



ESCUELA DE DERECHO

Daniela Poblete Fernández

**LA ACCIÓN PREVENTIVA DEL ARTÍCULO 2333 DEL CÓDIGO CIVIL.
CARACTERÍSTICAS Y PROCEDIMIENTO**

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
dirigida por el profesor Claudio Meneses Pacheco

Junio de 2010

ÍNDICE

	PÁGINA
TABLA DE ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	5
I. NOCIONES GENERALES DE TUTELA PREVENTIVA	6
1. Principio de prevención del daño	6
2. ¿Tutela preventiva o inhibitoria?	6
3. Fundamento de la tutela preventiva	8
3.1. Derecho a la tutela judicial efectiva. Referencia a la tutela jurisdiccional preventiva	8
3.2. Constitucionalización del Derecho privado	9
3.3. Institución de la responsabilidad civil o del Derecho de daños. Referencia a la responsabilidad preventiva	10
II. HERRAMIENTAS PROCESALES QUE OTORGAN TUTELA PREVENTIVA	12
1. La acción preventiva	12
1.1. Concepto	12
1.2. Clasificación	13
1.3. Finalidad	14
1.4. Requisitos	14
1.5. Procedimiento	15
1.6. Sentencias que admiten acciones preventivas. Medidas que puede adoptar el juez	16
2. Instrumentos jurídicos de tutela preventiva en el ordenamiento jurídico chileno	16
2.1. El recurso de protección	16
2.2. Situación en el Código Civil	17
III. ANÁLISIS DE LA ACCIÓN PREVENTIVA DEL ART. 2333 DEL CÓDIGO CIVIL	19
1. Presupuesto de daño contingente como fundamento de la acción	19

2. Legitimados de la acción	21
3. Exigencia de culpa	22
4. Características de esta acción a la luz de las clasificaciones de las acciones preventivas	23
4.1. Acción preventiva urgente	23
4.2. Acción preventiva indiferenciada	23
4.3. Acción preventiva general	23
4.4. Acción preventiva sin tramitación específica	24
CONCLUSIONES	27
BIBLIOGRAFÍA	29

TABLA DE ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
art.	Artículo
CC	Código Civil
CPC	Código de Procedimiento Civil
Cfr.	Confrontar
<i>Ibidem</i>	En el mismo lugar
<i>Ídem</i>	El mismo
No.	Número
ob. cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
Rev.	Revista
Supra.	Más arriba o antes
t.	Tomo
trad.	Traductor
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por finalidad realizar un examen acerca de la acción regulada en el art. 2333 del CC con el objeto de establecer que se trata de una acción preventiva de daños, que tiene características tales que permiten sostener que, no obstante su ubicación y regulación a propósito de la responsabilidad civil extracontractual, no se trata de una acción de responsabilidad civil sino que forma parte de un ámbito que trasciende al de la responsabilidad y que es transversal a todo el sistema jurídico: la tutela preventiva de los derechos.

Para lograr este propósito, examinaremos el tema de la tutela preventiva aproximándonos a un concepto de la misma por la vía de establecer sus funciones y conexiones con normas y principios del sistema jurídico en general. Luego revisaremos las principales herramientas jurídicas para obtener una tutela preventiva, con especial énfasis en la acción preventiva como el medio más apto para conseguir este tipo de tutela.

Ahora, desde la óptica de la tutela preventiva, nos ocuparemos de estudiar la acción del art. 2333 del CC, efectuando un análisis crítico de la misma con miras a elaborar algunas proposiciones en el ámbito del Derecho procesal, basadas en que ante la falta de un procedimiento especial regulado para ejercitar esta acción resulta necesaria la creación de un proceso de urgencia para la concreción de la tutela preventiva en el ámbito civil.

I. NOCIONES GENERALES DE LA TUTELA PREVENTIVA

1. Principio de prevención del daño

En una primera aproximación, podemos decir que la tutela preventiva es aquella que apunta, no a la tutela de un derecho violado o lesionado sino más bien, a la prevención o evitación del hecho lesivo. Lo que subyace es el imperativo de prevenir el daño que pueda sufrir una persona en sus derechos o intereses legítimos. En este sentido, es posible afirmar que no sólo el daño determina el surgimiento de un mecanismo de tutela en favor del sujeto afectado, como sería el de una respuesta represiva, que opera *ex post*, sino que también la amenaza de daño respecto del que corre peligro de ser afectado debiera gatillar una actividad destinada a su eliminación, antes de que el daño pueda llegar a concretarse. De tal manera podemos concluir que, atendiendo al momento en que actúa la tutela en relación a la ocurrencia del daño, ésta puede clasificarse en represiva y preventiva.

