Ronald, LUDERS, Rolf, MERY, Rafael, y TAGLE, Jose. Análisis y Recomendaciones para una reforma de la ley de quiebras. 2004. Documentos de Trabajo del Centro de Economía Aplicada del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile. N ° 191

10.- CABAÑEZ, Maria Lucia. Microeconomía esencial. Madrid, Editorial Ariel Economía. 2002.

11.- CALABRESI, Guido. El coste de los Accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Barcelona, Editorial Ariel, 1984. 349p.

12.- CALAMANDREI, Pietro. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica, 1945. 162p.

13.- CANALES Landeros, Paula. Reforma a la justicia laboral: el nuevo procedimiento en juicio del trabajo: Ley N ° 20.087. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Central. 140p. 2006

14.- CANDIA Godoy, Regina. La mediación y los Tribunales de Familia. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 171p. 2006

15.- CARNELUTTI, Francesco. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción Santiago Sentís Melendo. Vol 1. Buenos Aires, Librería el Foro, 1997.

16.- CHIOVENDA, Guiseppe. Principios de derecho procesal civil. Traducción español de José Casaias y Santaló. Vol 1. Madrid, Editorial Reus, 1925. 263p.

17.- COCIÑA, Cholaky, Constanza. Los principios consagrados en la ley N ° 19.968 que rige los procedimientos ante los tribunales de familia. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 357p. 2010

18.- CONCHA Gutiérrez, Carlos. El Proceso de Quiebras. Editorial López Vivanco, 1971.

19.- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y Economía. México DF, Fondo de Cultura Económica, 1998. 687p.

20.- CORREA-VIAL. En: Propositiones para la reforma judicial. E. Valenzuela, coordinador. Santiago, Chile. 1991

21.- COSSIO Díaz, José Ramón. Derecho y análisis económico. México, Fondo de Cultura Económico, 1997.

22.- DEVAU Ojeda, Mario. Estudio particular de las cauciones procesales. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. 1982. 488p

23.- ELGUETA ROJAS, MARÍA FRANCISCA y PALMA GONZÁLEZ, ERIC EDUARDO. La investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas. Santiago, 2008.

- 24.- EPICURO. Máximas Capitales. D. L., X, 35. EN: García Gual, Carlos. Sobre la Felicidad. Madrid, España, Editorial Debate, 2000.
- 25.- EVANS De La Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Tomo II, 3ª Edición.
- 26.- FERNÁNDEZ-VIAGA, Plácido. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Madrid, Editorial Civitas, 1994.
- 27.- FIX-Fierro, Héctor. Tribunales, Justicia y Eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006
- 28.- FRANK, Robert. Microeconomía y conducta, traducido por Luis Toharia y Esther Rabasco. Madrid, Editorial Mc Graw Hill, 1992.
- 29.- FRIEDMAN, Milton. The Methodology of Positive Economics. Essays in Positive Economics. University of Chicago Press, 1953. 33p.
- 30.- GARRIGES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Bogotá, T. V. Editorial Temis, 1987.
- 31.- GAYO. Instituciones. Traducido por Manuel Abellán Velasco, Juan Antonio Arias Bonet, Juan Iglesias-Redondo y Jaime Roset Esteve. Madrid, Editorial Civitas, 1985.
- 32.- GÓMEZ Balmaceda, Rafael, y EYZAGUIRRE Smart, Gonzalo. El derecho de Quiebras. Santiago, Editorial Jurídica, 2009.

- 33.- GONZÁLEZ Pérez, Jesús. El Derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid, Editorial Civitas S.A. 1984.
- 34.- GRISSKOPF, Ofer, y Medina, Barak. Repairing (the Doctrine of) Irreparable Harm: Econmic Analysis of Preliminary Injunctions. {En línea}. < http://works.bepress.com/barak_medina/6 >.
- 35.- GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956.
- 36.- GUZMAN Brito, Alejandro. Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes. Santiago, Editorial LexisNexis, 2007.
- 37.- HABERMAS, Jugen. Facticidad y validez sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso. Madrid, Trotta, 1998. 689p.
- 38.- HIRSHLEIFER, Jack y GLAZER, Amihai. Microeconomía, teoría y aplicaciones. Editorial Pretince Hall Hispanamericana S.A. 1970. 5ª Edición. 521p.
- 39.- JARA León, Oscar. La sentencia de Quiebra. Editorial Jurídica Aremi, 2009.
- 40.- LEIBLÉ, Stefan. Proceso Civil Alemán. Bogotá, Honrad Adenauer Stiftung, 1999. 538p.
- 41.- MARIN, Juan Carlos. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado). Santiago. Editorial Jurídica, 2004. 489p.
- 42.- MARTÍN Pastor, José. La anotación preventiva como medida cautelar y el registro. Centro de Estudios Regionales, 2000.

