

Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho

Las Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil

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

Alumno: Oscar Lizaso Solís

Profesor Patrocinante: Dr. Andrés Bordalí Salamanca

Valdivia, Enero de 2005

Valdivia, enero 20 de 2005

**Señor
Director
Instituto de Derecho Público
Presente.-**

Por medio de la presente nota paso a informar la memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de don **OSCAR LIZASO SOLIS**, titulada "Las medidas cautelares innominadas en el Proceso Civil".

El trabajo del alumno parte de un problema jurídico concreto, que se refiere a determinar qué tipo de medidas cautelares podría dictar un juez civil y si es posible que éstas sean autónomas respecto de un proceso principal, atendido todo ello a que el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil permite al juez dictar medidas cautelares innominadas. Asimismo, el alumno memorista se pregunta por los requisitos que deberían cumplir esas medidas, a modo de respetar las exigencias jurídico fundamentales y el conjunto del Ordenamiento Jurídico chileno.

El trabajo se compone de una introducción, tres capítulos y unas conclusiones finales. En el Capítulo Primero, el alumno expone sobre el significado de las medidas cautelares y la potestad cautelar general. En el Capítulo Segundo estudia las soluciones cautelares modernas en el Derecho Comparado y, en el Capítulo Tercero, analiza las medidas cautelares innominadas en el proceso civil.

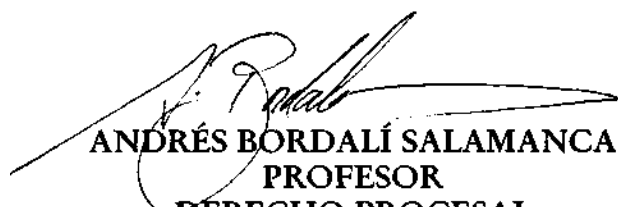
Valorando el fondo del problema analizado por el alumno memorista, cabe destacar, primeramente, la actualidad del tema por él estudiado. El retraso en el actuar de la justicia es un hecho que nadie ignora, y que no es propio de nuestro país, sino un mal que aqueja a la mayoría de los países de nuestro entorno. En este sentido, uno de los aspectos más actuales del Derecho Procesal Civil, es el de la tutela de urgencia y de cómo la tutela cautelar ha sido encaminada progresivamente en el marco de dicha tutela. De este modo, el alumno memorista estudia con especial atención los distintos tipos de providencias urgentes, cautelares o no, que permiten a los ciudadanos obtener una respuesta a sus quejas dentro de un plazo razonable. La mayoría de las propuestas en la materia provienen del Derecho Comparado, las que el autor sistematiza y sintetiza adecuadamente en su trabajo.

La memoria contiene propuestas novedosas y claramente formuladas, aunque en algunos aspectos le falta mayor justificación dogmática.

El lenguaje utilizado en la memoria es adecuado.

En cuanto a la bibliografía utilizada, ésta es relativamente completa y actualizada, y se encuentra por lo general bien citada.

De conformidad con lo expresado, informo la presente memoria "Aprobada para empaste" con nota 6.0 (seis coma cero).


**ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA
PROFESOR
DERECHO PROCESAL**

Índice Sistemático

Introducción	4
Capítulo Primero	
Las medidas cautelares y la potestad cautelar general	
1. Medidas cautelares	6
1.1 Concepto	6
1.2 Presupuestos	7
1.3 Características	10
2. Potestad cautelar general	
2.1 Concepto	13
2.2 Situación de la potestad cautelar en Chile	13
Capítulo Segundo	
Soluciones cautelares modernas en Derecho comparado	
1. Las medidas autosatisfactivas	15
1.1 Noción y características	15
1.2 Naturaleza jurídica	16

1.3 Comentario	17
2. Las medidas anticipatorias	18
Capítulo Tercero	
Medidas cautelares innominadas en el proceso civil	
1. Comentario sobre la rendición de caución en las medidas cautelares innominadas	20
2. Criterios de determinación. Instrumentalidad	20
3. Aplicabilidad de medidas innominadas en caso de configuración de supuestos que hace procedente a una medida típica	21
4. Límites a la aplicación de medidas cautelares innominadas	22
5. Procedencia de los diversos tipos de medidas cautelares	23
5.1 Procedencia de medidas cautelares clásicas no recogidas en la legislación chilena	23
5.2 Procedencia de medidas anticipatorias	24
5.3 Procedencia de medidas autosatisfactivas	24
6. Propuestas de medidas cautelares innominadas	25
Conclusiones	30
Bibliografía	32

Introducción

Es por todos sabido que uno de los principales problemas de la administración de justicia en materia civil radica en la lentitud de los procesos, lo que puede llegar a perjudicar gravemente al particular que se somete a su arbitrio, ya que a la época de la sentencia –aún favorable– éste pudiera ver muy afectados sus intereses por el excesivo retraso de la solución jurisdiccional, pudiendo incluso la mencionada resolución final carecer de utilidad práctica. Al respecto cabe mencionar que numerosos tratados internacionales reconocen y amparan el derecho de las personas a tener acceso a la justicia, debiéndose entender por tal, una justicia rápida y efectiva, todo esto dentro del marco del debido proceso, también reconocido y amparado en nuestra Carta Fundamental y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes.

Frente a esta realidad judicial, extendida en la generalidad de los países de nuestro entorno, se aboga por algunos recurrir a vías alternativas para la resolución de conflictos entre particulares, que permitan acceder a una solución eficaz. En algunos países se ha desarrollado la técnica de la mediación, dándole un rol activo al entendimiento de las partes. Otro camino a seguir es fortalecer la tutela cautelar, otorgándole al juez las herramientas legales para que mediante las providencias cautelares asegure el derecho la eficacia del proceso y en definitiva los derechos e intereses de los justiciados.

Nuestro ordenamiento jurídico procesal contempla una serie de medidas cautelares, encaminadas a asegurar el resultado de la pretensión deducida, y en definitiva del juicio en curso. Y, por otra parte, en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), se le concede al sentenciador la posibilidad de ordenar "otras" medidas en los casos en que el legislador no las autorice expresamente, dejando obviamente entregada al juez la facultad de concederlas u ordenarlas. Resulta interesante determinar cuáles son aquellas "otras" medidas a que hace alusión el precitado artículo, es decir, determinar la correcta extensión y alcance de la norma.

Del análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia se desprende que esta facultad no ha sido aprovechada en forma significativa por nuestros jueces, es decir, no se han utilizado en general medidas cautelares distintas a las previstas en las leyes, privando a las partes de una fuente riquísima de seguridad procesal en la conservación de sus derechos e intereses mediante la rapidez y eficacia de la respuesta jurisdiccional, aún provisoria.

Creemos posible la aplicación de una vasta gama de medidas cautelares, que vendrían a llenar un espacio normativo, dejado, a nuestro juicio, en el olvido. Superada ya la etapa de desconfianza hacia el juez y concediéndosele a éste un rol más activo en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, es preciso y necesario que una norma como el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil sea interpretada de una forma más extensiva, siempre que busque

como objetivo el interés de los particulares y, por cierto, mantener el espíritu de la norma y de la legislación general.

En nuestra doctrina el tema de las medidas cautelares innominadas no parece haber sido tratado con la profundidad necesaria ni el interés suficiente; es así como en los textos de derecho procesal civil encontramos el tema tratado de una forma superficial.

En el capítulo primero revisaremos el concepto, los presupuestos y las características de las medidas cautelares para de esta forma poder introducirnos en la materia. Asimismo, veremos el estado de la potestad cautelar general en nuestro derecho.

A continuación, en el segundo capítulo analizaremos y expondremos algunos sistemas cautelares que han surgido, ya por vía legal o jurisprudencial, en otros ordenamientos jurídicos y que revisten especial importancia por su novedad y utilidad práctica. Revisaremos principalmente el estado de las tutelas de urgencia en Argentina y Brasil. Si bien no se trata de las medidas cautelares clásicas, consideramos de gran importancia exponer otros sistemas análogos o similares a estos que son sin duda un aporte para el instituto cautelar.

Finalmente, en el capítulo tercero, expondremos el sistema que creemos apropiado respecto de las medidas cautelares innominadas. Trataremos de llegar a la correcta y total interpretación y aplicación del artículo 298 de nuestro Código de Enjuiciamiento Civil. Del mismo modo analizaremos los especiales requisitos para tutelas indeterminadas, como también sus limitaciones. Asimismo se hará una propuesta, a modo enunciativo, de las medidas que por su utilidad práctica pueden y deben aplicarse en nuestro derecho, a la luz del ya señalado precepto legal.

El estudio y análisis de esta materia estará centrado principalmente en el ámbito de las relaciones patrimoniales, queremos decir especialmente que no ahondaremos en materia de las relaciones de familia ni derechos de contenido extrapatrimonial de los ciudadanos, salvo a modo ilustrativo. Si bien aquellas materia son un campo muy rico en cuanto a la tutela cautelar, por razones metodológicas no serán abordadas aquí, porque dificultarían la elaboración de un trabajo unitario.

Por otra parte, el estudio está centrado en un análisis dogmático, y para cumplir nuestro objetivo, cual es interpretar el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, es imprescindible servirnos no sólo de las normas legales que regulan la materia, sino también de a doctrina y jurisprudencia que se ha constituido en relación al tema.

Capítulo Primero

Las medidas cautelares y la potestad cautelar general

1.- Medidas cautelares

1.1 Concepto

No resulta fácil dar un concepto unitario de medida cautelar, ya que los autores no están en unánime en ello y la gran mayoría de las legislaciones ha optado por no señalar una definición expresa. Asimismo, a dichas medidas se le atribuyen numerosas denominaciones, tales como, medidas de seguridad, acción asegurativa, medidas precautorias, acciones preventivas, etc., y entre los autores modernos han surgido una serie de conceptos nuevos como medidas autosatisfactivas, tutela diferenciada, tutela anticipatoria entre otras, las que pueden compartir el carácter de cautelar, dependiendo el análisis del autor.

