

DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL

Andrés Bordalí Salamanca

Profesor de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Austral de Chile

RESUMEN

El autor analiza las diversas concepciones que la doctrina procesal viene utilizando sobre la noción de tutela cautelar en el proceso civil: para una concepción tradicional, el proceso cautelar se incoaría sólo y necesariamente para tutelar un proceso que se acostumbra a denominar "principal", sin que pueda, en ningún caso, dar tutela y satisfacción directa a los derechos e intereses de los justiciables. Para una concepción más dinámica, la instrumentalidad de la tutela cautelar es concebida ahora en términos más amplios, predispuesta para hacer más eficaz la actividad de la Justicia. Ante tal disyuntiva, el autor se decanta por una concepción más completa y dinámica de la tutela cautelar, la que permitiría, además de tutelar un proceso "principal", dar satisfacción directa a derechos e intereses que sólo con una intervención urgente del órgano jurisdiccional logran obtener tutela, aunque sea de modo provisional. Concebida de esta manera, la tutela cautelar se configuraría como una valiosa y racional alternativa frente a la autotutela y el desamparo.

INTRODUCCIÓN

1 Desde hace ya algunos años, y con una aparición cíclica o ya constante, se esucha como música de fondo en muchos de los estudios procesales una melodía monótona referida a que la Justicia civil se encontraría en una profunda crisis. Parte de la letra de esa música llama a huir de la Jurisdicción, abrazando así la convicción de que sólo la Justicia conciliativa entre los propios interesados libres y fraternos, o por obra de un tercero considerado más cercano a los ciudadanos, será capaz de sanar las heridas que se han producido producto de tal crisis. De este modo, se dice que el difícil acceso a la Justicia, la lentitud de los procesos¹, la im-

pronta autoritaria que comportaría la Justicia decidida por obra de un ente estatal, ajeno a las necesidades, valores y sentimientos de los ciudadanos, entre otros tópicos, puede ser solucionado sólo si se huye de la Jurisdicción. Los compositores de esta música son los defensores de los denominados *Alternative Dispute Resolution* (o Métodos Alternativos de Resolución de Controversias)², que llaman a instituir vías de conciliación, mediación o arbitraje, antes que recurrir al proceso.

² Para un estudio de los métodos alternativos de resolución de controversias, véase la siguiente bibliografía: en Italia, DENTI, V. "I Procedimenti non Giudiziali di Conciliazione come Istituzioni Alternative", en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXXV (II serie), 1980; CAPPELLETTI, M. "Appunti su Conciliatore e Conciliazione", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XXXV-N° 1, marzo 1981; SILVESTRI, E. "Osservazioni in Tema di Strumenti Alternativi per la Risoluzione delle Controversie", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año III-

¹ Considerado por un sector importante de la doctrina como el mayor problema actual de la Justicia civil. Por todos, vid. PAJARDI, P. *I Provvedimenti D'Urgenza Atipici nel Processo Civile*, Pirola Editore, Milán, 1988, pág. 11.

Sin embargo, otro tanto de la melodía de esta música ha sido compuesta por aquellos que llaman a la calma y a no huir desfavoridamente de la Jurisdicción, sino a introducir los cambios necesarios a los institutos procesales, especialmente al proceso como exigencia constitucionalmente exigida para el procesal desarrollo de la función jurisdiccional³. De este modo, frente a uno de los principales problemas que comporta la denominada crisis de la Justicia civil, cual es el de la excesiva duración de los procesos, se hace un llamado a pensar en tutelas diversas de la ordinaria, cuando el peligro que comporta para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos una decisión jurisdiccional “tardía” así lo aconseje, como son las que se denominan tutelas de urgencia, ya sean sumarias, autosatisfactivas, cautelares innovativas o simplemente cautelares, etcétera, que permiten otorgar la necesaria tutela jurisdiccional al ciudadano que la reclama del Estado, en

nº 1, marzo 1999; COMOGLIO, L.P. “Mezzi Alternativi di Tutela e Garanzie Costituzionali”, en *Rivista di Diritto Processuale*, año LV (II serie)- nº 2, abril-junio 2000; CHIARLONI, S. “La Conciliazione Stragiudiziale come Mezzo Alternativo di Risoluzione delle Dispute”, en *Rivista di Diritto Processuale*, año LI (II serie)-nº 3, julio.-sept. 1996; ALPA, G. “Riti Alternative e Tecniche di Risoluzione Stragiudiziale delle Controversie di Diritto Civile”, en *L'Attività del Giudice e Controllo delle Attività*, Bessone, M. (ed.), Giappichelli, Turín, 1997, pág. 298 y sgtes.; en España, PEDRAZ, E. “Crisis y Alternativas en la Justicia Civil”, en *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la Jurisdicción*, Andrés, P. (ed.), Trotta, Madrid, 1996, pág. 151 y sgtes. y “El Proceso y sus Alternativas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial: “Arbitraje, Mediación, Conciliación”, Pedraz, E. (ed.), XXVII, Madrid, 1995; BARONA, S. *Solución Extrajudicial de Conflictos. “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; en EEUU, RESNIK, J. “Risoluzione Alternativa delle Controversie e Processo: Uno Sguardo alla Situazione Nordamericana”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LI-Nº 3, sept. 1997; FISS, O. “Against Settlement”, en *Yale Law Review*, vol. 93, Nº 6, mayo 1984.

³ Exigencia que en el sistema constitucional chileno impondría el artículo 19 Nº 3 inciso 5º CCH.

unos plazos mucho más breves que la tutela ordinaria.

En el presente trabajo quiero dedicar unas palabras a esta tutela de urgencia, especialmente de tipo autosatisfactiva (en el sentido que satisface urgente y directamente un derecho o interés legítimo necesitado de tutela), y confrontarla con la tutela cautelar, para ver si la tutela cautelar puede considerarse como uno de esos instrumentos que permitiría a los ciudadanos obtener la tutela jurisdiccional que necesitan para asegurar sus derechos e intereses legítimos. Dicho de otra manera, habrá de determinarse si la tutela cautelar es un tipo de tutela que permite dar amparo urgente a un derecho o interés legítimo de una persona, esto es, si puede dar satisfacción directa a tal derecho o interés (por lo que tutela cautelar y la tutela de tipo autosatisfactiva expresarían más o menos lo mismo), o bien, si dicha tutela cautelar sólo sirve para asegurar un proceso denominado generalmente como “principal” o sobre el mérito, sin que pueda jamás satisfacer directamente el derecho o interés del justiciable (por lo que tutela cautelar y aquella de tipo autosatisfactiva son dos géneros completamente diferenciables).

En las páginas que siguen no realizaré un trabajo dogmático circunscrito al derecho chileno, sino uno más de tipo teórico, apoyado en la doctrina comparada. Para ello consideraré dos versiones de la tutela cautelar que viene considerando desde hace un tiempo esa doctrina: (I) la versión “restringida” o “tradicional” de la tutela cautelar, y (II) la versión “extensiva” o “dinámica” de la tutela cautelar, y (III) terminaré con algunas conclusiones de carácter general.

I. VERSIÓN RESTRINGIDA O TRADICIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR

2. En términos generales –de acuerdo con Carnelutti⁴–, se puede comenzar dicién-

⁴ Cfr. CARNELUTTI, F. *Derecho y Proceso*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 412 y sgtes.

do que la tutela cautelar es un instrumento de tutela dispuesto por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo⁵, ya que una debida protección de los derechos e intereses de las personas depende en muchas oportunidades que el juez pueda, a efectos de un proceso, detener, retroceder o acelerar el curso del tiempo. De acuerdo a ese control de los efectos del tiempo, el juez necesitará en algunos casos impedir el cambio posible de una situación (detener el tiempo), eliminar el cambio ya ocurrido de una situación (retroceder el tiempo), o bien anticipar el cambio probable o solamente posible de una situación (acelerar el tiempo). Pero no le basta al juez poder controlar los efectos del tiempo en relación al proceso, sino que este control tiene que operar además con urgencia. Para ese control urgente del tiempo, a efectos de una adecuada y efectiva tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos por parte de la Jurisdicción, se establece el proceso cautelar⁶.