- 43.- MERCADO Pacheco, Pedro. El análisis económico del derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- 44.- MITCHELL Polinsky. Introducción al Análisis Económico del Derecho, traducido por J. M. Álvarez Flores. Barcelona Editorial Ariel, 1985.
- 45.- MORESO, José Juan. La teoría del derecho de Bentham. Barcelona, Editorial PPU, 1992.
- 46.- NUÑEZ Ojeda, Raúl. Estudio sobre justicia concursal. Tercer Informe. Superintendencia de Quiebras. 2008.
- 47.- PALMA Rogers, Gabriel. Legislación de Quiebras. Santiago, Editorial Universitaria, 1959.
- 48.- PARDESSUS. I. M. Cours de Droit Commercial. T. V. 5^a Edition. Neve, Libraire de la Cour Cassation, 1941
- 49.- PARETO, Vilfredo. Manual de Economía Política. Traducción de Guillermo Cabanellas. Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1954. 527p
- 50.- PARETO, Vilfredo. Escritos sociológicos. Selección y traducción María Luz Morán Madrid, Editorial Alianza, 1987. 395p.
- 51.- PASTOR, Santos. Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho. Madrid, Editorial Tecnos, 1989.

- 52.- PESCIO V, Victorio. Manual de Derecho Civil. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958. 465p.
- 53.- POSNER, Richard. El análisis económico del Derecho. México, DF. Fondo de Cultura Económica, 1992. 683p
- 54.- POSTEMA, Gerald. Bentham and the Common Law Tradition. Oxford, Clarendon Press, 1986. 430p.
- 55.- PUELMA Accorsi, Álvaro. Curso de Derecho de Quiebras. Editorial Jurídica de Chile, 1983.
- 56.- PUGA Vial, Juan Esteban. Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras. Tomo I. 3ª Edición. Editorial Jurídica, 2004.
- 57.- QUEZADA Melendez, José. Las Medidas Prejudiciales y Precautorias. Santiago, Ediciones Digesto, 1997.
- 58.- RAMOS Romeu, Francisco. Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico. Barcelona. Editorial Atelier, 2006. 748p.
- 59.- RENOUCARD. Traité des Faillites et Banqueroutes. 3e Edition. Guillaumin Editeurs. 1957.
- 60.- RAWLS, John. Teoría de la Justicia. México, DF. Fondo de Cultura Económica, 2004. 549p
- 61.- ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

- 62.- ROJAS, Mario. Las medidas precautorias. Concepción, Editorial Librotec, 1965.
- 63.- SANDOVAL López, Ricardo. Manual de Derecho Comercial. Tomo II. 2ª Edición. Editorial Jurídica, 1986.
- 64.- SATTA, Salvatores. Instituciones del Derecho de Quiebras. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.
- 65.- SCWARTZ, Alan. The Law and Economics Approach to Corporate Bankruptcy. Paper presentado en Global Corporate Governance. Forum Reseach Network Meeting. 2002.
- 66.- SKARIC Carevic, Antonio. Reforma del sistema concursal chileno. Sus fundamentos en el derecho internacional. Texto comparado de las Leyes N ° 18.175 y N ° 4.558. Memoria de prueba para optar al grado de Magíster en Derecho de la Contratación Comparada e Internacional. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago. 1985.
- 67.- SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Manual de Análisis Económico del Derecho Civil. Madrid, Editorial Tecnos, 1991. 371p.
- 68.- SHAVELL, Steven. Foundations of economic analysis of law. Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, 2004
- 69.- SHAVELL, Steven. Economic análisis of accidente law. Cambridge, Harvard University Press, 1987.