Nosotros, por el momento, entenderemos que las medidas precautorias a que hace referencia nuestro Código de Procedimiento Civil se encuentran dentro de la denominación de medidas cautelares.

Desde una perspectiva clásica podemos conceptualizar a las providencias cautelares como la "anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma"¹. Dentro de la doctrina nacional encontramos la definición del profesor Rojas según la cual las "medidas precautorias son aquellas providencias de naturaleza cautelar que, sirviendo para facilitar el cumplimiento práctico de la sentencia, pueden solicitarse por el demandante para asegurar el resultado de su acción"².

Queda claro que en la perspectiva clásica no se concibe la existencia de una tutela cautelar sin la existencia –actual o futura– de un juicio principal, y cuya efectividad en el resultado final protege dicha providencia.

Por otra parte, un sector de la doctrina actual le concede a la tutela cautelar un concepto mucho más amplio que el recién señalado. Incluyen dentro de este clase de providencias las denominadas medidas autosatisfactivas³, las cuales ya no buscan asegurar el resultado de la acción, sino que tiene un fin en sí misma, poseen una naturaleza autónoma y agotan su objeto al

¹ Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Librería El Foro. Buenos Aires, 1996. (p. 45)

² Rojas Rodríguez, Mario. *Las Medidas Precautorias*. Librotec. Concepción, 1965. (p. 29)

³ Sin perjuicio de que, como se verá más adelante, la mayoría de la doctrina que sustenta estas medidas las considera de una naturaleza diversa a la cautelar. Cfr. Peyrano, Jorge W. "La Medida Autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del procedo urgente. Génesis y Evolución". *Medidas Autosatisfactivas*, Peyrano, Jorge (director). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. (pp. 20-21)

emitirse. Su instrumentalidad no está dada en función de un proceso principal, sino que en razón de la legislación general y su efectividad⁴. Tales medidas tienen como característica singular que pueden ser despachadas *inaudita et altera pars*⁵ y no requieren necesariamente la formación de un procedimiento contradictorio ulterior⁶.

El concepto que se adopte resulta de vital importancia, ya que será el que en definitiva determinará el alcance del concepto de medida cautelar. Pero pese a la concepción que cada uno tenga sobre el concepto en análisis, pensamos que no puede desatender el tenor literal del cuerpo normativo, es decir, el alcance del concepto de la tutela cautelar va a estar dado, no sólo por la línea teórica a la que adscriba el intérprete, sino que también –y principalmente– por el texto de la ley que se va a aplicar. Así, el concepto variará según el tipo de legislación que posea cada país, no pudiendo ser uniforme el concepto doctrinal ni aplicable de igual modo en distintos ordenamientos jurídico procesales.

Entre nosotros, podemos recoger una definición con los elementos que no proporciona el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, que señala "Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado de juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas...". Como veremos más adelante este precepto pese a no contener una definición de medida precautoria, tiene una relevancia decisiva para el intérprete, en cuanto a la extensión del concepto.

1.2 Presupuestos

Como la lógica aconseja, no se puede conceder una medida cautelar con la simple petición del solicitante. Es necesario que el órgano jurisdiccional confirme la concurrencia de una serie de requisitos que van a justificar la injerencia que la medida supone en la esfera jurídica del sujeto pasivo⁷. Se requiere que el planteamiento del actor esté envuelto por una apariencia de seriedad y la medida resulte idónea, para lo cual se establecen una serie de presupuestos necesarios para conceder una cautela.

⁴ Cfr. Bordalí Salamanca, Andrés. "Diversos Significados de la Tutela Cautelar en el Proceso Civil". *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile. Vol. XII. 2001 (p. 61)

⁵ Si bien al dictarse una medida autosatisfactiva puede existir una previa y comprimida sustanciación, es decir, puede haber intervención del sujeto pasivo, la nota que la distingue de las medidas cautelares clásicas es que por regla general aquella se despacha *inaudita et altera pars*, pudiendo existir oposición, y una cautelar clásica se despacha con intervención del demandado generalmente, pero pudiendo asimismo dictarse sin la concurrencia de éste. Cfr. Peyrano, Jorge W. "La Medida Autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del procedo urgente. Génesis y Evolución". *Medidas Autosatisfactivas*, Peyrano, Jorge (director). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. (p. 15)

⁶ Cfr. Peyrano, Jorge W. "La Medida Autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del procedo urgente. Génesis y Evolución". *Medidas Autosatisfactivas*, Peyrano, Jorge (director). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. (pp. 17-18)

⁷ Cfr. Jové, María. *Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*. J. M. Bosch Editor. Barcelona, 1995. (p. 29)

Si bien no todos los autores coinciden en este tema y resultando difícil la elaboración de una teoría general al respecto, podemos tener como presupuestos los siguientes:

a) **Presunción grave del derecho que se reclama o *fumus bonis iuris***

El presupuesto del *fumus bonis iuris* está reglamentado en el artículo 298 del CPC, el que exige que el demandante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos una presunción grave del derecho que se reclama.

Tal como la disposición en comento lo señala, lo que se le exige al solicitante son documentos o comprobantes que permitan al juez tener como muy probable la existencia del derecho cuya tutela se reclama, pero en ningún caso se debe exigir certeza, porque de ser así se desnaturaliza la función de la medida cautelar ya que se realizaría un examen que haría innecesaria la sentencia definitiva, pues ya estaría resuelta la procedencia de la demanda. Valdría más la pena esperar sentencia definitiva y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud⁸.

Por otra parte, en sentido contrario, si sólo se exigiera la afirmación de una situación jurídica cautelable sin que ésta apareciese como muy probable, las medidas cautelares podrían convertirse en peligrosas armas para un litigante temerario o derechamente en un vehículo para el fraude.

Entonces, debemos entender que lo razonablemente exigible es un parámetro intermedio entre la mera declaración por parte del actor y la plena certeza acerca del derecho que le cabe a éste.

Para dar con este parámetro de mediana certeza la doctrina⁹ ha empleado términos tales como "apariencia", "probabilidad" o "verosimilitud" del derecho que se discute. Nuestra legislación exige que los documentos constituyan a los menos una presunción grave del derecho que se reclama.

Debe tenerse en cuenta que la resolución adoptada respecto de una medida cautelar no debe de ninguna forma influir en la decisión que en definitiva adopte el tribunal, ya que implicaría una forma de prejuzgar.

b) **Peligro en la demora o *periculum in mora***

La constatación de un peligro de daño derivado del propio retraso de la administración de justicia es el fundamento indiscutible de la tutela cautelar¹⁰.

⁸ Cfr Calamandrei, Piero. op. cit. (p.78)

⁹ Cfr. Jové, María. op. cit. (p. 32)

¹⁰ Cfr. Jové, María. op. cit. (p. 57)

El *periculum in mora* se ha definido como "el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del proceso ordinario"¹¹ Convergen aquí dos elementos necesariamente interrelacionados; la demora en la obtención de una sentencia definitiva, y el daño que se produce a causa de ese retraso.

La demora surge como una característica referida a la duración temporal del proceso, la que aun calificada a priori de normal y necesaria puede verse incrementada injustificadamente. Si bien para llegar a una acertada resolución del conflicto se necesita de tiempo, éste puede jugar en contra de la parte demandante, pudiendo llegar a privar a la sentencia definitiva de efectividad¹².

El profesor Rojas añade que el *periculum in mora* va a estar de todos modos presente cuando la situación económica –deficiente– del demandado permita colegir que el actor puede quedar burlado en sus derechos¹³. Además, pueden ocurrir que se tema, fundadamente, que el demandado pueda ocultar o malvender sus bienes para evadir una sentencia condenatoria.

En nuestro derecho existen algunos casos de excepción en los cuales el requisito en análisis no es exigido por la ley¹⁴.

El *periculum in mora* en un presupuesto que requiere constatación, para lo que el juez se valdrá de las probanzas aportadas por la parte demandante.

b) Rendición de una fianza, llamada también contracautela

Esta exigencia tiene por finalidad que sea posible responder de los perjuicios que se originen con ocasión de la adopción de una medida cautelar.

Es lógico exigir una fianza o garantía para acceder a una medida cautelar, ya que así se asegura una relativa responsabilidad del solicitante, o en ausencia de ésta, el resarcimiento de los daños y perjuicios que la medida le hayan ocasionado al sujeto pasivo de ella. Este requisito está pensado para el caso de que la sentencia definitiva no sea favorable al demandante y las medida ordenada haya lesionado los derechos del que la soportó. Esto equipara las garantías del demandante con las que se le prestan al demandante al ordenar la medida cautelar.

La concesión de una cautela coloca a la parte solicitante en una situación de privilegio, y en contrapartida a ese desequilibrio provocado se debe exigir la constitución de una garantía, para que en cierta forma, se restablezca el *statu quo* existente en un principio entre las partes litigantes¹⁵.

¹¹ Calamandrei, Piero. op. cit. (p. 42)

¹² Cfr. Jové, María. op. cit. (p. 57)

¹³ Cfr. Rojas Rodríguez, Mario. op. cit. (p. 91)

¹⁴ Por ejemplo, en el artículo 293 N° 3 del CPC cuando el nombramiento de interventor es solicitado por el comunero o socio que demanda la cosa común, o que pide cuentas al socio o comunero que administra. También el artículo 296 del CPC prescinde de este requisito en el caso que se pida la prohibición de celebrar acto o contratos con relación a los bienes objeto del juicio.