Y ocurre que este control urgente de los efectos del tiempo, para otorgar una efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que ocurren ante la Jurisdicción, no puede ser obtenido por el proceso de declaración ordinario, como tampoco por el de ejecución, puesto que éstos, para que puedan brindar una efectiva protección a los derechos e intereses de los justiciables, necesitan de un espacio de tiempo "razonable" para que pueda concretarse la formulación concreta

de la regla de derecho, es decir, el establecimiento de la existencia del derecho (proceso declarativo), o ya para conseguir la actuación práctica de esta regla en vía coactiva, o sea a través del empleo efectivo o potencial de la fuerza de parte del ordenamiento (proceso ejecutivo)⁷. Y en ese necesario *iter* del proceso ordinario o, dicho de otro modo, en esa necesaria mora del pronunciamiento definitivo, se configura el posible peligro de un daño jurídico urgente y marginal para el actor (*periculum in mora*), que puede ser mitigado mediante otro proceso, como lo es el cautelar.

Expresado con otros términos, se puede decir que el objetivo que busca el proceso cautelar es permitir que la sentencia que dictará el juez referida a la tutela de un determinado derecho subjetivo o interés legítimo de una persona, pueda cumplirse en sus propios términos y no se haga así ilusoria, producto de sucesos que hayan acaecido durante el normal *iter* del proceso. Por ejemplo, si la sentencia del juez ordenará pagar al demandante una cantidad determinada de dinero, se hace aconsejable instar un proceso cautelar que asegure, con cierta urgencia, bienes del demandado a los fines de hacer posible el pago de lo debido (pensemos en el caso de una medida cautelar de prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados del demandado). Otro ejemplo más: pensemos en una sentencia del juez que ordena entregar al demandante una determinada especie, supongamos un caballo de carrera. Para que dicha sentencia se pueda cumplir en sus propios términos, es procedente asegurar con antelación y urgentemente, mediante un proceso cautelar, la conservación del referido caballo (pensemos en un secuestro conservativo). Si al momento de ejecutar la sentencia el proceso cautelar ha permitido conservar bienes del demandado en su patrimonio con los que pagar lo adeudado al demandante, o bien ha conservado intacto el caballo que debe ser entregado al demandante, entonces el proceso cautelar ha permitido que lo ordenado

⁵ Como lo expresa también MONTESANO, las cogniciones sumarias (dentro de las cuales habría que incluir a la cautelar) no son sino instrumentos para aquello que se puede expresar como la lucha del derecho procesal civil contra el tiempo; se establecen para evitar que la duración de la cognición normal haga ineficientes las tutelas (declarativa o ejecutiva) a las que está preordenada la cautelar. Cfr. MONTESANO, L. "Strumentalità e Superficialità della Cognizione Cautelare", en *Rivista di Diritto Processuale*, año LIX (segunda serie) N° 2 abril-junio 1999, pág. 309.

⁶ De este modo, el proceso cautelar se coloca como una vía autónoma y diversa a las funciones de declarar y ejecutar el derecho, completando así el cuadro de las funciones de la Jurisdicción: declarativa, ejecutiva y cautelar.

⁷ Cfr. MANDRIOLI, C. *Corso di Diritto Processuale Civile. I, Nozione Introduttive e Disposizioni Generali*, Giappichelli, Turín, 2000, pág. 21.

por el juez se cumpla en sus propios términos. Y cuando digo en sus propios términos, expreso la idea de que el acreedor quiere eso que demanda, y no un sustituto. En los ejemplos que se daban, en el primer caso el demandante quiere que se le pague el dinero, y no le interesa –imaginemos hipotéticamente– una prestación en sustitución de ese dinero, como podría ser una condena en prestar trabajos en beneficio de la comunidad o ya en su provecho personal; en el segundo caso, el demandante quiere que se le entregue ese caballo, y no otro, como tampoco una indemnización en dinero por equivalente.

3. Y en esta relación que se estructura entre el proceso cautelar con el proceso declarativo y el ejecutivo –el proceso que se acostumbra a denominar como “principal”–, estaría, a mi entender, el centro de todo el debate sobre el proceso cautelar y otras cogniciones urgentes de tipo autosatisfactivas. Para la concepción “tradicional”, el proceso cautelar no busca tutelar directamente los derechos e intereses de los justiciables, sino que los tutela de una manera lejana o indirecta, a través de la tutela del proceso “principal”, es decir, ese proceso declarativo o ejecutivo que requiere un andar pausado y seguro, o una necesaria mora para poder cumplir adecuadamente sus propios objetos procesales. Surge así una de las características que ha sido considerada mayoritariamente como esencial en esta concepción: la instrumentalidad del proceso cautelar, referida al hecho de que las providencias cautelares no son nunca fines en sí mismas, sino que están preordenadas a la emanación de un ulterior pronunciamiento definitivo, al cual las providencias cautelares, preventivamente, aseguran su provecho (peligro de infructuosidad) o utilidad práctica (peligro de tardanza)⁸. Por ello, las providencias cautelares, más que el fin de actuar directamente el derecho objetivo, lo que harían es asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva pronunciada en el proceso sobre el mérito, la que sí servirá para actuar

el derecho objetivo y dar tutela a los derechos e intereses de los justiciables.

Y en esta relación instrumental del proceso cautelar para asegurar el proceso de mérito, algunos no sólo colocan al clásico ejemplo de la medida que intenta asegurar que los bienes del demandado no salgan de su patrimonio para no hacer luego infructuosa la ejecución, sino que también otras que buscan una anticipación de la providencia decisoria⁹, como ocurriría con las denuncias de obra nueva y daño temido, los alimentos provisorios, etcétera¹⁰.

⁹ Sobre este punto, expresa Peyrano que tanto el XVIII Congreso Argentino de Derecho Procesal (Santa Fe, junio de 1995), como las VII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal (La Paloma, abril de 1995), han rechazado que las medidas anticipatorias (como también las autosatisfactivas) sean tutelas cautelares, sino que serían modalidades de lo que se conoce como tutela de urgencia, que es un género más amplio que el cautelar. Cfr. PEYRANO, J.W. “Las Medidas Cautelares en Materia Comercial. Nuevos Horizontes de la Tutela de Urgencia. Noticia sobre las Medidas Autosatisfactivas”, en *Justicia* '97, pág. 607 y sgtes. A su vez, Pérez Ragone ha señalado que la tutela cautelar y la tutela anticipatoria, si bien ambas especies del género tutela de urgencia, son en sí entidades diferentes. La tutela cautelar, por sus notas de instrumentalidad, tiende siempre a amparar un resultado útil del contenido de una sentencia de mérito futura. Sin embargo, la necesidad de efectividad de tutela de los derechos ha tenido como resultado una desfiguración de la tutela cautelar, al incluir, por ejemplo, como manifestación de esa tutela cautelar, los alimentos provisorios. La medida cautelar tiende a asegurar la eficacia útil de una resolución venidera, pero, en ningún caso, a anticipar directamente en el plano sustancial el efecto de esa resolución; si bien en ambos casos se estaría en la “provisoriedad”, simplemente por no tener *res iudicata*, es posible visualizar que en un caso se puede haber quitado a uno, pero no dado a otro (tutela cautelar), pero en el otro, se quitó a uno y se hizo a su vez una atribución al requirente (tutela anticipatoria). Por qué hablar de tutela cautelar en estos casos –se pregunta este autor–, donde no habría tal cautelaridad. Cfr. PÉREZ RAGONE, A. “Concepto Estructural y Funcional de la Tutela Anticipatoria”, en *Revista de Derecho Procesal Dirigida a Iberoamérica*, año 2000, N° 1, pág. 172 y sgtes.

¹⁰ Cfr. CALAMANDREI, P. *op. cit.* pág. 39 y sgtes.

⁸ Cfr. CALAMANDREI, P. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, Cedam, Padova, 1936, pág. 21.

Estas últimas, a juicio de Calamandrei, también serían cautelares, porque, si bien constituyen una decisión anticipada sobre el mérito, ellas son siempre provisorias, destinadas por tanto a durar hasta que a esa decisión no se le sobreponga una decisión definitiva, obtenida en el proceso ordinario. Los efectos de la providencia cautelar, en estos casos, cuando sobreviene la definitiva, están destinados a caer, a extinguirse, aun cuando la decisión definitiva se limite a reproducir lo fallado cautelarmente, porque la decisión definitiva opera siempre como decisión *ex novo* de la relación controvertida y nunca como mera convalidación de la providencia cautelar. La relación instrumental en estos casos consistiría en que la decisión cautelar es considerada provisorio, a la espera de una decisión definitiva.