- 70.- SMITH, Adam. Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones. México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- 71.- TARUFFO, Michelle. La prueba de los hechos. Madrid, Trotta, 2002. 542p
- 72.- TARUFFO, Michele. La prueba. Artículos y conferencias. Santiago, Editorial Metropolitana, 2009. 310p.
- 73.- TORO Justiniano, Constanza Maria. El Debido Proceso. Un estudio comparativo de la doctrina procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor Guía: Cristian Maturana M. 150p. 2008.
- 74.- TORRES López, Juan. Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal. Madrid, España, Editorial Tecnos, 1987.
- 75.- VARELA, Raúl. Derecho Comercial. Derecho de Quiebras. Santiago, Editorial Universitaria, 1953. 214p.
- 76.- VERDUGO, Mario. Derecho Constitucional. Tomo I. Editorial Jurídica, 1994.
- 77.- VELJANOVSKI, Cento. Economía del Derecho. Traducción: DE LA MAZA Iñigo, y MERY, Rafael. Santiago, Ediciones Diego Portales, 2006.
- 78.- VODANOVIC, Antonio. Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Tomo IV. Santiago, Editorial Nascimento, 1942. 1015p.

79.- WOHLSCHLEGEL, Ansgar. The Economics of Corporate Bankruptcy Law. 2002. Disponible en: archiv.ub.uni-heidelberg.de/savifadok/volltexte/.../Diss_Wohlschlegel.pdf.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

1.- ADLER. Barry, y AYRES. Ian. Dilution Mechanism for Valuing Corporations in Bankruptcy.. En: Discussion Paper No. 243, Yale Law School, 2000

2.- ADLER, Barry Theory of Corporate Insolvency.. New York University Law Review N ° 72: 343-382p. 1997

3.- ATRIA, Fernando. Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo. Revista de Estudios de la Justicia, 2005.

4.- ATRIA Fernando. La improbabilidad de la Jurisdicción. La Judicatura como organización. Expansiva. Santiago. 44. 2007.

5.- BAIRD. The Uneasy Case for Corporate Reorganizations. Journal Legal Studies. N ° 15. 127p. 1986.

6.- BARROS, Enrique. El recurso de protección como medio de amparo de los contratos. En: Instituciones modernas de derecho civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri.. Santiago, Chile, 1996.

7.- BARROS Bourie, Enrique. La responsabilidad civil como derecho privado. Revista de Estudios Públicos. Primavera, 2008. N ° 112. 330p.

- 8.- BEBCHUK, Lucian. A New Approach to Corporate Reorganizations. Harvard Law Review. Volumen 101. 1988
- 9.- BECKER, Gary. The Economic Approach to Human Behavior. Chicago University Press. Chicago, 1976.
- 10.- BEYER, Harald. Ronald Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho. Revista de Estudios Públicos. Verano, 1992. N ° 45
- 11.- BONET Navarro, Ángel. El acceso a la justicia. Cuaderno de Derecho Judicial. XVIII. 2006. 13-122p.
- 12.- BOYCE, John y HOLLIS, Aidan. Preliminary Injunctions and DAMEGE Rules in Patent Law. Universidad de Calgary. 38p. 2002.
- 13.- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. "Property rules, liability rules and inalienability: one view of the Cathedral" Harvard Law Review. N ° 85. 1089-1128p. 1972.
- 14.- CEA Egaña, José Luis. Curso de Derecho Constitucional. Tomo II: Derecho, deberes y garantías constitucionales. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho, 1999
- 15.- COLEMAN, Jules. Efficiency, Exchange, and Action: Philosophic Aspect of the Economic Approach to Law. California Law Review. N ° 221. 237 y ssp. 1980
- 16.- COLEMAN, Jules. The Grounds of Welfare. The Yale Law Journal. Volumen 112. 1519-1520p. 2003

- 17.- COLOMA, German. La tragedia de los comunes y la tragedia de los anticomunes: una reinterpretación. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Económicas. Buenos Aires. Volumen: 48.. 173 y ssp. 2003.
- 18.- CORTEZ Matcovich, Gonzalo. Apreciación crítica de la regulación de la tutela cautelar en el anteproyecto de código procesal civil. Cuadernos de Análisis Jurídico. N ° 16. Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. 2009.
- 19.- CORTEZ Matcovich, Gonzalo. La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. N ° 205. 99-114p. 1999
- 20.- CUNNINGHAN. M.A. Preliminary Injunctive Relief in Patente Litigation. The Journal of Law and Technology. 213-282p. 1995.
- 21.- C. VON WEIZSACKER. Effizienz und Gerechtigkeit. Diskussionsbeiträge des Volkswirtschaftlichen Instituts der Universität Bern. Número 9: 8 y ssp. 1983.
- 22.- DEMSETZ. The Exchanges and Enforcement of Property Right. Journal of Law and Economics. Volumen: 7: 11-26p. 1964
- 23.- DIEZ-Picazo y PONCE De León, Luis. Los daños causados como consecuencia de actuaciones judiciales. Estudios de Derecho Privado. Madrid, Civitas, 1980.
- 24.- DENLOW, Morton. The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard. The Review of Litigation. Volumen: 22.3. 2003
- 25.- DIEZ-Picazo Gimenez, Ignacio. Las Medidas Cautelares. En: DE LA OLIVA Santos, Andrés, DIEZ-PICAZO Gimenez, Ignacio y VEGAS Torres, Jaime Derecho

Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales.. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. 379-407p.