¹⁵ Cfr. Jové, María. op. cit. (p. 69)

Es posible que la adopción de una medida cautelar pueda causar graves perjuicios al sujeto que la debe soportar, y en caso de una sentencia favorable al demandante, dichos perjuicios pueden resultar legítimos o justificados. Pero si la resolución final rechaza en definitiva las pretensiones del actor, los perjuicios causados al demandado deben ser por justicia reparados, finalidad que persigue precisamente la fianza.

En nuestro derecho resulta discutida la existencia de este presupuesto, ya que algunos señalan que la ley nada dice al respecto por lo tanto niegan que para dictar una precautoria de las descritas en el artículo 290 del CPC deba rendirse caución¹⁶, pero por otra parte, una interpretación del artículo 298 del CPC posibilita colegir la caución es necesaria para obtener una de tales medidas. Como el artículo 298 del CPC establece como facultad la de pedir caución al solicitante en caso de una medida indeterminada, se debe entender que respecto de las nominadas es obligatoria. Si la norma faculta para el caso de las innominadas, es porque no lo hace para las nominadas, y resulta aconsejable que se exija caución, dada la importancia de la cautela.

Cabe señalar que la constitución de esta garantía no es un requisito exigible a todas las medidas cautelares. En cuanto a las medidas innominadas, el artículo 298 del CPC sólo faculta al juez a exigir caución, por lo que se desprende que ésta no es un requisito esencial, ya que el juez de modo prudencial puede exigirla o puede decretar la medida sin que sea necesario rendir caución. Pero no se debe dejar pasar por alto en esta materia dicha facultad; el legislador por alguna razón puso esa frase. Tratándose de medidas de creación judicial, estas pueden resultar más "peligrosas", ya que no encuentran fundamento directo en texto positivo y conceden al juez un amplio poder, por lo que resulta prudente considerar esta "recomendación" legal al determinar la procedencia de la contracautela y así resguardar los derechos del demandado.

1.3 Características

a) Instrumentalidad

Las medidas cautelares son instrumentales por cuanto carecen de un fin en sí mismas, y se encuentran subordinadas a un proceso principal, del cual dependen, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia que se dicte en dicho proceso.

De la definición clásica que se ha dado de la tutela cautelar salta a la vista su instrumentalidad, y nuestro ordenamiento jurídico, por lo demás, también lo señala en su artículo 290 del CPC al decir en lo pertinente que "*Para asegurar el resultado de la acción...*". El proceso cautelar, entendido en su acepción clásica, no se concibe sin uno principal.

¹⁶ Cfr. Marín González, Juan Carlos. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004. (pp. 257-261)

Respecto de las medidas prejudiciales precautorias también se encuentra presente esta característica, pues si bien al momento de ordenarse la medida no existe un proceso, el artículo 279 del CPC obliga a quien solicite la medida a presentar la demanda.

b) Provisionalidad

Las medidas cautelares se caracterizan por su duración temporal, ya que subsistirán hasta el momento en que la sentencia definitiva se encuentre firme o mientras duren las circunstancias fácticas que las justificaron (*rebus sic stantibus*). La resolución que impone una medida cautelar es esencialmente modificable en cualquier estado del juicio. El artículo 301 del CPC también señala como causal de cesación de una medida precautoria la rendición de caución suficiente.

Entre nosotros, el artículo 301 del Código del ramo señala claramente este aspecto al decir "Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberá hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evita o se otorguen cauciones suficientes". Esta provisionalidad resulta lógica, como explica el profesor Rojas, ya que la finalidad de las medidas precautorias es asegurar efectivamente el resultado de la acción entablada. Y si concurren una de las dos situaciones que describe el artículo citado, no se ve inconveniente en decretar el alzamiento de aquellas, ya que la acción deducida no corre ningún riesgo¹⁷.

Asimismo, procede el alzamiento de una medida cautelar, una vez firme la sentencia definitiva, ya que si es favorable al demandado, la medida pierde toda justificación y en razón de su instrumentalidad ésta debe alzarse, y si al contrario, es favorable al actor, la medida ya cumplió su objetivo y deberá cesar, sin perjuicio de que ciertas medidas puedan solicitarse o mantenerse en la etapa de ejecución del fallo.

c) Proporcionalidad

El artículo 298 del CPC señala en lo pertinente que "Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio...", con lo que claramente establece un principio de proporcionalidad entre la medida precautoria y el objetivo perseguido por el actor.

Se trata de alcanzar un difícil equilibrio entre el derecho que le asiste a todo demandante a la seguridad en el cumplimiento cabal de una eventual sentencia favorable y los derechos del sujeto pasivo a quien afecta la medida. La imposición de una medida cautelar es una determinación sumamente invasiva de la esfera jurídica del sujeto que la soporta, por lo que debe ser lo menos gravosa posible, pero siempre suficiente para garantizar la efectividad de la

¹⁷ Cfr. Rojas Rodríguez, Mario. op. cit. (p. 45)

sentencia definitiva. En razón de ello es que la extensión de la orden cautelar debe ser la estrictamente necesaria, y así evitar perjuicios innecesarios al demandado, teniendo en especial consideración que estamos frente a una apariencia de derecho y no frente a una certeza.

d) **Flexibilidad**

Las medidas cautelares se caracterizan por su flexibilidad o mutabilidad, por lo que el solicitante podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución probando que la medida no cumple acabadamente con su función de garantía. Por otra parte, el demandado que soporta una medida, puede solicitar la sustitución de ella por una menos gravosa, el reemplazo de bienes cautelados por otros de igual valor, o la reducción del monto por el que aquella fue trabada¹⁸.

Es lógico que si la situación de riesgo que motiva y justifica la tutela cautelar varía, ya sea aumentando o disminuyendo dicho riesgo, ésta también debe mutar.

Esta característica está relacionada con la provisionalidad; si las medidas pueden cesar en razón de un cambio de circunstancias que las justifican, también podrán ser modificadas por la misma razón, pero continuando el peligro que se procura evitar.

Por otra parte, si el demandado desea reemplazar el bien objeto de la medida por otro de similar valor, y esto no perjudica la finalidad cautelar, el juez podrá acceder a ello. Esto se encuentra justificado y viene a compensar un poco la situación de inferioridad del sujeto pasivo antes de la sentencia definitiva.

e) **No son taxativas**

Esta característica se encuentra al menos en nuestra legislación. Igualmente, la tendencia en otras legislaciones es no limitar ni circunscribir la aplicación de la cautela a las que se encuentran tipificadas por la ley.

En el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil queda clara esta idea al rezar el precepto "...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".

La inclusión de esta norma por parte del legislador nacional es del todo acertada, ya que además de presentar gran utilidad práctica, evita que se instale la discusión acerca de la existencia de la denominada potestad cautelar general¹⁹. Pese a ello, los jueces nacionales se han resistido generalmente a hacer aplicación de esta normativa, ya que en su parecer implicaría anticipar el

¹⁸ Cfr. Kielmanovich, Jorge. *Medidas Cautelares*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002. (p. 47)

¹⁹ Cfr. Rojas Rodríguez, Mario. op. cit. (p. 55)

pronunciamiento de fondo, cosa que les está vedada por la ley²⁰. Acerca de esta tendencia ya nos pronunciaremos en su oportunidad.

2.- Potestad Cautelar General

2.1 Concepto

La potestad cautelar general la podemos entender como aquella facultad que la ley le confiere al juez en virtud de la cual éste puede ordenar providencias de naturaleza cautelar no previstas en la ley. Se contrapone a lo que podemos llamar potestad cautelar estricta o limitada, en la que la ley señala en forma taxativa las medidas autorizadas. La mencionada potestad va a tener lugar en la medida que el ordenamiento jurídico contenga una norma en que autorice expresamente al juzgador a lo ya señalado.

2.2 Situación de la potestad cautelar en Chile

En Italia se discutió arduamente acerca del tipo de potestad cautelar que tenía su legislación. En efecto, la ley italiana se limitaba a enumerar las medidas cautelares, quedando en duda si éstas se agotaban allí o si se debía reconocer al juez un poder cautelar general y por ende autorizarlo a dictar otras medidas cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de la providencia principal. Calamandrei²¹, pese a reconocer la utilidad práctica de la solución amplia, negaba la posibilidad de que existiera en su legislación la denominada potestad cautelar general, por faltar norma expresa del derecho positivo y, a mayor abundamiento, por no avenirse con los principios generales del derecho procesal de su país. Chiovenda en modo contrario aseveraba la existencia de dicha potestad²². Chiovenda decía "el derecho a la resolución de cautela es un derecho del Estado fundado en las necesidades generales de la tutela del Derecho"²³, con lo que viene a decir que la potestad cautelar general está conferida no por una norma particular sino que por el ordenamiento jurídico en razón de la necesidad que tiene el Estado de tutelar el Derecho.

Finalmente, se consagró el poder cautelar general en un nuevo artículo 700 del Código de Procedimiento Civil Italiano, lo que terminó con toda discusión al respecto.

Nuestra ley procesal reconoce y consagra la ya mencionada potestad cautelar general. El artículo 298 del Código de Procedimiento Civil señala en al respecto "...Podrá también el

²⁰ Cfr. Tavorari Oliveros, Raúl. "Características generales de las medidas provisionales y de los procedimientos rápidos o sumarios en el Derecho Procesal Chileno". *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (coordinador) . Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002 (p. 419)

²¹ Cfr. Calamandrei, Piero. op. cit. (pp. 65-67)

²² Cfr. Chiovenda, José. *Principios del Derecho Procesal Civil*. Reus. Madrid, 1977. T II (p. 283)

²³ *Ibidem*

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". Sin duda alguna que en este artículo se introduce una cláusula general cautelar, en virtud de la cual el juez puede ordenar medidas que no se encuentran descritas en la ley.