Pero, en esta concepción, ya sea que pensemos por ejemplo en una prohibición de celebrar actos o contratos sobre un determinado bien del deudor, a fin de poder asegurar la ejecución forzada futura, o ya en un otorgamiento de alimentos provisorios, el proceso cautelar es inconcebible sino en relación a un proceso "principal". Y lo indispensable para poder visualizar en este último caso una tutela cautelar, es que la cautela se ponga en relación de causa a efecto con el posible contenido de la sentencia principal, es decir, que sea apreciable la instrumentalidad entre el proceso cautelar y el proceso "principal"¹¹.

4. En materia civil, en el derecho chileno, la expresión más típica de tutela cautelar corresponde a las denominadas medidas precautorias¹², reguladas por los artículos 290

y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Estas se encuentran establecidas con el mero objeto de asegurar el resultado del proceso "principal", ya iniciado o a iniciar. Es decir, no existen como fines en sí mismas, sino como instrumentos de cautela del proceso "principal", de modo que si se solicitan antes del inicio del proceso "principal" (es decir, las denominadas "prejudiciales precautorias" que regula el art. 279 CPC), obligan al que las obtuvo a deducir demanda en el proceso "principal" y a solicitar que se mantengan las medidas, dentro del plazo de diez días contados desde el aceptamiento de la medida por el tribunal, bajo sanción de caducidad de las mismas y de ser responsable de los perjuicios causados. Las otras pueden solicitarse durante el curso del proceso de mérito y seguirán la suerte de éste, sin que puedan sobrevivir extinguido éste. En resumen, las medidas cautelares que regula el Código de Procedimiento Civil chileno suponen siempre e indispensablemente la existencia de un proceso sobre el mérito, en curso o por iniciarse.

5. De acuerdo con esta relación necesaria entre proceso cautelar y proceso "principal", la doctrina ha dudado cómo considerar a los interdictos posesorios. Para Calamandrei, las providencias posesorias —que algunos consideran providencias cautelares¹³—, jamás podrían considerarse como procesos cautelares, toda vez que ellas existen por sí mismas y no en relación a un proceso sobre el mérito. La tutela posesoria obtendría en sí misma el fin perseguido, que no es sino el impedir la turbación del estado de hecho y las reacciones individuales que éstas provocarían, que amenazan la paz social y la infracción del orden jurídico. No se establece el proceso posesorio en función del derecho que podrá ser hecho después valer en sede ordinaria, sino que tiene un propio y autónomo fin: la providencia posesoria se otorgaría para el mantenimiento o para la reintegración de un estado de hecho, inclusive en la hipótesis de que este

¹¹ Cfr. CALDERÓN, M.P. "Tutela Anticipatoria, Procesos Sumarios y Medidas Cautelares", en *La Ley*, 1995, pág. 1088.

¹² Si bien las medidas precautorias son las medidas cautelares por excelencia, ello no significa que no existan otras medidas cautelares en el proceso civil chileno. Por de pronto, habría que considerar a los alimentos provisorios; el derecho legal de retención; el nombramiento de administrador proindiviso dentro del procedimiento de partición de bienes, etc. Cfr. CASARINO, M. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*, tomo III, quinta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág. 388.

¹³ CALAMANDREI en este caso refuta a Carnelutti, para quien los interdictos posesorios eran un caso típico de proceso cautelar. Cfr. CALAMANDREI, P. *op. cit.* pág. 94.

estado de hecho sea contrario a derecho, todo lo cual no podría ocurrir con el proceso cautelar. El proceso posesorio tutela el hecho de la posesión, con el mero fin de impedir la autotutela¹⁴. No estaríamos frente a una medida cautelar, sino ante una medida autosatisfactiva de la situación jurídica hecha valer en el proceso¹⁵.

Las medidas autosatisfactivas, es decir aquellas que pretenden dar solución urgente y autónoma a la situación subjetiva deducida en el proceso, no podrían ser consideradas como medidas cautelares, porque ellas se agotan en sí mismas, sin que existan a ese respecto las notas de instrumentalidad¹⁶—entendida ésta como funcional a la seguridad de un proceso “principal”—. De este modo, para esta visión “tradicional” de la tutela cautelar, los procesos posesorios (como el interdicto posesorio), o ya una tutela inhibitoria que impida que sobrevenga una lesión a un derecho, o que obligue a cesar inmediatamente una actividad lesiva del derecho, no podrían ser consideradas, en ningún caso, tuteladas cautelares.

Por otra parte, expresa otro sector de esta doctrina que no se deben considerar como una manifestación de tutela cautelar “aquellos procesos especiales que, aún produciendo una tutela rápida y provisional, tienen finalidad propia y no conectada de modo necesario con

otro juicio [...]”¹⁷. Como se verá más adelante, nuestro proceso de protección *ex art. 20 CCH* caería en esta categoría de proceso especial “no cautelar”, ya que tiene una finalidad propia y no está conectada de modo necesario con otro proceso.

Precisamente sobre este punto de una tutela autosatisfactiva es necesario centrarse para analizar la evolución que, según otro sector de la doctrina, habría tenido el proceso cautelar, el que también incorporaría dentro de su instrumentalidad este tipo de tuteladas autosatisfactivas.

II. VERSIÓN EXTENSIVA O DINÁMICA DE LA TUTELA CAUTELAR

6. Dentro de una concepción más “extensiva” de la tutela cautelar —o ya “dinámica”—, las medidas autosatisfactivas, además de aquellas más “tradicionales” que tienden a asegurar los resultados de un proceso sobre el mérito, también se considerarían como una modalidad de tutela cautelar. Es decir —para dar ejemplos comunes a la mayoría del derecho comparado actual—, para evitar que el derecho de un accionista de una sociedad anónima se vea perjudicado por la asamblea de accionistas convocada ilegalmente; para proteger los derechos de su autor sobre una obra literaria; para proteger el derecho a la propia imagen; para proteger el derecho al honor, etcétera, concurriendo los presupuestos comunes de todas las medidas cautelares de *periculum in mora, fumus boni iuris*, proporcionalidad y eventualmente contracautela, procede decretar de inmediato una medida cautelar que proteja tales derechos, aunque esa persona no se vea en la obligación de iniciar un proceso “principal” posterior¹⁸. Dicha

¹⁴ Cfr. *ibid.*, pág. 97.

¹⁵ De acuerdo con esta distinción, Pérez Ragone define la tutela cautelar como aquella “tutela accesoria e instrumental, que fundada en cognición de probabilidad tiende a amparar -a cautelar o a salvaguardar- un resultado útil de eventual contenido en una sentencia de mérito futura”. PÉREZ RAGONE, A. *op. cit.* pág. 172.

¹⁶ Como lo expresa Peyrano, “las medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables “inaudita et altera pars” y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como, por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas. Tampoco debe confundirse con las anticipatorias”. PEYRANO, J.W. *op. cit.* pág. 613.

¹⁷ FERNÁNDEZ, M.A. *Derecho Procesal Civil*, III, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 1997, pág. 405.

¹⁸ Como lo expresa Peyrano, en la experiencia argentina, los que obtienen una medida que satisface directamente su pretensión dirigida a obtener una tutela urgente para un derecho o interés legítimo, se ven obligados en muchos casos, por exigencias de una legislación no actualizada que

medida decretada satisface el derecho del requirente, y ya no cumple una función meramente asegurativa de un proceso de mérito.

En esa concepción, el proceso cautelar continúa teniendo como objetivo –o como instrumentalidad– permitir que lo que resuelva el juez pueda cumplirse en sus propios términos. Pongamos un ejemplo: una persona le pide al tribunal que prohíba que su imagen corporal sea utilizada en una propaganda comercial que ella no ha autorizado, a fin de tutelarla en su derecho a la imagen. Para que ese derecho a la imagen sea tutelado por la sentencia del juez se requiere que la lesión no llegue a concretarse o, en todo caso, que cese inmediatamente. Al demandante no le interesa que, por sustitución y en lo principal, se le indemnicen los perjuicios, sino que su imagen le sea respetada por el demandado. Pero en este caso, lograda la inhibición de la conducta del demandado, se habrá satisfecho su derecho, puesto que la sentencia se ha podido cumplir en sus propios términos. Pero ahora se hace completamente innecesario que esa persona que obtuvo la tutela de su derecho a la imagen inicie un proceso posterior, ya que carece de todo interés en iniciarlo. Por el contrario, el demandado podrá, ocasionalmente, estar interesado en iniciar otro proceso de cognición plena y exhaustiva a fin de revertir lo decidido por el tribunal que tuteló el derecho a la imagen del demandante. Ese sería el sentido de entender la tutela cautelar “dinámicamente”.