Así las cosas, la prevención viene impuesta como una respuesta a la necesidad de actuar *ex ante*, toda vez que resulta preferible conservar y proteger los intereses valiosos en lugar de recomponerlos después de su menoscabo, sobre todo si no pueden ser recompuestos¹.

2. ¿Tutela preventiva o inhibitoria?

Es posible constatar que los autores, tanto en el país como en el extranjero, al abordar este tema y otros relacionados emplean indistintamente las expresiones tutela preventiva y tutela inhibitoria. Así, se ha afirmado en Chile que la tutela inhibitoria es aquella que prescribe modalidades concretas de comportamiento a los sujetos, pudiendo ser dirigida a que el peligro de lesión sobre un determinado derecho o interés no sobrevenga, o bien, dirigida a impedir la

¹ Cfr. MOLINARI VALDÉS, ALDO, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 56.

continuación o repetición de la lesión². En el mismo sentido, se ha dicho que la tutela preventiva inhibitoria no persigue resarcir, sino que actúa a futuro en relación con una conducta ilícita iniciada o por iniciar para hacer que cese o se efectúe acorde a Derecho de determinada forma³. Por su parte, Marinoni entiende que la acción inhibitoria, que tiene relación con las nuevas reglas jurídicas de contenido preventivo y con la necesidad de conferir una verdadera tutela preventiva de los derechos, se dirige en contra de la posibilidad de un ilícito, aunque se trate de una repetición o continuación, es decir, se orienta hacia el futuro y no hacia el pasado, sin que requiera de la probabilidad del daño, contentándose con la simple probabilidad de ilícito, entendido éste como un acto contrario a Derecho⁴.

Pareciera ser que tutela preventiva y tutela inhibitoria serían expresiones sinónimas. Sin embargo, estimamos que ello no es así, toda vez que el énfasis en uno y otro caso está puesto en el daño y en la conducta ilícita, respectivamente. Por una parte, se busca prevenir el daño y por la otra, inhibir la realización de un acto ilícito. Reafirmando esto, Marinoni expone que “imaginar que la acción inhibitoria está destinada a inhibir el daño implica suponer que nada existe antes que pueda ser calificado de ilícito civil. Sucede que el daño es una consecuencia eventual del acto contrario a Derecho, los cuales (el daño y el acto contrario a Derecho) pueden y deben ser evidenciados para que los derechos sean más adecuadamente protegidos”⁵. Deja en claro que el daño es una consecuencia meramente eventual del acto ilícito y que constituye un requisito indispensable para la configuración de la obligación resarcitoria, más no para la constitución del ilícito.

En cuanto a la tutela preventiva, el acento está puesto en el elemento daño. Lo que se quiere prevenir es el acaecimiento de un hecho apto para lesionar o afectar derechos o intereses de las personas, finalidad que diferencia este tipo de tutela de la inhibitoria, sin perjuicio de que

² Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *Rev. de Derecho*, Universidad Austral, Facultad de Derecho, Valdivia, 2001, Vol. 12, No. 2, pp. 60-61.

³ Cfr. PÉREZ RAGONE, ÁLVARO, “La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución”, en *Rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1er semestre de 2007, No. XXVIII, p. 215.

⁴ Ver con claridad este planteamiento en MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutela específica de los derechos*, trad. Aldo Zela Villegas, Palestra Editores, Lima, 2008, pp. 33-36.

⁵ *Ibidem*, pp. 36-37.

ésta última incluya tanto la pretensión de evitar un daño como también, en el evento de que el daño se hubiera producido, la de poner término a su continuidad⁶. Es por ello que resulta más acertada, para estos efectos, la definición de tutela inhibitoria dada por Bordalí, en cuanto se basa en la idea del daño y no en el concepto de ilícito civil⁷.

3. Fundamento de la tutela preventiva

3.1. Derecho a la tutela judicial efectiva. Referencia a la tutela jurisdiccional preventiva

En la actualidad se reconoce, en las constituciones contemporáneas, la existencia de un derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial⁸, el cual comprendería el derecho también fundamental a la tutela preventiva y que tiene directa incidencia sobre el legislador, obligándole a instituir las técnicas procesales capaces de permitir la tutela preventiva y sobre el juez, obligándole a interpretar las normas procesales de modo que no permita dejar de lado instrumentos que realmente viabilicen la concesión de la tutela de prevención⁹.

Este planteamiento está conectado con la aspiración que debe y puede tener toda persona a obtener realmente la tutela prometida por el Derecho material. En tal sentido, se ha afirmado que el proceso civil debe contar con mecanismos que vinculen la realidad de prevención del Derecho material¹⁰.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y por tanto, a una tutela preventiva, incide sobre el Estado y, por consiguiente, sobre el legislador y el juez. Para su realización, este derecho exige que el juez esté provisto de poder suficiente para desplegar la actividad de tutela, por lo que la ausencia de norma procesal instituidora de instrumento idóneo que lo permita,

⁶ Cfr. MOLINARI, A., ob. cit., p. 59.