Este artículo da vida a las llamadas medidas cautelares innominadas o indeterminadas, cuya creación está encargada al juez sustanciador de la causa. Cabe señalar que nuestro Código fue precursor en la materia.

Del tenor literal de la norma no cabe colegir ninguna clase de duda en torno a la existencia de esta potestad; el legislador dejó entregada al juez la facultad de crear las medidas cautelares que correspondan cuando éste lo estime necesario.

Si bien la judicatura nacional ha sido reacia a dar una aplicación extensiva a este precepto, no puede desconocerse la existencia de esta cláusula general de cautela civil.

A mayor abundamiento, los tribunales de justicia tienen, por mandato constitucional, la obligación de hacer cumplir lo fallado²⁴. Al respecto el artículo 73 de nuestra Carta Fundamental señala "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y *de hacer ejecutar lo juzgado*, pertenecen exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley." He aquí otra herramienta, y de la más alta consagración, para que el órgano jurisdiccional pueda garantizarle al justiciado la efectividad de la resolución final. Esta norma constitucional viene a confirmar la existencia de una potestad cautelar general conferida al juez. Si se interpretan en armonía los preceptos citados en esta parte, resulta inconcuso concluir que nuestros tribunales de justicia poseen la ya tantas veces mencionada potestad de que trata este apartado.

En síntesis, la existencia del artículo 73 de la Constitución y el artículo 298 del CPC constituyen el marco normativo que consagra la existencia del poder cautelar general. Ambas normas se complementan y deben ser tenidas en cuenta a la hora de examinar la procedencia de una medida cautelar innominada.

²⁴ Cfr. Bordalí Salamanca, Andrés. op. cit. (p. 63)

Capítulo II

Medidas Cautelares Modernas en Derecho Comparado

Hemos elegido exponer los casos de Argentina y Brasil no por azar, sino que porque las técnicas que han surgido allí en materia cautelar resultan muy interesantes y pueden contribuir de algún modo a desarrollar nuestro propio sistema cautelar.

1. Las medidas autosatisfactivas

1.1 Noción y características

En Argentina ha surgido en el último tiempo la noción de medida autosatisfactiva. Los principales impulsores de esta idea son los profesores Augusto Morello y Jorge Peyrano, y su doctrina ha sido muy bien recibida y seguida por gran parte de los procesalistas de su país.

Las medidas autosatisfactivas han sido entendidas como "soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteamientos formulados sean atendibles"²⁵. Son soluciones definitivas –sin perjuicio de las vías de impugnación²⁶–, lo que de inmediato las diferencia de las medidas cautelares corrientes o entendidas en su forma clásica. No requieren la iniciación de un ulterior procedimiento principal para evitar su caducidad²⁷. Para su procedencia se exige, en vez del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, una "fuerte probabilidad" del derecho reclamado y un "perjuicio irreparable" que puede ocasionar un retardo en la respuesta judicial²⁸. Lo recién señalado, no es más que un reforzamiento de los presupuestos tradicionales de las medidas cautelares. No siempre debe prestarse contracautela, especialmente si ha existido sustanciación previa a su despacho²⁹.

Esta clase de medidas tiene su origen en una serie de consideraciones de orden práctico. Entre las más importantes se encuentra la necesidad que tienen los justiciados de una respuesta

²⁵ De los Santos, Mabel. "Medida Autosatisfactiva y Medida Cautelar". *Medidas Cautelares*, Greif Jaime (coordinador). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002. (p. 357)

²⁶ Cfr. Peyrano, Jorge W. La Medida Autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del procedo urgente. Génesis y Evolución". *Medidas Autosatisfactivas*, Peyrano, Jorge (director). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. (p. 18)

²⁷ Peyrano, Jorge W. La Medida Autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del procedo urgente. Génesis y Evolución". *Medidas Autosatisfactivas*, Peyrano, Jorge (director). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. (p. 30)

²⁸ Cfr. Picó I Junoy, "De las Medidas Cautelares a las Medidas Autosatisfactivas ¿Un avance del Derecho Procesal?" *Revista Justicia* Vol. II N° 4, 2004 (p. 275)

²⁹ Cfr. De los Santos, Mabel. op. cit. (p. 369)

jurisdiccional rápida y eficaz, de ahí su carácter de definitiva, ya que así tutela de una manera más eficiente y en mejor forma los derechos e intereses de los ciudadanos.

1.2 Naturaleza jurídica

Las medidas autosatisfactivas son por naturaleza soluciones urgentes. Asimismo, son providencias que, según señala la doctrina³⁰ que las sustenta, carecen de instrumentalidad, al menos respecto a un proceso principal, es decir, no están al servicio de la efectividad de un juicio principal sino que ellas se sustentan en sí mismas, tienen su propia y autónoma finalidad, por lo que su objeto se agota ni bien son despachadas. Su fin no es asegurar la efectividad de un proceso –como la medida cautelar clásica– sino que persigue una fin más global: asegurar la efectividad de las prestaciones jurisdiccionales (o de la legislación general), tomando en especial consideración el factor temporal; tutelar los derechos en un tiempo razonable.

A estas soluciones jurisdiccionales la doctrina argentina le atribuye y reconoce una naturaleza distinta a la de las medidas cautelares. Según Peyrano³¹, no participan de la clase medidas cautelares, y las medidas autosatisfactivas son una especie del género de los procesos urgentes (dentro del cual están por otra parte las medidas cautelares). El autor argentino resume esto en su famosa frase "todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar"³², con lo que hace la diferencia entre medidas cautelares clásicas y las autosatisfactivas, señalando el carácter urgente pero no cautelar de éstas. Se le clasifica en forma apartada de la medida cautelar ya que no se quiere desfigurar la teoría cautelar clásica, y en palabras del citado profesor "el verdadero progreso en general –también el jurídico– pasa por lo diferente más que por lo reciclado"³³. De ahí que esta innovación de la denomine también como tutela "diferenciada".

Si bien es cierto que no nos encontramos frente a una medida cautelar clásica, no lo es menos que, como bien lo observa Picó I Junoy³⁴, que sus características particulares sólo las diferencian de aquellas, mas no le confieren una naturaleza diversa, es decir, son medidas cautelares, pero de aquellas que podemos denominar "autónomas". En efecto, siguiendo al precitado autor, pese a la originalidad que se aprecia en la concepción de la medida autosatisfactiva, resulta muy difícil percibir grandes diferencias respecto de la medida cautelar, salvo la autonomía de aquella. Los clásicos presupuestos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* de la medida cautelar se exigen en una forma levemente más intensa³⁵.

³⁰ Cfr. De los Santos, Mabel. op. cit. (p. 367)

³¹ Cfr. Peyrano, Jorge W. "La Medida Autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del procedo urgente. Génesis y Evolución". *Medidas Autosatisfactivas*, Peyrano, Jorge (director). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. (p. 14)

³² *Ibidem* (p. 19)

³³ *Ibidem*. (p. 20)

³⁴ Cfr. Picó I Junoy. op. cit. (p. 275)

³⁵ Cfr. *Ibidem*

En síntesis, nosotros preferimos catalogar a la tutela autosatisfactiva como una medida cautelar autónoma, pero cautelar al fin, cuyas únicas notas distintivas las constituyen la autonomía o falta de instrumentalidad –respecto de un proceso principal– y lo definitivo de la solución en contraposición al carácter provisional de la cautela entendida en su forma clásica.

1.3 Comentario

La aparición de la medida autosatisfactiva en Argentina ha sido fruto de una eminente labor doctrinal. Nació como una desviación de la medida cautelar, y fue recogida en esa forma por alguna jurisprudencia de ese país³⁶. Pero el instituto en comento no ha tenido aún, muy a pesar de la doctrina, consagración legal general.

La génesis de esta clase de soluciones jurisdiccionales se encuentra en ciertas medidas que señala el Código Civil Argentino (el artículo 1071 bis por ejemplo, referente a la protección del derecho a la intimidad) y que serían soluciones urgentes autónomas, ya que no dependen de un proceso principal y los jueces la han aplicado invocando la medida cautelar genérica o innominada³⁷. La doctrina impulsora de la medida autosatisfactiva, que fue ganando adeptos con rapidez, comenzó a formular una teoría general de éstas, y poco a poco algunos fallos³⁸ fueron recogiendo en cierta forma esta innovación³⁹.

Asimismo, el legislador argentino ha dictado algunas normas que consagran este instituto para ciertos casos previstos, por ejemplo, la ley 11.529 de la Provincia de Santa Fe, referente a violencia intrafamiliar.

Pese a lo dicho, se observa que en Argentina la aplicación de las medidas autosatisfactivas como medio general de otorgar tutela a los particulares, se realiza sin un sustento legal o constitucional concreto que la autorice en modo general. Pese a que la jurisprudencia de ese país no ha recogido en forma unánime la doctrina aquí expuesta, hay una importante cantidad de fallos que han hecho suyos los postulados de Peyrano. Se ha recurrido para tal efecto a construcciones teóricas de carácter jurídico-sociológico, lo que sin duda llama la atención. Incluso, esta doctrina no ha reparado mayormente en derechos de consagración constitucional que pudieren verse afectados con la aplicación de las medidas autosatisfactivas, como el derecho a defensa⁴⁰.