7. No obstante la expresión “extensiva” o “dinámica”, señalaré que no se debe concluir que esta diversa comprensión de la tutela cautelar sea sólo una construcción teórica o dogmática contemporánea. En efecto, los Códigos Sardo de 1854 y 1859, en materia de tutela cautelar, establecían, junto al secues-

tro y a la denuncia de obra nueva, la figura general de las inhibiciones, sin que se determinaran los casos en los cuales podían ser acordadas¹⁹. De este modo, las inhibiciones podían ser invocadas para cada situación que amenazare con ofender un derecho cualquiera, y en aquellos casos en que fuese necesario impedir la ejecución de un hecho que, cumplido, pudiese presentar peligro de un daño irreparable, siempre que no subsistieran los presupuestos para la emisión del secuestro o ya la denuncia de obra nueva. La jurisprudencia de los tribunales contribuyó notoriamente en esta consagración de las inhibitorias como tutela cautelar general. Este camino de las inhibitorias, como poder cautelar general y atípico, también fue recogido por el Código Canónico de ese entonces²⁰.

Sin embargo, al menos en la experiencia italiana, con la llegada del Código de Procedimiento Civil italiano de 1865, desaparecieron las inhibitorias y el poder cautelar general del juez, siendo reemplazadas por el sistema de las medidas cautelares típicas, aunque un grupo de la doctrina procesal italiana, encabezado por Chiovenda, luchó incansablemente por la constitución de un proceso cautelar general, desvinculado de toda rigurosidad esquemática de las medidas cautelares expresamente tipificadas en los Códigos²¹, lucha que lo llevó a enfrentarse en este punto con su connotado discípulo Piero Calamandrei, abiertamente contrario a un poder cautelar general inhibitorio en manos de cada juez.

¹⁹ Como lo ha expresado últimamente Ortells, una norma que autorice medidas cautelares indeterminadas o atípicas es, sin duda, índice de perfección de un sistema de tutela cautelar, ya que posibilitaría que las medidas adquieran la ductibilidad necesaria para contrarrestar situaciones de peligro en la demora cuya diversidad no siempre es fácil y completamente previsible. Cfr. ORTELLS, M. “La Tutela Cautelar en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *El Proceso Civil y su Reforma*, Martín Espino, J.D. (coordinador), Colex, Madrid, 1998, pág. 434.

²⁰ Cfr. ARIETA, G. *I Provvedimenti D’Urgenza ex art. 700 C.P.C.*, Cedam, Padova, 1982, pág. 6 y sgtes.

²¹ Cfr. PAJARDI, P. *op. cit.* pág. 16.

no prevé autonomía para estas soluciones urgentes, a inventar un proceso posterior “principal” (habitualmente amparos o pretensiones mero declarativas), proceso que resulta del todo innecesario, ya que con la medida acordada urgentemente, el interés del solicitante ya se ha agotado, es decir, ya ha obtenido por parte del Estado la tutela para su situación jurídica subjetiva. Cfr. PEYRANO, J.W. *op. cit.* pp. 608 y 609.

El legislador italiano de 1942 tampoco consideró un sistema de inhibitorias que permitieran una tutela cautelar urgente de los derechos, debido a que dicho legislador hipotetizó un proceso de cognición ordinario caracterizado por la oralidad, inmediatez y rapidez de la decisión²². Dicho legislador de 1942 hipotetizó que a través de la tutela declarativa ordinaria iban a ser tutelados adecuadamente los derechos de los individuos, sin que fuese necesario la consagración de otro proceso tutelador especial y más rápido.

Si bien en el año 1942 el legislador italiano pensó en una tutela adecuada de los derechos por medio del proceso ordinario, el tiempo que sucedió a la entrada en vigor del referido Código evidenció que dicho proceso —transformado por efecto de situaciones no directamente reconducibles al sistema normativo²³— no era ya suficiente para tutelar adecuadamente los derechos de las personas, problema que se hizo cada vez más evidente y que se inserta dentro de lo que se acostumbra a expresar como la “crisis de la Justicia”. Es en este contexto de “crisis de la Justicia” donde la doctrina comienza a reformular los presupuestos y requisitos de la tutela cautelar, dentro de una necesidad de tutela de urgencia. De este modo, poco a poco, los pronunciamientos cautelares han ido asumiendo un rol no típicamente reconducible al concepto de cautela, sino, antes bien, dirigido a la anticipación inmediata de la decisión²⁴.

8. La tutela cautelar, no ligada a un proceso “principal” con el carácter de necesidad, sino ya sólo ocasionalmente, y como tal, autosatisfactiva de la relación jurídica sustancial tutelada, expresaría que las providencias cautelares han ido asumiendo paulatinamente una cabal autonomía, en el sentido que valen por sí mismas, en tanto constituirían muchas veces la única forma, y no ya de modo subordinado a los resultados de un proceso de mérito ulterior, para defenderse de aque-

llas acciones lesionadoras de los derechos e intereses legítimos. En este sentido, lo cautelar quiere decir —en muchas situaciones— prevención, y ésta se justificaría por sí sola, con una importancia y autonomía ajenas a cualquier enlace o encadenamiento con otros procesos²⁵.

De acuerdo con lo indicado, la tutela cautelar, comprendida de este modo, tendrá un importante campo de aplicación en la tutela preventiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, lo que viene a significar un cambio “ideológico” importante en la concepción del proceso civil.

En efecto, desde el punto de vista del “sustrato ideológico” del proceso civil del Estado liberal de derecho —o decimonónico—, habría que señalar que la Jurisdicción fue concebida para tutelar aquellas situaciones que la ley sustancial ha reconocido, previamente, como derechos subjetivos²⁶, y para el caso que esos derechos subjetivos resultasen violados. La Jurisdicción —desde un ámbito civil— estaba dispuesta a la garantía de los derechos subjetivos privados y, más específicamente, a la reintegración de esos derechos subjetivos cuando han sido violados²⁷. Expresado de otro modo, la Jurisdicción fue concebida como una intervención autorizada “sucesiva” a la violación del orden jurídico —y por tanto de un derecho subjetivo²⁸—, con la consiguiente y

²⁵ Cfr. MORELLO, A./STIGLITZ, G. *Tutela Procesal de los Derechos Personalísimos e Intereses Colectivos*, Librería Editora Platense, La Plata, 1986, pág. 162.

²⁶ Según expresa Di Majo, la fórmula restitución-resarcimiento propia del derecho privado, desde una reconstrucción histórica de la fórmula, ha considerado siempre a las necesidades de tutela que se manifiestan ejemplarmente como situaciones que pueden definirse *latu sensu* como “de pertenencia”, y cuyo modelo típico es el derecho de propiedad. Cfr. DI MAJO, A. *La Tutela Civile dei Diritti*, III, Giuffrè, Milán, 1987, pág. 43.

²⁷ Cfr. RAPISARDA, C. *Profili della Tutela Civile Inhibitoria*, Cedam, Padova, 1987, pág. 18.

²⁸ Como lo expresa Di Majo, la tutela en términos restitutorios-resarcitorios, también en sus referentes históricos de la *restitutio in integrum* y de las numerosas variantes, ha considerado la exigencia de reconstituir-restaurar las condiciones en

²² Cfr. AIELLO, M./GIACOBBE, G. *Guida Ragionata ai Provvedimenti Cautelari*, Giuffrè, Milán, 1996, pág. 4.

²³ Cfr. *Ibid.*, pág. 7.