26.- DUCE Julio, Mauricio, y RIEGO R, Cristián. Proceso Penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. 583p, y LANGER, Máximo. Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia. Centro de Estudio de Justicia de las Américas. 2008. 59p.

27.- FRANKS, J. R. y W. N. TOROUS. An Empirical Investigation of U.S. Firms in Reorganization. Journal of Finance. N°: 44: 747-769p. 1989

28.- GIMENO, Senda. “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” Poder Judicial. Número especial I, España. 47-60p. 1986

29.- GORDON, Scott. The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery. Journal of Political Economy. 1954. Volumen 62.

30.- GOULD, John. The Economics of the Legal Conflicts. Journal of Legal Studies. Volumen: 2. 1973

31.- HAUGEN, Robert, y SENBET, Lemma. Bankruptcy and Agency Costs: Their Significance to the Theory of Optimal Capital Structure. Journal of Financial and Quantitative Analysis. N ° 23. 27-38p. 1988.

32.- HOYOS, Arturo. “El Debido Proceso en la Sociedad Contemporánea” En: Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 1998.

- 33.- HUMERES Noguer, Héctor. Principios y estructura del nuevo procedimiento laboral: Charla dictada el martes 14 de Abril de 2009. Colegio de Abogados de Chile. 2009. 42p
- 34.- KALDOR-HICKS. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. Economic Journal. Volumen: 49. N° 549. 1939
- 35.- LEFF, Arttur. Economics Análisis of Law: Some Realism about Nominalism. Virginia Law Review. Volumen: 60, 1974
- 36.- LOPEZ Masle, Julian. Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas. En: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Coordinador Andrés Bordalí. Univeridad Austral de Chile, Editorial LexisNexis. 2006
- 37.- LORCA Navarrete, Antonio María. El proceso civil alemán de la experiencia del modelo Stuttgart y de la novela de simplificación (Vereinfachungsnovelle) de la Z.P.O. El camino del proceso civil español hacia una efectiva concentración de las actuaciones judiciales. En Problemas actuales de la justicia, homenaje al profesor Gutiérrez Alviz y Armario. Coordinador: Víctor Manuel Moreno Catena. 1998. 434-460p
- 38.- FRANCO, y MILLER, Merton. The Cost of Capital, Corporation Finance, and the Theory of Investment. American Economic Review. N° 48. 261-297p. 1958
- 39.- L.A.KORHAUSER. L`analyse économique du droit. Revue de Synthese Philosophie et épistemologie juridiques. 118-119 (1985). 313-330p
- 40.- LANDES, William y POSNER, Richard. Adjudication as a Private Good. Journal of Legal Studies. Vol. VIII. Núm. 2, marzo. 235-284pp

- 41.- MODIGLIANI, Franco, y MILLER, Merton. Corporate Income Taxes and the Cost of Capital. American Economic Review. N° 53. 433-443p. 1963.
- 42.- MONTT Oyarzún, Santiago. Law & Economics: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos. Revista de Derechos y Humanidades. N ° 10. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago. 2004.
- 43.- MORENO Catena, Víctor. La Justicia en acción. Cuaderno de Derecho Judicial. XVIII.2006. 293-326p.
- 44.- NOGUEIRA Alcalá, Humberto. El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano. Santiago, Editorial Librotecnia, 2007. 42-56p
- 45.- NUÑEZ Ojeda, Raúl. “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo”. Revista Ius et Praxis. Año 14, N ° 1 Talca, Chile. 199-223p. 2008.
- 46.- PAOLANTONIO, Martín Esteban. El análisis económico del derecho y la estructura societaria. En: Análisis Económico del Derecho. Compilación: Kluger, Viviana. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2006. III.
- 47.- PARDOLESI, Roberto. Un moderno minotauro: Law and Economics. Ragioni del diritto e ragioni dell'economia. Milán. 1990.
- 48.- PEÑA GONZALEZ, Carlos. “El acceso a la justicia. Elementos para la reforma judicial” Cuadernos de Extensión. Departamento de Investigación y Extensión. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. 57p. 1994.