En nuestro país tenemos un procedimiento que goza de varias similitudes con estas medidas, como lo es el Recurso de Protección. En efecto, en dicho procedimiento, de rango

³⁶ Cfr. Kielmanovich, Jorge. op. cit. (p. 37)

³⁷ Cfr. De los Santos, Mabel. op. cit. (pp.369-370)

³⁸ Cfr. Balestro Faure, Miryam. "¿Medida Cautelar o Medida Autosatisfactiva? La opción judicial frente a vación legal". *Medidas Autosatisfactivas*, Peyrano, Jorge (director). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. (pp. 703-713)

³⁹ Cfr. Peyrano, Jorge W. "La Medida Autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del procedo urgente. Génesis y Evolución". *Medidas Autosatisfactivas*, Peyrano, Jorge (director). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001. (p. 23)

⁴⁰ Cfr. Picó I Junoy. op. cit. (pp. 275-282)

constitucional, se conocen aquellas situaciones en que se vulneran los derechos garantidos por la Carta Fundamental y que señala el artículo 20 de la misma. El procedimiento es sumamente simple y rápido, y el tribunal competente (Cortes de Apelaciones) resuelve el asunto en una sentencia con efecto de cosa juzgada formal, es decir, las partes pueden iniciar a continuación un procedimiento de lato conocimiento, sin que la sentencia del recurso importe un límite para el juez del fondo a la hora de emitir un pronunciamiento. La gran diferencia, es que nuestro mecanismo tiene una fuente normativa, y de la más alta jerarquía, que lo sustenta, pese a que su tramitación se encuentra casi por totalidad regulada por un Auto Acordado emitido por la Corte Suprema, lo que ha motivado la crítica de la doctrina⁴¹ en cuanto a que se ha establecido un procedimiento –y sobre todo limitaciones a los recurrentes– por un mecanismo distinto a la ley y por un órgano que no es el encargado de dictar leyes sino de ejecutarlas.

Este recurso de protección ha sido muy utilizado en la práctica por los particulares debido a su falta de formalidad y agilidad en el pronunciamiento, llegando a colapsar en cierta forma a las Cortes que los conocen y resuelven. Algunos autores⁴² han hablado de un abuso respecto de los asuntos –impropios– que se someten al Recurso de Protección, llegando a desnaturalizar sus fines y objetivos del recurso.

2.- Las medidas anticipatorias

La tutela anticipatoria es aquella medida en virtud de la cual se anticipan provisoriamente los efectos de la sentencia definitiva, accediendo, total o parcialmente, a lo pretendido por el demandante.

Esta resolución anticipatoria no da lugar a un proceso accesorio, sino que dentro del mismo proceso principal se pide y obtiene una sentencia anticipada. Los efectos que se anticipan son básicamente ejecutivos, por lo que no es dable pretender obtener la anticipación de una sentencia declarativa⁴³.

Los requisitos que se exigen para la concesión de una resolución anticipatoria son⁴⁴:

- a) La prestación de una contracautela.
- b) Que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles. Se encuentra vedada una transferencia de dominio en virtud de una resolución anticipatoria.

⁴¹ Bruna Contreras, Guillermo. "Los Autos Acordados de la Corte Suprema sobre Recursos de Protección". *Acciones Constitucionales de Amparo y Protección: Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina*, Nogueira, Humberto (editor). Universidad de Talca. Talca, 2000 (pp. 161-162)

⁴² Pfeffer Urquiaga, Emilio. "Naturaleza, Características y Fines del Recurso de Protección". *Acciones Constitucionales de Amparo y Protección: Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina*, Nogueira, Humberto (editor). Universidad de Talca. Talca, 2000 (p. 148)

⁴³ Cfr. Peyrano Jorge W. "Aspectos Concretos del Proceso Urgente y de la Tutela Cautelar Anticipatoria". *Sentencia Anticipada*, Peyrano, Jorge (director). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2000. (p. 30)

⁴⁴ Cfr. Peyrano, Jorge W. "Los nuevos ejes de la Reforma Procesal Civil". *Sentencia Anticipada*, Peyrano, Jorge (director). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2000. (pp. 20-21)

c) Prueba fehaciente de la atendibilidad del planteo del demandante, debe existir una fuerte probabilidad de que la pretensión del actor sea jurídicamente atendible.

d) Un peligro en la demora un tanto calificado en relación al de la medida cautelar clásica.

Por supuesto esta resolución anticipada es siempre revocable o modificable, y en cualquier tiempo.

Lo notable de este sistema es que encuentra consagración legal (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil) en el ordenamiento brasileño, lo que hace a su legislación muy adelantada en materia de procesos urgentes, no sólo en nuestra región sino que también a nivel mundial.

A diferencia de la medida autosatisfactiva, la anticipatoria posee la instrumentalidad característica de las medidas cautelares, ya que la anticipación de los efectos ejecutivos son provisionales, a la espera de la sentencia definitiva, y tienen por objeto asegurar la eficacia de aquella, una vez dictada.

La naturaleza jurídica de este tipo de medida ha sido muy discutida por la doctrina. Marinoni sostiene la naturaleza no cautelar de la tutela anticipatoria, basado en el tratamiento separado que le da el Código Procesal brasileño, y en la diferente finalidad del instituto en relación a las medidas cautelares⁴⁵.

Nosotros creemos que se trata de medidas cautelares, con la sola diferencia que los efectos van más lejos respecto de la situación jurídica discutida en juicio. Tienen un carácter instrumental, son provisorias, modificables y revocables, debe concurrir una situación de peligro en la demora y debe existir un grado de certeza del derecho que le asiste al demandante, todo lo cual hace muy difícil reconocer una naturaleza diferente a la de una medida cautelar. Aunque sea en forma provisoria y anticipada, la finalidad de tales medidas no es otra que la de asegurar la efectividad de un proceso principal, es decir, que los efectos de la sentencia definitiva no lleguen cuando es demasiado tarde.

La gran novedad y utilidad de que goza la tutela anticipatoria es que rompe con principio de separación entre cognición y ejecución. Esta idea es muy resistida por la doctrina clásica, que concibe la ejecución como posterior a la certeza jurídica⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. Marinoni, Luiz Guilherme. "Tutela Anticipatoria". *Medidas Cautelares*, Greif, Jaime (editor). Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002. (pp. 405-406)

⁴⁶ Cfr. *Ibidem* (p. 404)

Capítulo III

Medidas cautelares innominadas en el proceso civil

1. Comentario sobre de la rendición de caución en las medidas cautelares innominadas

Se trata del presupuesto más discutido respecto de las medidas cautelares innominadas. El artículo 298 del CPC señala en lo pertinente “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”. El precepto contiene un claro tenor facultativo, no ordena al juez a pedir caución. El artículo 298 del CPC entrega por completo a la prudencia del juez la decisión de solicitar caución.

Algunos autores⁴⁷ piensan que debido a la redacción del precepto el juez debe exigir caución, pero es claro que se trata de una facultad; si el legislador hubiese querido establecerla como requisito o presupuesto lo hubiera señalado en forma expresa, como ocurre en otras legislaciones, como por ejemplo en el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que en forma expresa exige la constitución de fianza previa y bastante tratándose una medida cautelar innominada.

Por otra parte, si el legislador exigió la rendición de una caución para las medidas de que trata el artículo 290 CPC en forma expresa, no hay por qué entender que quiso hacerlo para el caso de las medidas innominadas, siendo inclusive, expresada la facultatividad de que reviste esa decisión para el tribunal.

Es preciso hacer un comentario respecto de la caución y su exigibilidad respecto de la aplicación de medidas innominadas que anticipan los efectos de la sentencia definitiva. Puede observarse que la anticipación de dichos efectos es una de las más trascendentales decisiones en materia cautelar –al menos en nuestro país– debido a que la invasión que supone en la esfera jurídica del sujeto pasivo del juicio es mayor al de una simple cautela. Es por ello que el juez al ordenar una medida de tal magnitud debe exigir caución al actor, no por obligación legal sino por prudencia. Pero en definitiva, los criterios de exigibilidad de la caución en este caso deben ser fijados jurisprudencialmente.

2. Criterios de determinación. Instrumentalidad

⁴⁷ Marín González, Juan Carlos. op. cit. (p. 471)

Para darle un alcance al precepto del artículo 298 es preciso delinear ciertos criterios que sirvan de orientación al juez para decidir la admisibilidad de ciertas cautelas.

Ya ha quedado señalado que en nuestro derecho la instrumentalidad de la medida cautelar es indispensable. No concebimos, al tenor de la ley, una cautela que no esté subordinada a un proceso principal y cuya eficacia asegure. Entonces, es preciso determinar con la mayor exactitud posible en qué consiste asegurar la eficacia de un proceso principal.

Algunos autores han sostenido, para introducir soluciones cautelares autónomas, que la instrumentalidad ya no es en función de un proceso principal a la forma clásica, sino que amplían el concepto hasta entender que lo que se asegura es el eficaz funcionamiento de la Justicia, o la efectividad de la legislación general⁴⁸. De esta forma se salva, en cierta forma, el obstáculo que representa la negativa a calificar a ciertas medidas autónomas como cautelares, por carecer de instrumentalidad. Esto, es en todo caso una construcción meramente teórica.

Cuando el texto de la ley es tan claro, y sin ser exegéticos, no es posible concebir la instrumentalidad en términos tan amplios. El artículo 290 del CPC en su parte respectiva señala "Para asegurar el resultado de la acción...", lo que viene a significar que en nuestro proceso civil la instrumentalidad de las medidas cautelares o precautorias en el vocablo del Código, está dada siempre en función de un proceso principal, por lo que tales medidas lo que aseguran es la eficacia de ese proceso. Si bien tratándose de medidas indeterminadas el precepto correspondiente no lo dice en términos expresos, el artículo 290 del CPC es norma rectora del Título V que trata las medidas precautorias, y no resulta posible desatender su letra. El artículo 290 del CPC señala la frase transcrita para las medidas nominadas que enumera, pero resulta aplicable a las indeterminadas de igual modo, ya que las medidas innominadas están previstas para los casos en que el juez crea conveniente aplicarlas, ya sea porque no exista una medida expresa para el caso o bien porque la innominada resulta más idónea que la tipificada, y es de lógica que, al ser supletorias, deban ser resueltas dentro del marco general de las que están descritas por la ley.