²⁴ Cfr. *Ibid.*, Pág. 4.

tendencial exclusión de la función de prevención del ilícito como finalidad del proceso civil, ya que tal función “preventiva” habría podido determinar una ampliación de los poderes de control del Estado-juez y, de consecuencia, una limitación de la autonomía privada. La actuación *a posteriori* o represiva de la Jurisdicción a través del proceso civil se enmarcaría así dentro de una concepción del Estado que debe procurar el máximo de garantía a los derechos subjetivos, pero, conjuntamente, con el mínimo de sacrificio de la libertad individual²⁹.

La actividad de prevención quedaba mejor encuadrada en una actividad administrativa antes que jurisdiccional. Dentro de la división de poderes de Montesquieu, correspondía a la Administración la prevención de la inobservancia del derecho y a la Jurisdicción, la represión de tal inobservancia.

Con lo dicho, se debe concluir que en una concepción “tradicional” de la actividad jurisdiccional en muchos casos se deberá esperar a que un derecho subjetivo sea efectivamente violado³⁰ para que dicha actividad estatal pueda ponerse en movimiento, siempre que el titular afectado por esa violación del derecho solicite la intervención del Estado por vía jurisdiccional. Ese individuo solicitará que se le restituya a la posición que existía antes de la violación, o bien, donde dicha restitución no aparezca material ni jurídicamente posible, que se le indemnice, con el objeto de ser compensado en el bien o utilidad de la que ha sido privado³¹.

Esta función exclusivamente represora de la tutela civil de los derechos tiene también una coherente expresión con los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción

procesal, en concreto, del *interesse ad agere*. En efecto, dos de los elementos de calificación del “interés para accionar” eran la “legitimidad” y la “actualidad” del interés tutelado, lo que quiere decir que quien comparecía ante un tribunal interponiendo una demanda judicial tenía que indicar que era titular de un derecho subjetivo que había sido violado y, además, que al momento de deducirse la demanda esa violación persistía³². De acuerdo con lo anterior, el ejercicio de la acción procesal excluía, de raíz, la admisibilidad de cualquier remedio jurisdiccional de carácter preventivo³³.

Tenemos entonces que el sistema de Derecho Civil y de tutela jurisdiccional que construyó la sociedad “burguesa” *post* revolucionaria se estructuró por medio del reconocimiento legislativo previo de derechos subjetivos individuales —donde, además, se podría decir que la propiedad era el derecho “fuerte”³⁴—, lo que, en el evento de resultar vio-

³² Cfr. RAPISARDA, C. *op. cit.* pág. 28.

³³ Como excepción a esta situación, Cristina Rapisarda menciona la existencia de las denominadas “acciones declarativas”, puesto que la acción era admisible antes de la concreta realización de una violación del derecho, bastando un mero desconocimiento del derecho. Pero además expresa que el principio de actualidad del “interés en accionar” también se consideraba respetado en los casos de posible violación futura, a cuyos efectos venían predispuestos los institutos de la denuncia de obra nueva y daño temido, así como la demanda de secuestro judicial y conservativo. A ellos agrega también la demanda de jactancia. Cfr. RAPISARDA, C. *op. cit.*, pág. 28 y sgtes.

³⁴ Expresión que también utiliza Proto Pisani, en el sentido de que el derecho de propiedad, en otras épocas históricas, ha sido el derecho fuerte por excelencia, el derecho que constituiría la *chiave di volta* de todo el sistema de los derechos privados. cfr. PROTO PISANI, A. “La Tutela Giurisdizionale dei Diritti della Personalità: Strumenti e Tecniche di Tutela”, en *Il Foro Italiano*, Año CXV, Vol. CXIII, 1990, pág.8. Para Armone, la falta de una tutela inhibitoria para los intereses de la persona privados de implicaciones patrimoniales, derivaría del completo desinterés de los códigos civiles y las leyes hacia tales intereses. Cfr. ARMONE, G. “La Salute Collettiva dei Consumatori e le Sue Forme di Tutela”, en *Rivista Critica dell Diritto Privato*, año XII, 1-2, marzo-junio 1994, pág. 115.

que, antes de la violación, se encontraba el titular del derecho subjetivo (principalmente el propietario). Se trataba, de este modo, de re-ajustar la situación de hecho adecuándola a aquella jurídica. cfr. DI MAJO, A. *op. cit.* pág. 43.

²⁹ Cfr. *ibíd.*

³⁰ Cfr. TARUFFO, M. “La Justicia Civil: ¿Opción Residual o Alternativa Posible?, en *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la Jurisdicción*, Andrés, P. (editor), Trotta, Madrid, 1996, pág. 143.

³¹ Cfr. DI MAJO, A. *op. cit.* pág. 44.

lados, el Estado –por medio de unos previos y específicos órganos instituidos, los jurisdiccionales– actuaba, a fin de que, comprobada la violación de tales derechos, se condenara al transgresor a restituir las condiciones en las que antes de la violación se encontraba el actor. Si tal restitución no aparecía fáctica ni jurídicamente posible, tal violación ilícita se resolvía en la indemnización, a fin de compensar al actor en el bien o utilidad de la que había sido privado. Y esa situación, en términos generales, es la que se presenta en el campo civil, aún en el día de hoy, en muchos ordenamientos jurídicos –incluido el chileno–. Para asegurar todo este sistema, existían las medidas cautelares “clásicas”, a las que ya me he referido.

Sin embargo, hay que poner de manifiesto que, donde se presenten derechos o ya intereses legítimos que no tengan una expresión monetaria, dicha forma de tutela se mostrará del todo inapropiada. Expresado en términos más generales, habría que decir que las normas sobre responsabilidad no permitirían obtener una tutela efectiva respecto de aquellas situaciones de ventaja no inmediatamente monetizables, siendo sólo idóneas donde se trate de satisfacer el interés individual a la integridad del patrimonio³⁵.

Aquellos derechos que no pueden ser expropiados –como los derechos de la personalidad–, es decir, transformados de derechos al bien, en derechos a la indemnización, derechos, por lo demás, que tienen una función no patrimonial, tendrían una necesidad de tutela específica, real, que garantice al titular del derecho la utilidad, esto es, todo aquello y propiamente aquello que es garantizado por el derecho sustancial³⁶.

³⁵ Cfr. COSTANTINO, G. “Brevi Note sulla Tutela Giurisdizionale degli Interesse Collettivi Davanti al Giudice Civile”, en AAVV: *Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi, Atti del Convegno di Studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)* Cedam, Padova, 1976, pág. 229.

³⁶ Cfr. PROTO PISANI, A. “La Tutela Giurisdizionale dei Diritti della Personalità: Strumenti e Tecniche di Tutela”, *op. cit.* pág. 7.

Un sector de la doctrina³⁷, desde ya hace un tiempo, reclama cada vez con mayor ahínco formas de tutela preventiva o que obliguen a cesar las actividades dañinas, antes que las típicas restitutorias o indemnizatorias. En efecto, se dice que los “nuevos derechos”, como aquellos relacionados con el desarrollo de la salud humana y de la personalidad individual, el goce de los bienes ambientales y la posición del consumidor en el mercado –entre otros–, reclaman formas de tutela preventiva más incisivas que la mera tutela declarativa, y más idóneas, como sería la tutela inhibitoria, que prescribirían concretas modalidades de comportamiento de los sujetos privados³⁸. Así, el carácter no monetarizable de ciertas situaciones subjetivas (como las relativas a la salud y al ambiente) haría preferible los instrumentos de carácter preventivo, aquellos inhibitorios y medidas de urgencia, que están dirigidos a la cesación del comportamiento lesivo.

Esta tutela inhibitoria no sólo debe ser vista como una pretensión de tutela preventiva, sino que también como una pretensión de condena de cesación, o al cese. Es decir, esta nueva tutela inhibitoria puede ser dirigida a que el peligro de lesión sobre un determinado derecho o interés no sobrevenga, mediante la orden del juez de no concluirse la actividad lesiva, o bien, dirigida a impedir la continua-

³⁷ Con caracteres generales, Proto Pisani expresa que si la tutela sucesiva, restitutoria por equivalente monetario, es por definición inadecuada para la tutela de los derechos de la personalidad, hay que decir, asimismo, que estos derechos tienen necesidad de una tutela que intervenga, dentro de los límites de las posibilidades humanas, antes de la violación o inmediatamente, a fin de impedir la violación o ya su continuación. Considerando la irreversibilidad de los efectos de la violación del derecho de la personalidad; considerando lo inadecuado de cualquier forma de tutela sucesiva *ex post* para restituir al sujeto aquella libertad de la cual no ha podido gozar, la tutela de los derechos de la personalidad deberá ser cuanto más posible preventiva, dirigida a impedir la violación o la continuación; en una palabra, deberá tener contenido inhibitorio. Cfr. PROTO PISANI, A. “La Tutela Giurisdizionale del Diritti [...]”, *op. cit.* pág. 7.