- 49.- PEÑA, Carlos, VARGAS, Juan Enrique, y CORREA, Jorge. El rol del Estado y el Mercado en la Justicia. Cuadernos de Análisis Jurídico. N ° 42. Universidad Diego Portales. Santiago, 2001. 200p.
- 50.- POSNER, Richard. Some uses and Abuses of Economics in Law. The University of Chicago Law Review. Volumen 46. N ° 2, verano. 119 y ssp
- 51.- POSNER, Richard. The Ethical and Political Basis of Efficiency Norm in Common Law Adjudication. Hofstra Law Review. Volumen 8, N° 2. 487-507p. 1980
- 52.- RAMOS Romeu, Francisco. An Economic Theory of the Regulation of Preliminary Measures. Berkeley Program in Law and Economics. Annual Papers. 2009.
- 53.- ROE. Mark. Bankruptcy and Debt: A New Model for Corporate Reorganization. 1983. Columbia Law Review. N° 83. 527-602p.
- 54.- ROMERO Seguel, Alejandro. La tutela cautelar en el proceso civil chileno. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCIII. N ° 2. Primera parte 2001.
- 55.- SINGER, Joseph William. The Placer and the Cards: Nihilism and Legal Theory. Yale Law Journal. 94: 98-100p. 1984
- 56.- SCITOVISKY. A note on Welfare Propositions in Economics. Review of Economics Studies. Tomo: 9. 77 y ssp. 1941
- 57.- SCHAVELL, Steven. Minimun Asset Requirements. Workpaper: <http://www.nber.org/papers/w9335>. 2002.

- 58.- SHAVELL, Steven. The judgment-proof problem. Internacional Review of Law and Economics. N ° 6. 43p. 1986.
- 59.- SHEHADEH, Ramsey y STEWART, Marion. An economic approach to the balance of hardships and public interest test for preliminary injunction motions in patent infringement cases. Journal of the Patent and Trademark Office Society. N ° 83. 341-354p. 2001
- 60.- SIMÓN Olivera, Luis Maria. Medidas cautelares y tutela anticipada. Cuadernos de Análisis Jurídico. N ° 17. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. 2004
- 61.- SPECTOR, Horacio. Justicia y Bienestar desde una perspectiva de derecho comparado. En: Análisis Económico del Derecho. Compilación: Kluger, Viviana. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2006.
- 62.- RICHARD R.W. Brooks, y WARREN F. Schwartz. Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine. Stanford Law Review. 381. 2005.
- 63.- STIEGLER, George. The Theory of Economic Regulation. Bell Journal of Economics and Management Science. Vol. 2. 3-21p. 1977.
- 64.- TAVANO, Maria Josefina. Coase: Un teorema para el derecho. Su aplicación: A la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia. En: Análisis Económico del Derecho. Compilación: Kluger, Viviana. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2006.
- 65.- VARAS Alfonso, Paulino. Criterios establecidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional acerca del contenido esencial del Debido Proceso. Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. N ° 70. 105-116p. 2008.

66.- VARGAS Viancos, Juan Enrique. Estado actual de la reforma procesal en Chile. Anuario de derechos humanos. N ° 2 (2006). 185-188p

67.- WOLF, Arthur. Preliminary Injunctions. Western New England Law Review. Volumen: 7. 1984

68.- ZACCHINO, Heriberto. Sinopsis de la medida autosatisfactiva. Su aplicación en la Ley de Concursos y Quiebras y en la Ley de Defensa de la Competencia. En: PEYRANO, Jorge. Medidas Autosatisfactivas. Rubinzal-Culzoni Editores. Páginas: 533-542p. 2001.

69.- ZUCKERMAN. “Mareva injunctions and security for judgment in a framework of interlocutory remedies”. The law quarterly review. V. 109. 1993.

FUENTES DOCUMENTALES

1.- Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil (2005)

2.- Constitución Política de la República de Chile.

3.- Código Civil de la República de Chile

4.- Código de Comercio de la República de Chile.

5.- Código de Procedimiento Civil de la República de Chile.

6.- Código Procesal Penal de la República de Chile.

7.- Ley de Enjuiciamiento Civil Española (2000)