En consecuencia, las medidas cautelares innominadas deben ordenarse para asegurar la eficacia del proceso, ni más ni menos. Dicha eficacia se logrará cuidando que los intereses del demandado no queden burlados a la época de dictarse el fallo definitivo.

Lo que la norma del artículo 298 del CPC autoriza es a que el juez disponga de otras medidas no expresadas en la ley que pudieran servir para resguardar los derechos del demandante a la hora de hacer efectiva una sentencia favorable.

3. Aplicabilidad de medidas innominadas en caso de configuración de supuestos que hace procedente a una medida típica

⁴⁸ Cfr. Bordalí Salamanca, Andrés. op. cit. (p. 61)

Estamos hablando aquí de una doble configuración de supuestos, es decir, concurren las circunstancias que ameritan una medida precautoria descrita en la ley y nos preguntamos si es posible solicitar y en definitiva obtener una medida cautelar innominada, ya que ésta pudiera ser más idónea que una típica.

Una primera reflexión nos hará pensar que si concurren los supuestos para dictar una medida cautelar descrita por la ley debe ordenarse esa y no otra. Pero si nos detenemos y analizamos con mayor profundidad esta hipótesis, nos daremos cuenta que, si la medida innominada sirve de mejor forma para cautelar los derechos de las partes –y no sólo del actor– resulta más apropiado dictar esta última. Nada prohíbe lo recién señalado, y tampoco se establece un orden de prelación en cuanto a la aplicación de las precautorias. Es más, el artículo 290 del CPC dispone que se podrán dictar una o más de las siguientes medidas que a continuación enumera, y si entendemos el sistema cautelar del Título V como un todo armónico en que se encuentran tanto las medidas expresamente señaladas como las innominadas, como parte integrante de un instituto, no vemos razón alguna para optar por una o por otra más que por razones de idoneidad de la medida para el caso en particular. Incluso se puede dictar una medida nominada conjuntamente con una indeterminada.

4. Límites a la aplicación de medidas cautelares innominadas

Como es lógico pensar, las medidas innominadas se encuentran sujetas a ciertos límites en su aplicación. Se debe ser sumamente cuidadoso al determinar su campo de aplicación, ya que la amplitud y falta de regulación de la norma que las consagra hace que puedan resultar peligrosas en la práctica.

En primer lugar, como límites naturales aparecen el derecho a defensa y el debido proceso. Si bien nosotros pregonamos una interpretación amplia del artículo 298 del CPC, reconocemos como inquebrantables estos derechos. Por esa razón es, en parte, que rechazamos las soluciones cautelares autónomas en que se puede fallar un asunto sin la concurrencia del sujeto pasivo⁴⁹, pese a que no es siempre así. Nuestra Constitución Política y los Tratados Internacionales incorporados a ella reconocen y amparan tales derechos (artículos 5° y 19 N° 3 CPCH), por lo que no es posible con la dictación de una cautelar innominada vulnerar esos derechos fundamentales, ya sea porque la medida es inapropiada, o por que su aplicación resulta abusiva y quebranta las garantías citadas.

Se debe tener especial atención con la concurrencia del *periculum in mora*, ya que al no estar descritas las hipótesis de peligro para las medidas indeterminadas ni contener la ley algún parámetro, pueden darse lugar a solicitudes infundadas e incluso temerarias. Es por ello que

⁴⁹ Cfr. Picó I Junoy. op. cit. (pp. 275-276)

resulta de vital importancia, como elemento limitante, la rendición de caución, ya que pese a que no es obligatoria, su concurrencia cubre a la solicitud con un manto de seriedad o al menos de responsabilidad ante los posibles perjuicios.

En definitiva, le corresponde al juez resguardar los derechos de ambas partes, teniendo siempre a la vista que una medida cautelar innominada puede ser un peligro para los derechos del demandado, por no tener, como se dijo, regulación legal detallada. Esto sólo significa que al conceder una cautela, para asegurar los derechos del demandante, debe resguardar los del demandado.

5. Procedencia de los diversos tipos de medidas cautelares

Ya hemos estudiado diferentes tipos de medidas cautelares y sus diversas regulaciones y características, nos toca ahora llegar a la correcta interpretación del artículo 298 del CPC, eje de nuestra investigación, y en consecuencia tomar una posición respecto del alcance de aquél precepto y señalar cuáles son las medidas cautelares que proceden en su virtud.

5.1. Procedencia de medidas cautelares clásicas no recogidas en la legislación chilena

Existen algunas medidas en que concurren las características más relevantes del instituto cautelar, como la instrumentalidad y la provisionalidad, en el sentido que tradicionalmente se le viene dando a las medidas cautelares, pero que no han sido recogidas por la legislación nacional en formas expresa. En efecto, el legislador pensó que en vez de hacer un catálogo pormenorizado de las medidas cautelares, resultaba de mayor utilidad nombrar las más usuales e importantes y dejar entregada a la prudencia del juez la posibilidad de decretar otras medidas no contempladas en las leyes⁵⁰.

Creemos que, tratándose del tipo de medidas que se tratan aquí, es donde mayor campo de aplicación encuentra la norma del artículo 298 ya citado. Esto es posible, ya que la medida cautelar “clásica” a que venimos haciendo alusión, cumple con los requisitos señalados en nuestro Código Procesal, especialmente con la instrumentalidad que debe revestir la medida cautelar. Una medida cautelar clásica siempre estará subordinada a un procedimiento principal, en consecuencia, toda aquella cautela concebida en términos clásicos que, cumpliendo los demás requisitos legales, sea idónea para el caso en particular podrá ser aplicada en juicio.

⁵⁰ Si bien no existen antecedentes que permitan conocer las razones del legislador al respecto, es muy probable que éste haya establecido la no taxatividad de las medidas precautorias por las mismas razones que expresa Blest Gana en su exposición de motivos (del proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil de 1971), a saber, dejar a "la prudencia del magistrado (lo) mucho que la ley no alcanza a prever" Cfr. Marín González, Juan Carlos. op. cit. (p.176)

La lista de medidas cautelares clásicas no recogidas en nuestra ley es abundante, pero serán tratadas más adelante en este capítulo.

5.2. Procedencia de medidas anticipatorias

Como hemos visto en el caso brasileño, las medidas anticipatorias comparten bastantes similitudes con las medidas cautelares, siendo difícil y de ardua discusión su clasificación, pero en nuestro análisis tienen el carácter de medida cautelar. Es por ello que resulta interesante ver si resulta posible su aplicación bajo el rótulo de medida cautelar innominada.

La aplicación de esta clase de medidas nos parece del todo posible, fundándonos en que son una especie de medida cautelar, y bajo nuestra legislación, de carácter innominada. Mientras se asegure al demandado el debido derecho a defensa que reconoce nuestra Constitución Política, y prestándose caución suficiente (decisión entregada al criterio del juez), no se divisa inconveniente en anticipar los efectos ejecutivos de una eventual sentencia final favorable. Obviamente, la dictación de una medida de tal naturaleza debe estar encaminada a asegurar la efectividad del proceso principal y a continuación una sentencia definitiva debe confirmar o revocar los efectos de dicha anticipación.

Un proceso cautelar llevado a cabo con rigor puede anticipar en forma provisoria ciertos efectos que eventualmente puede tener una sentencia favorable al demandante, sin que ello importe una suerte de prejuzgamiento.

El principal problema en la materia es que la caución o contracautela no es obligatoria tratándose de medidas cautelares innominadas, por lo que su exigibilidad va a quedar totalmente entregada al arbitrio al juez de la causa. Entonces, resultará de vital trascendencia que se establezca un criterio jurisprudencial en que se exija rendir caución cuando se solicite la anticipación de los efectos ejecutivos de la sentencia.

5.3. Procedencia de medidas autosatisfactivas

La medida autosatisfactiva, en el concepto argentino, no tiene cabida de ningún modo en nuestro derecho. Su carácter autónomo le priva de aplicación.

Como ya ha quedado dicho, nuestra legislación no permite utilizar medidas cautelares que no tengan como finalidad asegurar el cumplimiento de la sentencia final.

Asimismo, en nuestro derecho las medidas cautelares son esencialmente provisionales, por expresa disposición del artículo 301 del CPC, característica que no comparten las medidas autosatisfactivas. Esta provisionalidad viene a revelar la instrumentalidad de las medidas cautelares chilenas, ya que, como señala el mismo precepto legal, estas pueden hacerse cesar, si desaparece el peligro o se otorgan cauciones suficientes. Una medida autosatisfactiva que

resuelve la cuestión de fondo en forma definitiva, sólo podría hacerse cesar o modificarse por un cambio en las circunstancias, en un procedimiento diferente o por medio de un recurso, mas no en un proceso principal puesto que no existe, ya que no gozan de instrumentalidad debido a su naturaleza autónoma.