³⁸ Cfr. RAPISARDA, C. *op. cit.* pág. 75 y sgtes.

ción o repetición de la lesión. Y en este último caso, la condena a cesar la actividad lesiva puede evidentemente acompañarse del resarcimiento del daño ya provocado y a la eliminación de sus efectos³⁹.

Se podría afirmar, entonces, que la tutela cautelar inhibitoria debe admitirse como forma general de tutela –tutela general atípica–, cada vez que se esté en presencia de derechos e intereses cuyo goce esté asegurado por obligaciones continuadas o reiteradas de no hacer, y se esté en presencia de una conducta antijurídica, la cual esté concretada, al menos, en una amenaza⁴⁰.

Por otra parte, para permitir un mejor desarrollo y efectividad de la tutela de los derechos e intereses legítimos, en el sentido de que sea “efectiva”, no se debe descartar la propuesta⁴¹ en orden a atribuir al juez un “poder inhibitorio general”, que debería ejercitarlo según las circunstancias y con la posibilidad de adaptar el procedimiento a tales circunstancias, propuesta que se inserta en una más general de flexibilizar la tutela procesal⁴²,

³⁹ Cfr. TARUFFO, M. “La Legittimazione ad Agire e le Tecniche di Tutela nella Nuova Disciplina del Danno Ambientale”, en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, año V-3, septiembre 1987, pág. 443.

⁴⁰ Cfr. PROTO PISANI, A. “La Tutela Giurisdizionale dei Diritti della Personalità [...]”, op. cit. pág. 15.

⁴¹ Cfr. TARUFFO, M. “Adeguamenti delle Tecniche di Composizione dei Conflitti di Interessi”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LIII, n. 3, septiembre 1999, pág. 789.

⁴² Coherente con esta necesidad de flexibilizar la disciplina del proceso, Taruffo propone orientar la tutela jurisdiccional hacia lo que él denomina de *total justice*, esto es, abrir la actividad jurisdiccional a toda persona que se encuentre en una situación necesitada de tutela, de modo tal que dicha tutela no quede circunscrita a la previa atribución al individuo de un derecho subjetivo. Toda vez que una persona tenga una necesidad de tutela, aunque no definida aún en el plano del derecho sustancial, debería ser conocida por un tribunal. Sólo al final del proceso incoado se podrá establecer si el actor era verdaderamente titular de un derecho. De este modo, la actividad jurisdiccional se abriría a todos aquellos sujetos y situaciones necesitadas de tutela, pero ya sin presuponer clasificaciones y limitaciones establecidas a priori. Corresponderá a ese juez, por lo tanto, la tarea de indi-

minimizando la rigidez de la disciplina del proceso para que –salvaguardando en todo caso las garantías fundamentales que el ciudadano tiene en relación al proceso– se consienta al juez a adaptar en cada caso la modalidad del procedimiento a las exigencias diversas que emergen de la realidad social.

9. La instrumentalidad de la tutela cautelar no tendría ya que ser entendida sólo funcionalmente en relación al proceso “principal”, en términos de asegurarlo, sino que puede comprenderse ya en términos más amplios, orientada teleológicamente a hacer posible o a facilitar la tutela, o ya a no hacer inútil la tutela ordinaria, o como ya se decía, a hacer posible que la sentencia se cumpla en sus propios términos. La instrumentalidad del proceso cautelar puede ser entendida ahora como una vía que facilitaría los medios precisos para garantizar el eficaz funcionamiento de la Justicia⁴³. No es que en esta concepción las medidas cautelares carezcan de instrumentalidad, sino que se ha modificado la clásica concepción de la instrumentalidad esbozada por Calamandrei, es decir, instrumentalidad ahora ya no orientada a cautelar un proceso “principal”⁴⁴ o la eficacia de la

vidualizar y satisfacer esa necesidad, disponiendo para ello los remedios jurisdiccionales necesarios, actuando en todos esos casos conforme a los principios de legalidad y justicia sustancial. Cfr. TARUFFO, M. “La Justicia Civil: ¿Opción Residual [...]”, op. cit. pp. 142 y 143.

⁴³ Cfr. PEDRAZ, E. “El Proceso Cautelar en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (II)”, en *Doctrina y Jurisprudencia*, N° 36 - semana (6 al 12 - XII - 2000), pág. 433.

⁴⁴ Como lo expresa Vásquez Sotelo, la vinculación del proceso cautelar inevitablemente a un proceso principal, es hoy doctrinalmente errónea y supone, además, muy graves limitaciones para la tutela cautelar exigida por el tráfico jurídico y mercantil de nuestros días. La realidad social plantea frecuentemente problemas de protección del honor o de la intimidad personal, problemas de protección de los consumidores o del medio ambiente o de situaciones personales que requieren urgente protección que no puede obtenerse utilizando las formas de cautela tradicional. Cfr. VÁSQUEZ SOTELO, J.L. “Ejecución Provisional y Medidas Cautelares”, en *El Proceso Civil y su Reforma*, Martín Espino, J.D. (coordinador), Colex, Madrid, pp. 502 y 503.

resolución sobre el mérito, sino entendida como situación apta para tutelar directamente la normativa dispuesta por el ordenamiento sustantivo.

De acuerdo con esta concepción de la tutela cautelar, aquellas medidas que satisfacen la pretensión del actor de un modo directo y urgente encuentran su *ratio* en la exigencia de garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional con referencia a determinadas situaciones subjetivas que podrían verse perjudicadas o insatisfechas, donde fuese necesario esperar el resultado del proceso de mérito a cognición completa y exhaustiva, dispuesto para la tutela de los derechos e intereses de las personas; tales medidas serían también cautelares. En el ejemplo que se ponía de la tutela del derecho a la imagen, el proceso ordinario ya no es capaz de tutelar “en tiempo” tal derecho, y el perjudicado no puede verse expuesto a que por meses o años (según la duración “normal” que tenga un proceso ordinario) se abuse de su imagen sin su consentimiento. Por ello, se hace necesario un proceso cautelar que tutele urgentemente tal derecho.

Esta nueva modalidad de las medidas cautelares se caracterizaría por dos circunstancias principales: 1) no realizan jamás en vía definitiva –y, por tanto, sin efectos de cosa juzgada material– situaciones de ventaja garantizadas por el derecho sustancial; 2) son objeto de una cognición sumárisima, en virtud de la cual el juez provee las medidas sobre la base de una valoración probabilística (y no de certeza) en orden a la comprobación de la existencia de la situación jurídica sustancial a cautelar y/o a la comprobación de su efectiva vulneración.

Quien haya obtenido un pronunciamiento de este tipo –por ejemplo, quien haya obtenido jurisdiccionalmente la prohibición de un acto (aún no realizado) inminente de competencia desleal; o el cese inmediato de una determinada conducta que constituya una intromisión ilegítima en su intimidad personal, violación de su derecho a la imagen, etcétera–, habrá visto tutelado su derecho, y de este modo, a diferencia del proceso cautelar “adicional”, ya no necesitaría impetrar un pro-

ceso de mérito para que vea satisfecha su pretensión, puesto que ésta, de una manera rápida y urgente, ya fue satisfecha por el proceso cautelar⁴⁵. Ello no obsta, se entiende, a que si el demandado se siente perjudicado con la medida cautelar pueda iniciar el correspondiente proceso de cognición completa y exhaustiva, proceso que tendría, por tanto, una faceta de impugnación del pronunciamiento cautelar y una faceta de proceso de primer grado de cognición completa⁴⁶.