⁷ *Supra*

⁸ Sobre este tema, en la doctrina nacional véase a BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “El derecho fundamental de acción; un intento de configuración en el orden constitucional chileno”, en *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, 2000, Tomo XLVIII, No. 3, p. 81-85.

⁹ Cfr. MARINONI, L., ob. cit., p. 35.

¹⁰ Cfr. PÉREZ, A., ob. cit., p. 215.

constituye un evidente obstáculo a la actuación de la jurisdicción¹¹. En este orden de ideas, frente a una justicia civil que se caracteriza, entre otros aspectos, por una excesiva duración de los procesos y por operar bajo el preconcepto de que sólo ante la existencia de un derecho lesionado puede postularse exitosamente el ejercicio de la actividad jurisdiccional¹², se ha afirmado en Chile que 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 propuesta en orden a atribuir al juez un poder inhibitorio general, que deba ser ejercido 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 procesal, 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 que emergen de la realidad social¹³.

Es en este contexto que hablamos de una tutela jurisdiccional preventiva, que supone la figura de un juez profiláctico, vale decir, que de algún modo se anticipe a la consumación del quebrantamiento, en sentido lato, del ordenamiento jurídico¹⁴. Pero lo que más nos interesa es una profilaxis específica, la que se materializa mediante una acción o pretensión, hablando con más rigor técnico, que tiende a evitar la consumación de daños, que pese a ser potenciales ya están generando un estado de riesgo en sí mismo perjudicial¹⁵.

3.2. Constitucionalización del Derecho privado

La prevención a la que nos venimos refiriendo forma parte integrante de una realidad jurídica amplia que dice relación con un cambio de orientación esencial en el Derecho y que por contraposición a la concepción patrimonialista que caracterizó a la codificación, persigue ante

¹¹ Ver MARINONI, LUIZ GUILHERME, “El derecho de acción en la Constitución brasileña”, en *Rev. Ius et Praxis*, Universidad de Talca, 2007, Vol. 13, No. 2, pp. 57-80.

¹² Cfr. PEYRANO, JORGE W., “Informe sobre las acciones preventivas”, en *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2002, No. 1, año 1, pp. 217-230.

¹³ Cfr. BORDALÍ, A., “Diversos significados...”, ob. cit., p. 61.

¹⁴ Sobre este sentido lato y algunas de sus manifestaciones, ver PEYRANO, J., op. cit., pp. 218-219.

¹⁵ *Ibidem*, p. 220.

todo la protección holística de la persona¹⁶. Así, la acogida de normas y principios del Derecho privado por la regla constitucional ha tenido como consecuencia el haber centrado la noción de persona en el individuo concreto. La incidencia directa de la norma constitucional ante el juez y la práctica, obliga a considerar esa visión concreta de la persona y, por ende, a concebir el funcionamiento del orden jurídico en torno a ella de forma que los atributos de la misma surgen como límites a cualquier Derecho y como elemento a considerar en su interpretación¹⁷.

De acuerdo a lo señalado, el principio de protección integral, reconocido en los textos constitucionales y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, no sólo justifica sino que hace necesario el desarrollo de una tutela preventiva de orden civil.

3.3. Institución de la responsabilidad civil o del Derecho de daños. Referencia a la responsabilidad preventiva¹⁸.

Se ha afirmado que quizás convenga incluir una nueva alternativa a la estructura clásica de la responsabilidad civil resarcitoria, restitutiva y punitiva, a saber la responsabilidad preventiva¹⁹. El esquema tradicional de responsabilidad tiene por finalidad reparar daños que ya han ocurrido mediante el “mecanismo de transferencia del costo de daño que consiste en la responsabilidad civil. Se trata de una responsabilidad jurídica que mira siempre al pasado: el hecho del autor, la relación de causalidad, el daño producido”²⁰.

Frente a esto, una tendencia internacional está propiciando una reformulación del objetivo de la responsabilidad civil para comprender en ella la función preventiva como elemento anticipatorio de la reparación de un daño, lo que está ligado con la toma de conciencia de la

¹⁶ Ver más en MOLINARI, A., ob. cit., pp. 182-184.

¹⁷ Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, “Aspectos de la constitucionalización del Derecho civil chileno”, en *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, 1996, Tomo XCIII, No. 3, p. 107-137.