En consecuencia a lo recién señalado, quedan descartadas bajo el concepto de medida cautelar indeterminada, aquellas providencias que no persigan asegurar el resultado del proceso principal, es decir, no procede invocar el artículo 298 del CPC precitado para aplicar tutelas de urgencia de naturaleza autónoma o autosatisfactivas, según la denominación de su doctrina creadora. Si aceptáramos tales medidas significaría que el juez puede ordenar medidas tan importantes sin una ley que lo ordene y sin una norma legal que regule un procedimiento. Sería entregar al tribunal la creación de un procedimiento, lo que atentaría contra el principio de la legalidad del procedimiento. Ni aun valiéndonos del artículo 73 de la Constitución se podría salvar dicho obstáculo. Si bien dicha norma consagra un poder cautelar general, debe ser complementada por la ley, que en nuestro caso es el artículo 298 del CPC. Lo que el artículo 73 de la Carta Fundamental autoriza es a que el juez tome las providencias necesarias para el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, mas no a crear un procedimiento independiente y desligado de uno principal, que tiene como finalidad resolver en forma inmediata y autónoma un asunto determinado. En este caso, no existe una sentencia cuyo cumplimiento cabal se pretende asegurar y existe la posibilidad de que nunca exista.

A mayor abundamiento, la crítica que se le formula a estas medidas en cuanto al posible abuso del derecho a defensa las compartimos; no es posible dar una solución jurisdiccional en una proceso sumarísimo, cuya resolución se pueda despachar *inaudita et altera pars* y en que eventualmente se fallará un caso sin la concurrencia del sujeto demandado, por más urgente que sea el asunto. Esto atenta contra los principios de nuestra Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Chile e incorporados a nuestra Carta Magna (artículo 5° y 19 N° 3 CPCH).

6. Propuestas de medidas cautelares innominadas

En esta parte expondremos el sistema cautelar innominado que creemos acorde con la extensión correcta del tantas veces mencionado artículo 298 de nuestro Código de Enjuiciamiento Civil. Evidentemente, la lista de medidas propuestas es meramente enunciativa, ya que las tutelas innominadas pueden ser tantas como la imaginación lo permita y las necesidades práctica lo requieran. Estas medidas están pensadas para la generalidad de los juicios donde se ventilen asuntos de contenido patrimonial.

a) Prohibición de innovar

Como su nombre lo sugiere, esta cautela es similar –no igual– a la orden de no innovar que contempla nuestro Recurso de Protección y el Recurso de Apelación. La prohibición de innovar cautelar tiene por finalidad mantener el *statu quo* de una situación hasta el advenimiento de la sentencia definitiva. Esta cautela procede cuando de no dictarse se haría ilusoria la sentencia que se debe dictar o de cumplimiento imposible. Mediante ella se ordena la mantención del estado actual de las cosas, la cesación de actos perturbatorios de los derechos del demandante o el restablecimiento de la situación existente con anterioridad al momento del requerimiento alterada por actos de las partes. Por lo recién señalado es que esta medida es una cautelar innovativa.

Pensemos como ejemplo en dos vecinos que tienen problemas con los límites de sus predios, y uno de ellos, pretendiendo ser dueño de parte del predio colindante, empieza a talar un bosque. Ante esto, el afectado puede interponer la correspondiente demanda sobre el fondo, pero conjuntamente puede solicitar que el juez ordene al demandado el cese de la actividad perturbatoria de sus derechos. Normalmente, esta situación se resolvería interponiendo un Recurso de Protección para obtener el cese de la actividad perturbatoria de los derechos del recurrente, y la discusión de fondo se ventilaría en un procedimiento de lato conocimiento. El resolver todo en un mismo juicio implica sin duda un perfeccionamiento de la actividad jurisdiccional, y nada obsta a que el tribunal decrete la medida cautelar con la misma rapidez con que lo haría el Tribunal de Alzada al conocer el Recurso de Protección, que es lo que al recurrente más le interesa.

Es interesante plantear aquí que tratándose de esta tutela es posible, y muchas veces necesario, hacer una aplicación directa de la Constitución, puesto que la situación que la motiva es por lo general muy urgente y se pueden encontrar vulnerados derechos garantizados constitucionalmente.

b) Anotación de litis

La anotación de litis es la "medida cautela que tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o muebles sujetos a registro, frente a la eventualidad de que las sentencias que en ellos recaigan hayan de ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre este"⁵¹. La anotación de la litis es una cautela que existe en numerosos ordenamientos del mundo. A diferencia de la prohibición de celebrar actos y contratos, la anotación de litis no implica una prohibición para enajenar o constituir otros derechos reales sobre el bien litigioso, sino que cumple una función de publicidad, siendo oponible la anotación a terceros.

⁵¹ Kielmanovich, Jorge. op. cit. (p. 206)

Lo que se anota es el proceso, se le comunica a los terceros que el bien está inmerso en un litigio y que el derecho del propietario está controvertido. Al anotarse la litis, el tercero adquirente o que en su favor se constituyan derechos reales sobre el bien no podrá alegar buena fe. El bien en que recae la anotación debe ser objeto de un litigio, así, no procede realizar la anotación en bienes ajenos al juicio con el solo objeto de asegurar la solvencia del deudor al momento de una sentencia condenatoria.

Esta solución presenta la ventaja que desde el comienzo del juicio se puede realizar la anotación y así evitar fraudes del deudor a través de ventas simuladas u otros medios. Asimismo, esta medida no invade en gran forma el patrimonio del demandado, ya que, ante la apariencia del buen derecho que le asiste al demandante, sólo se realiza un acto de publicidad que posibilita la oponibilidad de la sentencia definitiva. Asimismo, es ventajosa para el tercero interesado en celebrar un pacto que recaiga en el bien bajo anotación, ya que se le advierte que el bien está actualmente en juicio y que un negocio jurídico con ese bien puede ser perjudicial para sus intereses.

Con un fallo favorable a las pretensiones del actor la anotación se debe mantener hasta el cumplimiento de la sentencia, por el contrario, una resolución que desestima la demanda debe hacer cesar la anotación, ya que ésta ha perdido la razón que le dio vida.

Se puede observar que la anotación de litis reviste la condición de instrumental de un proceso principal y es provisoria, ya que puede ser dejada sin efecto ante un cambio en las circunstancias, o en el evento una sentencia absolutoria.

Respecto a la concordancia con nuestro sistema registral de bienes inmuebles, podemos decir que la anotación es posible, ya que el artículo 53 N° 3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces señala bajo el título de "pueden inscribirse" "Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar. Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestro, litigio, etc."

c) Medida cautelar genérica como supletoria de una medida cautelar nominada imperfecta

Se trata de una medida cautelar residual. Puede ocurrir que si bien concurren los presupuestos para dictar una medida cautelar descrita en la ley, la situación no se encuadra dentro de la medida cautelar nominada o ésta resulta insuficiente o excesiva. Entonces se dicta una medida que se amolde a la situación particular, pero que en su esencia es la medida nominada, sólo que un tanto modificada, según las necesidades del caso en concreto. Se admite una cierta flexibilidad en los requisitos de las medidas cautelares típicas y en la aplicación de la misma, sin perjuicio de que se debe cumplir con los presupuestos básicos de toda medida cautelar, a saber, la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora.

Como ejemplo de estas medidas, podemos citar la prohibición de celebrar actos y contratos. Si la situación sometida al conocimiento del tribunal amerita una cautela, pero no una prohibición total de contratar, se puede decretar una prohibición parcial, es decir, se le ordena al demandado no celebrar determinados contratos que podrían significar un peligro para el cumplimiento de la sentencia final.

Por otra parte, se pueden aplicar medidas nominadas a casos no previstos en la ley, como por ejemplo la designación de interventor judicial para un caso no previsto en la norma. Esto es del todo lógico, ya que si el legislador autoriza al juez para crear medidas cautelares, y siendo las medidas nominadas al cabo cautelares, con mayor razón podrán aplicar estas en casos no regulados o en situaciones similares pero no iguales a las descritas en la ley, por supuesto, siempre que concurran los requisitos generales de las precautorias.

d) Ejecución anticipada de cierto bienes

Como el nombre lo dice, se realizan los bienes del deudor antes de la sentencia definitiva, para asegurar el resultado de la acción intentada. Como se desprende, se trata de una medida que anticipa los efectos de la sentencia definitiva. Para que sea posible esta medida deben tratarse de bienes que por su naturaleza se tema fundadamente que a la época de la sentencia definitiva no van existir. Asimismo, debe la realización debe ser el único medio para mantener el valor económico de los bienes. Es decir, las otras medidas deben ser ineficaces para tal fin. Estamos hablando de bienes que perecen con cierta rapidez, como por ejemplo un cargamento de frutas de corta duración y que no existan medios para su conservación o que ésta sea muy onerosa.

Con la realización se asegura que el deudor a la época del fallo final va a mantener en su patrimonio el valor que representaban esos bienes, y de esta forma el acreedor podrá ver satisfechos sus derechos si resultare ganancioso.

En este caso, la intromisión judicial en el patrimonio del demandante es notoria, por lo que el tribunal al momento de examinar la procedencia de la medida deberá considerar muy acuciosamente el peligro en la demora, y decretarla sólo en los casos en que sea absolutamente imprescindible. De igual modo, creemos que en estos casos la prudencia aconseja que el juez exija caución al actor, debido a la entidad de la cautela, que puede causar graves perjuicios al sujeto que la debe soportar. Debido a la gravedad que importa una medida así, es aconsejable analizar su procedencia con un criterio restrictivo.

e) Embargo preventivo

Bajo esta figura se encuentran los casos en que debido a las especialísimas condiciones del proceso se requiere embargar, en forma preventiva y provisional, determinados bienes del

demandado. Es una figura diferente al embargo ejecutivo, ya que este último no es una medida cautelar, porque no se ordena para asegurar la ejecución sino para efectivizarla⁵².

Podemos entender al embargo preventivo como "la medida cautelar en virtud de la cual se afecta la libre disponibilidad de un bien determinado para asegurar la eventual ejecución ulterior de la sentencia que hubiese de pronunciarse en el proceso"⁵³. El embargo preventivo busca asegurar la ejecución posterior de los bienes embargados. Pueden existir casos en que se tema fundadamente que las otras medidas cautelares son insuficientes para resguardar el valor económico de los bienes.