Es lógico no obligar al que obtuvo la medida cautelar a iniciar un posterior proceso de cognición plena y exhaustiva, puesto que lo que dicha persona buscaba era el auxilio jurisdiccional como alternativa a la autotutela⁴⁷, para conservar su derecho o interés injustamente violentado por un tercero, pero una vez conservado su derecho o interés es del todo innecesario iniciar otro proceso que ratifique lo obtenido cautelarmente, como absurdo sería que “al que ha obtenido la protección posesoria se le exija después deducir la demanda principal para que se le declare propietario o poseedor legítimo”⁴⁸. En otras pa-

⁴⁵ Como lo expresa Vásquez Sotelo, hoy en día existen numerosos supuestos en los que la misma medida agota la tutela pretendida. Así, da como ejemplo el caso en que alguien solicita que cese la competencia desleal que otro ha ejecutado, donde ya no tendría sentido que tras obtener la orden judicial de prohibición de la competencia ilícita, esa misma persona deba interponer una demanda declarativa para demostrar que le asiste el derecho que hizo valer. Ahora, la demanda en el juicio sobre el “mérito” podrá ser interpuesta por cualquiera de las partes que se considere legitimada y con un interés para ello, pero sin que en ningún caso se imponga la carga de la instación de tal demanda al que obtuvo la medida cautelar. Cfr. VÁSQUEZ SOTELO, J.L. *op. cit.*, pág. 504.

⁴⁶ Cfr. PROTO PISANI, A. “La Tutela Giurisdizionale dei Diritti della Personalità: Strumenti e Tecniche di Tutela”, en *op. cit.* pág. 18.

⁴⁷ Ortells expresa que no cree que pueda considerarse atrevido y poco razonable, desde el postulado del Estado de derecho, inclinarse decididamente por una tutela judicial provisional, aun con riesgos de error, antes que recurrir a la autotutela. Cfr. ORTELLS, M. *op. cit.* pág. 439.

⁴⁸ PEDRAZ, E. *op. cit.* pág. 437.

labras, en esta concepción del proceso cautelar el proceso “principal” se caracterizaría por dos circunstancias: 1) es sólo ocasional y no necesario, y 2) es instado –normalmente– por el sujeto pasivo de la medida cautelar y no por el requirente de la misma⁴⁹.

10. En todo caso, las medidas cautelares, comprendidas de esta manera más dinámica, seguirían manteniendo, en términos generales, los mismos presupuestos⁵⁰ y características que tradicionalmente han tenido, pero ya entendidos de diversa manera.

Dentro de los presupuestos, es indispensable la presencia del *periculum in mora*, visualizándolo en la posibilidad de que en el período necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho a través del desarrollo de la función judicial se verifique un evento natural o voluntario que suprima o restrinja los intereses tutelados, haciéndose imposible o limitándose la realización por obra de los órganos jurisdiccionales⁵¹, o ya en la imposibilidad de poder cumplir la sentencia que pronuncie el órgano jurisdiccional mediante la tutela ordinaria, en sus propios términos.

11. Comprendida así la tutela cautelar, aparece apta para dar tutela a un sinnúmero de derechos e intereses legítimos, muchos de los cuales no tienen una significación económica, por lo que el impedir su lesión o ya el cese inmediato de su lesión constituye, en muchos casos, la única posibilidad de tutela

que ellos tienen, lo cual tiene además una significación institucional muy importante, como es poder seguir confinando la autotutela a situaciones extremas y, por el contrario, confiar en la heterotutela estatal a través de la potestad jurisdiccional; además, permite que la propia Jurisdicción pueda cumplir sus cometidos constitucionalmente asignados, esto es, además de conocer y resolver las causas civiles y criminales, especialmente “hacer ejecutar lo juzgado” (art. 73 CCH), en los propios términos resueltos; todo ello con pleno respeto del derecho fundamental de los ciudadanos a un debido proceso, en concreto, a un proceso dentro de un plazo razonable (art. 19 N° 3 CCH, en relación con el art. 5° CCH).

Se ha dicho por la doctrina que el principal ámbito de aplicación de una tutela cautelar “satisfactiva” de las distintas situaciones subjetivas tuteladas, es el campo del Derecho Comercial, pero creo que la aplicación más importante del instituto recae en el campo de la tutela de los derechos de la personalidad y, especialmente, de los derechos fundamentales.

12. Esta noción más dinámica de la tutela cautelar es utilizada por algunos sectores de la doctrina chilena. En efecto, Zúñiga⁵², a propósito del “Recurso de Protección”, señala que éste es una acción⁵³ que incoaría un proceso, específicamente un proceso de amparo constitucional de naturaleza cautelar, proceso que tendría, además, las característi-

⁴⁹ Esto no se opone a la posibilidad de que el mismo beneficiario de la medida cautelar inicie un proceso posterior para demandar, además, la indemnización de los perjuicios que en el intertanto de la medida cautelar decretada a su favor se le puedan haber ocasionado.

⁵⁰ Como sostiene Pedraz, los presupuestos para obtener una tutela cautelar continúan siendo: *Fumus boni iuris*, *Periculum in mora*, proporcionalidad y, eventualmente, caución. Cfr. PEDRAZ, E. “El proceso cautelar en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” (I) *Doctrina y Jurisprudencia*, N° 35-semana (29-XI al 5-XII-2000), pág. 419.

⁵¹ Cfr. ROCCO, U. *Trattato di Diritto Processuale Civile, V, Parte Speciale, Processo Cautelare*, seconda edizione accresciuta, unione tipografico-editrice torinese, 1966, pág. 76.

⁵² Cfr. ZÚÑIGA, F. “Recurso de Protección y Contencioso Administrativo”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 202, año LXV, julio-dic. 1997, pág. 105.

⁵³ La referencia al instituto de la protección como una acción es abiertamente desafortunada, puesto que si la Constitución reconoce el derecho genérico de acción o, también, derecho a la tutela judicial (art. 19 N° 3 inc. 1° CCH), ya no se puede hablar de acciones particulares. El instituto protección, en nuestro ordenamiento jurídico, es un proceso sumario especial previsto por el “constituyente” para la tutela de los derechos fundamentales. Sobre este punto, véase BORDALÍ, A. “El Proceso de Protección”, artículo publicado en esta misma Revista en el Vol. X, dic. 1999.

cas de extraordinario y sumarísimo, predisuesto para la tutela de los derechos fundamentales. Sin embargo –y aquí se entronca su concepción del proceso cautelar con aquella “dinámica” que se está analizando aquí–, este proceso cautelar tendría la característica de ser autónomo, no accesorio a un proceso de declaración o ejecución definitivo; el proceso de protección sería, por ende, un proceso autónomo⁵⁴ no subordinado a otro proceso.

No obstante compartir la concepción del proceso cautelar asumida por este autor, no coincido con él en su calificación del proceso de protección como un proceso cautelar, lo que no resulta siempre claro. Para que se pueda incoar un proceso cautelar deben concurrir los presupuestos del *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, proporcionalidad y, también, eventualmente el de la contracautela. Y en el proceso de protección no es observable, en la mayoría de los casos, un peligro de daño concreto sufrido –o que pudiere padecer el requirente– derivado de la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia dictada por un juez en sus propios términos. Quizás las situaciones por las que se solicita tutela de algunos derechos fundamentales, como la situación relativa al derecho a la vida, a la honra, entre otras situaciones, podrían eventualmente ser consideradas situaciones de *periculum in mora*, pero la mayoría de las situaciones por las que, tanto a nivel teórico como en la práctica, el proceso de protección brinda tutela urgente (pensemos en uno de los derechos que ha obtenido la mayor protección por vía de este instituto, como lo es el derecho de propiedad) no ameritan ser consideradas como situaciones en las que se presente una situación de efectivo *periculum in mora*. En el proceso cautelar no basta la existencia de un estado de peligro inminente, para lo cual basta el accionar de la tutela ordinaria, sino que debe tratarse de un daño marginal que podría derivarse de la normal mora del pronunciamiento declarativo o ejecutivo, y de la imposibilidad de cumplir lo ordenado por el juez en sus propios términos. Sin ese peligro de daño por la imposibilidad de cumplir lo ordenado por el

juez en sus propios términos, no nace el interés procesal que permite obtener la medida cautelar⁵⁵.

Por otra parte, en la protección no concurre el presupuesto del *fumus boni iuris*, toda vez que el juez dicta la medida de protección no con base a un juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia de la violación para el derecho⁵⁶, sino que se exige una cognición un poco más profunda, aunque más incompleta que la que correspondería en un proceso de cognición plena y exhaustiva.

En el proceso de protección, la medida de protección no se dicta considerando que “verosiblemente” el derecho fundamental del

⁵⁵ Cfr. ARIETA, G. *op. cit.* pág. 46.

⁵⁶ El *fumus boni iuris* ya no podría en este caso relacionarse con la existencia del derecho, puesto que tratándose de derechos fundamentales, es decir derechos predicables de todas las personas por el mero hecho de ser tales, su existencia ya es un dato que ha previsto el legislador constitucional al reconocerlos en la Norma Fundamental. Por ello, si se pudiera hablar de una tutela cautelar de derechos fundamentales, la exigencia del presupuesto del *fumus boni iuris* debería limitarse a la probabilidad de un daño a tal derecho, y no a la existencia del derecho mismo, puesto que se supone que toda persona lo lleva ínsito en sí, y como tal, nada tiene que acreditar. Es absurdo, en esta hipótesis, que el que solicita tutela para su derecho a la vida tenga que acreditar, aunque someramente, que le asiste el derecho a la vida; lo mismo se puede decir respecto de otros derechos, como los referidos a la libertad de opinión, derecho a un medio ambiente adecuado, etc. Distinta será la situación reflejada en los derechos patrimoniales, como el derecho de propiedad, un derecho de crédito, que no son propios de toda persona por el hecho de ser tal, sino que han sido creados expresamente por actos jurídicos y, por tanto, pertenecientes particularmente a los sujetos en cuyo favor han sido creados. En estos casos, sí sería necesario acreditar la “aparición de buen derecho” cuando se solicita su tutela cautelar. Sin embargo, se presentaría una situación compleja cuando los derechos patrimoniales, como el derecho de propiedad, son considerados como derechos fundamentales, como ocurre en el ordenamiento jurídico chileno. Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, véase FERRAJOLI, L. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 47 y sgtes., Andrés, P. / Greppi, A. (traductores).

⁵⁴ Cfr. ZÚÑIGA, F. *op. cit.* pág. 107.

actor ha estado violado por otra persona o autoridad, sino que la medida de protección se dicta teniendo como antecedentes lo alegado por el demandante, lo agregado –mediante su informe– por el sujeto supuestamente responsable de la agresión para el derecho fundamental, y las pruebas que tanto los sujetos como el tribunal hayan allegado al proceso. Por ello, la protección corresponde a un proceso sumario, donde hay una reducción cuantitativa de la cognición en comparación al proceso de cognición ordinaria, pero dicha cognición, si bien limitada por las alegaciones y los medios de prueba, no puede conformarse con la mera verosimilitud⁵⁷.

Por otra parte, de acuerdo a como se regula el proceso cautelar en la mayoría de los distintos ordenamientos jurídicos, incluido el chileno, la medida cautelar puede dictarse *in audita et altera pars*, mientras que en el proceso de protección existe siempre el trámite de la petición de “informe” a quien se reputa responsable de la agresión del derecho fundamental, lo que equivale a decir que el emplazamiento y el principio de la bilateralidad de la audiencia siempre debe ser respetado en tal proceso (norma 3° del Auto Acordado sobre tramitación del “recurso de protección”)⁵⁸.

En definitiva, no concurriendo los presupuestos del *periculum in mora* –al menos no siempre– ni del *fumus boni iuris*, la protección no puede ser considerada un proceso cautelar.

Pero además, ni aun asumiendo la característica de la instrumentalidad en su sentido más “tradicional”, es decir, señalando que la medida cautelar sirve para asegurar el resultado de un proceso denominado “principal”, resulta que ese proceso “principal”, tratándose del instituto de la protección, será sólo eventual y no necesario, puesto que el artículo 20 CCH expresa que el “Recurso de Protección” es “sin perjuicio de los demás dere-

chos que pueda hacer valer [cualquiera de las partes] ante la autoridad o los tribunales correspondientes”, pero sin que exija la iniciación de tal proceso⁵⁹. Es decir, el proceso de protección puede existir con total autonomía respecto a otro proceso sobre el mérito, el que es meramente eventual.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, el proceso de protección no presenta todas las características de un proceso cautelar, sea que se asuma una posición “tradicional” o ya más “dinámica” de la tutela cautelar. Se trataría, en mi opinión, de un proceso sumario especial dispuesto para otorgar una tutela urgente a los derechos constitucionalmente reconocidos.

Otra cosa ya es que dentro del proceso de protección se dicten medidas cautelares en su sentido más “tradicional”, como una orden de suspensión o una orden de no innovar⁶⁰; otra razón más para considerar al proceso de protección como proceso sumario y no cautelar, porque aseverar lo contrario debería llevar a la absurda conclusión de que el proceso “cautelar” de protección se puede asegurar mediante medidas cautelares (suspensión, orden de no innovar) dictadas en otro proceso cautelar, es decir, equivaldría a expresar que existiría un proceso cautelar para asegurar otro proceso cautelar.

III. CONCLUSIONES

Recurrir a la tutela jurisdiccional urgente para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos parece ser una vía acertada por la cual debería transitar la Justicia civil, para así hacer frente a los tiempos –ya normales, ya excesivos– que comporta la tutela ordinaria, situación que no sólo es propia del caso

⁵⁹ Para un desarrollo de este razonamiento, véase mi artículo “El Proceso de Protección” antes citado.

⁶⁰ Sobre los significados de estas medidas cautelares en el proceso de protección, véase TAVOLARI, R. “La Orden de no Innovar en el Recurso de Protección (Una Manifestación de la Tutela Cautelar en Derecho Chileno)”, en *Justicia* 92, N° I, pág. 705 y sgtes.

⁵⁷ En igual sentido, véase CALDERÓN, M.P. *op. cit.*, pp. 1089 y 1090.

⁵⁸ En un sentido similar, véase PAILLAS, E. *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1997, pág. 101.

chileno, sino común a la mayoría de los países de nuestro entorno. Además, esa tutela urgente permitiría seguir confiando en la Jurisdicción y en el propio Estado, como entidad política que permite el logro del bien común y de la Justicia, además de relegar a última *ratio* la autotutela. De este modo, se puede confiar en que lo ordenado por un juez se pueda cumplir en sus propios términos, que no serán sino aquellos que prescribe el ordenamiento jurídico.

Esa tutela de urgencia puede articularse –desde un planteamiento teórico– mediante dos expedientes diversos: si existen los presupuestos de *periculum in mora*, *fumus boni iuris* y proporcionalidad –la contracautela no la veo esencial a la tutela cautelar–, la tutela podría otorgarse cautelarmente, aunque satisfaga directamente el derecho o interés legítimo del actor y no presuponga otro proceso “principal” en curso o por iniciarse. Esa tutela podría otorgarse *inaudita et altera pars* y siempre sujeta a impugnación en un proceso posterior por la persona agraviada por tal medida. De este modo, una medida auto-satisfactiva del derecho o interés legítimo del actor, si reúne los presupuestos y requisitos aquí enunciados, presentaría los requisitos de una tutela cautelar, entendida ésta de un modo “dinámico” y no ya en su sentido “tradicional”.

Si no concurren los presupuestos y requisitos antes enunciados, la tutela de urgencia puede otorgarse por medio de procesos sumarios, los que mediante una cognición y con medios de prueba más reducidos que una tutela ordinaria, pueden otorgar tutela efectiva a derechos e intereses legítimos que requieran un respuesta más rápida del órgano jurisdiccional. Esa tutela sumaria comporta una reducción meramente cuantitativa de la cognición, sin que llegue a la mera verosimilitud o probabilidad sobre la existencia del derecho y su violación. En tal proceso, el contradictorio viene respetado –aunque puede ser reducido–, sin que se pueda proveer ninguna medida *inaudita et altera pars*, y lo que se resuelva siempre es de un modo provisional, por lo tanto dejando siempre abierta la discusión posterior mediante un proceso de cognición plena y exhaustiva. El proceso de protección *ex* artículo 20 CCH es un claro ejemplo de esta situación.

Corresponde al legislador optar por uno u otro medio de tutela urgente, según concurren los presupuestos para una u otra situación, pero, en todo caso, habrá de considerarse aquel que sea capaz de lograr una tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los justiciables, con pleno respeto de las normas constitucionales referidas al derecho al “debido proceso”.