Los supuestos de peligro generalmente van a consistir en un estado o actitud del demandado, con el hecho –probado por cierto– de que el deudor, ante una muy probable sentencia desfavorable, intente ocultar o disipar sus bienes o no tener domicilio en el país. Es por ello que lo lógico sería pensar que en caso de decretarse un embargo preventivo se designara como depositario judicial de los bienes embargados a una persona distinta del demandado, sin perjuicio de que se pueda permitir a éste seguir en posesión de los bienes embargados.

La ventaja de esta medida está a la vista, pues la enajenación del bien cuyo embargo se ha trabado es nula, asegurando el eventual derecho del actor.

Valgan para esta medida las mismas apreciaciones señaladas en la letra anterior respecto del peligro en la demora y la rendición de caución.

f) Formación de un inventario de bienes

La formación de inventario de bienes consiste en la confección que hace el demandado de los bienes de su activo, con el objetivo de que éste, ante una sentencia condenatoria, no intente burlar al acreedor ocultando bienes o realizando enajenaciones simuladas. Esta medida cautelar la contempla el ordenamiento español en el artículo 727 N° 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resulta una medida cautelar sumamente respetuosa de los derechos del demandado, y pese a que sus efectos son muy provechosos, no impone ninguna clase de limitación respecto de los bienes inventariados. La ventaja es que si el demandado, motivado por una sentencia desfavorable, enajena los bienes que han sido anotados en el inventario, le será más fácil al demandante ejercer las acciones para deshacer dichas enajenaciones y poder hacer efectivos sus derechos en los bienes del deudor.

Los bienes inventariados van a ser, generalmente, bienes inmuebles y muebles sujetos a registro, puesto que son los de mayor significación económica y su ocultación resulta más difícil, debido a su condición de registrables.

⁵² Cfr. Novellino, Norberto José. *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992. (p. 134)

⁵³ Kielmanovich, Jorge. op. cit. (p. 225)

Conclusiones

1.- Con una interpretación amplia como la que hemos venido defendiendo a lo largo del estudio se pueden proteger en forma más eficaz los derechos de las partes, en especial de la parte demandante, que es quien podría ver burlados sus derechos luego de la sentencia definitiva. Una justicia moderna debe tener como fin primordial la tutela de los derechos de las partes, y creemos que mediante la aplicación en forma extensiva del artículo 298 del Código Procedimiento Civil se puede lograr un avance sustancial de nuestro derecho procesal, perfeccionando no sólo el instituto cautelar sino que también el proceso civil entero.

2.- En nuestro país, adverso a legislar con rapidez materias un tanto lejanas a la opinión pública, se tiene la costumbre de recurrir a parches jurisprudenciales forzando la norma hasta obtener interpretaciones bastante dudosas desde la técnica jurídica. Tratándose de las tutelas cautelares no es necesario recurrir a tales métodos; la norma que posibilita una modernización en las prestaciones jurisdiccionales en lo civil existe, sólo que no se la ha interpretado en forma correcta, negándole su verdadero sentido y alcance.

3.- La interpretación amplia del precepto fundante de las medidas cautelares indeterminadas, especialmente en el sentido de reconocer la procedencia de medidas anticipatorias, no implica de ninguna forma prejuzgar. El juez en el curso del juicio va tomando determinadas decisiones sin que ello importe un prejuzgamiento. Además, el estudio que el fallador realiza al admitir una medida cautelar es esencialmente rápido, debido a la urgencia de la situación, lo que no impide que en el desarrollo del proceso, mediante un examen más acabado arribe a la conclusión que el derecho reclamado por el demandante no le asiste y por ende deberá a revocar la medida. Nuestros tribunales de justicia han sido extremadamente tímidos ante una norma que es clara y que se encuadra dentro de un sistema cautelar en perfecta armonía.

4.- La norma del artículo 298 del Código Procesal Civil es una norma permisiva y amplia, en el sentido que no impone restricciones para que el juez pueda crear medidas no señaladas en la ley. En ese sentido, observamos que no exige caución al actor, pese al riesgo que pudiera significar ello, no limita mediante hipótesis las situaciones de peligro en la demora, dejando al juez en libertad de apreciar conforme a su criterio cuando se configuran las situaciones de peligro para el caso particular.

5.- En relación a lo recién expuesto, contamos en nuestro ordenamiento procesal civil con una norma que está al nivel del siglo XXI, en cuanto a la técnica legislativa, ya que en lugar de entregarle al juez una norma cerrada para su mera aplicación, le concede a aquel un inmenso campo del cual puede ofrecer soluciones eficaces para el caso en concreto. Esto, se condice con el rol que juega hoy en día un sentenciador, que al aplicar un precepto legal crea derecho en cierta forma. El legislador le confirió al juez nacional un amplio poder cautelar general, el cual no puede ser negado al tenor de la ley.

6.- Si buscamos las verdaderas causas que motivan la falta de aplicación del señalado artículo 298 podemos pensar que una muy fuerte es que al dar lugar a la tutela cautelar innominada se abre una puerta para la desprotección de los derechos del demandado, desequilibrando en forma excesiva la balanza. Pero dicha idea es falaz, con una interpretación amplia del artículo 298 del CPC se puede mejorar el resguardo de los derechos de ambas partes; del demandante por un lado al concederse la tutela precisa e idónea para su situación, al demandado por otro al existir la posibilidad de que se le apliquen cautelas más "suaves" o menos invasivas que las tipificadas, como por ejemplo la formación de un inventario de bienes.

7.- Desde una perspectiva más práctica, podemos decir que aplicando el artículo 298 del CPC en su sentido y alcance correcto, ocurrirá el fenómeno de que los justiciados optaran someter sus asuntos urgentes a la justicia a través del procedimiento común. De esta forma, el actualmente multifuncional Recurso de Protección va a quedar reservado para las materias que realmente tiene que tratar, descongestionando de modo notable a las Cortes de Apelaciones, cuyo exceso de trabajo por el mentado recurso es por todos conocido.

8.- Relacionado con el punto anterior, si el particular recurriese a los mecanismos cautelares dentro de un procedimiento de lato conocimiento cuando sea procedente, en vez de recurrir por la vía del Recurso de Protección, estaríamos en presencia de un significativo avance en cuanto a la perfección del ordenamiento jurídico. Se estaría utilizando la vía correcta para la satisfacción y resguardo de los derechos e intereses, dejando de utilizar ese remedio jurisdiccional que constituye el Recurso de Protección, dejándolo para los casos verdaderamente procedentes. Además, por economía procesal es conveniente una administración de justicia que solucione el asunto en un solo procedimiento.

Bibliografía

Libros:

- 1.- Calamandrei, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*. Librería El Foro. Buenos Aires, 1996
- 2.- Carnelutti, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Utema. Buenos Aires, 1989
- 3.- Chiovenda, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Reus. Madrid, 1977
- 4.- Gascón Inchausti, Fernando. *La Adopción de Métodos Cautelares con Carácter Previo a la Demanda*. Cedecs. Barcelona, 1999
- 5.- Greiff, Jaime (Coordinador). *Medidas Cautelares*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002
- 6.- Jové, María. *Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*. J. M. Bosch. Barcelona 1995
- 7.- Kielmanovich, Jorge. *Medidas Cautelares*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2002
- 8.- Marín González, Juan Carlos. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004
- 9.- Marinoni, Luiz. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. Revista Dos Tribunais. Sao Paulo, 1992
- 10.- Morello, Augusto. *El Proceso Justo*. Editora Platense-Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1994
- 11.- Nogueira Alcalá, Humberto (editor). *Acciones Constitucionales de Amparo y Protección: Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina*. Universidad de Talca. Talca, 2000
- 12.- Novellino, Norberto. *Embargo y Desembargo y Demás Medidas Cautelares*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992
- 13.- Peyrano, Jorge. *El Proceso Atípico*. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1993

- 14.- Peyrano, Jorge. *El Proceso Desindexatorio*. Hammurabi. Buenos Aires, 1982
- 15.- Peyrano, Jorge (Director). *Medidas Autosatisfactivas*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2001
- 16.- Peyrano, Jorge (Director). *Sentencia Anticipada*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2000
- 17.- Ramírez, Jorge. *Medidas Cautelares*. Depalma. Buenos Aires, 1976
- 18.- Rojas Rodríguez, Mario. *Las Medidas Precautorias*. Librotec. Concepción, 1965

Artículos de Revistas:

- 1.- Bordalí Salamanca, Andrés. "Diversos Significados de la Tutela Cautelar en el Proceso Civil". *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile Vol. XII. 2001
- 2.- Cucarella Galiana, Luis-Andrés. "Constitución y Tutela Cautelar. Una Revisión de las Aportaciones de la Jurisprudencia y Doctrina Italianas". *Revista de Derecho Procesal*, N° 1. 1998
- 3.- García Casas, Julio. "Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000. Medidas Cautelares". *Justicia*, N° 1. 2001
- 4.- Gómez Colomer, Juan Luis. "El Novísimo Procedimiento Cautelar Civil". *Justicia*, N° 2-4. 2001
- 5.- Marín González, Juan Carlos. "Las Medidas Cautelares Reales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno". *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4. 2004
- 6.- Morello, Augusto Mario. "La Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina)". *Revista de Derecho Procesal*, N° 19. 1997
- 7.- Picó I Junoy, Joan. "De las Medidas Cautelares a las Medidas Autosatisfactivas ¿Un Avance del Derecho Procesal?" *Justicia*, N° 2-4. 2001