¹⁸ Sobre este tema CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, lección séptima, pp. 355-363 y PINO SILVA, NÉSTOR, “La responsabilidad preventiva”, en *Rev. de Estudios Ius Novum*, publicación de los alumnos de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, No. 2, pp. 243-267.

¹⁹ Cfr. PÉREZ, A., ob. cit., p. 214.

²⁰ CORRAL, H., ob. cit. p. 355.

irreversibilidad de ciertos daños, como los referidos a bienes extrapatrimoniales y al medio ambiente, entre otros²¹.

Por otra parte, los modernos movimientos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales han sentado las bases de lo que se ha denominado Derecho de daños o teoría general de la reparación que se caracteriza, en general, por la unificación de los regímenes de responsabilidad en torno al daño injusto como elemento central del fenómeno resarcitorio, así como por analizar el fenómeno del daño desde el punto de vista de quien lo ha sufrido y no desde el punto de vista del dañador, es decir, el énfasis cambia del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido. Además, se deja atrás la noción de culpa como factor de atribución subjetivo para dar paso a otros factores de carácter objetivo.²² En este ámbito, también se ha comenzado a poner el acento en el desarrollo de la prevención y evitación de los daños como la forma más lógica y deseable de proceder en la protección de los derechos e intereses de la persona, sobre todo si son irreparables. En este sentido, Molinari estructura el concepto de tutela preventiva al interior del Derecho de daños, como una institución autónoma a la responsabilidad civil que necesariamente la precede y la complementa en el tiempo²³.

²¹ *Ídem*.

²² Cfr. MOLINARI, A., ob. cit., pp. 15-53.

²³ *Ibidem* p. 181.

II. HERRAMIENTAS PROCESALES QUE OTORGAN TUTELA PREVENTIVA

En esta parte del trabajo y siguiendo a Peyrano²⁴, acotaremos nuestro análisis a la profilaxis específica, que dijimos es aquella que se materializa mediante una acción o pretensión que tiende a evitar la consumación de daños que, pese a ser potenciales, generan un estado de riesgo en sí mismo perjudicial. En este ámbito, la “acción preventiva” se presenta como una de las herramientas más adecuadas para hacer valer una tutela preventiva, sin perjuicio de que existan otras utilizables a igual fin²⁵, como es el caso de las medidas autosatisfactivas. Respecto de estas últimas, podemos decir que se trata de “un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”²⁶. Sobre ésta, volveremos más adelante.

1. La acción preventiva

1.1. Concepto

Acción preventiva es “aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción”²⁷.

²⁴ PEYRANO, J., ob. cit. También en “La acción preventiva”, en AA.VV., *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2004, t. XLII, pp. 181 a 244. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artaccionpreventiva> (Consulta: 31/05/2010)

²⁵ Sobre estas herramientas ver PEYRANO, J., ob. cit., “La acción...”, p.13.

²⁶ PEYRANO, JORGE., “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en Peyrano, Jorge (director), *Medidas Autosatisfactivas*, Ateneo de estudios del proceso civil, Editorial Rubinzal –Culzoni, Buenos Aires, 1997, p. 13.

²⁷ PEYRANO, J., ob. cit., “La acción...”, p. 11.

1.2. Clasificación

Pueden formularse al menos, las siguientes clasificaciones respecto de este tipo de acciones:

- a) Acciones preventivas urgentes y acciones preventivas sin peligro en la demora: las primeras están signadas con la inminencia de la producción efectiva del daño que por ahora es una mera amenaza, mientras que las segundas son aquellas donde la amenaza de daño no es inminente, sino una donde conforme al orden normal y corriente de las cosas transcurrirá un lapso apreciable hasta que el riesgo de daño pueda llegar a concretarse²⁸.
- b) Acciones preventivas indiferenciadas y acciones preventivas portadoras de una tutela especial: mientras que unas no apuntan a preservar derechos que reclamen una tutela especial por su acentuada trascendencia, como lo son aquellas acciones con contenido patrimonial, sobre derechos fungibles y cuyas condenas son susceptibles de ser ejecutables por terceros o de ser sustituidas dinerariamente sin mayores inconvenientes, las otras protegen derechos dignos de tutelas diferenciadas, que contienen de ordinario derechos extrapatrimoniales, cuyas condenas no son adecuadamente ejecutables por terceros ni sustituibles por prestaciones dinerarias²⁹.
- c) Acciones preventivas especiales y generales: según si tienen por objeto proteger de daños determinados o bien, respecto de cualquier daño que pueda sufrir una persona.
- d) Acciones preventivas de base constitucional o legal: atendido a su reconocimiento de rango constitucional o de rango legal.
- e) Acciones preventivas con tramitación específica o sin tramitación específica: se clasifican de esta manera según si la acción de que se trate tiene predeterminado un procedimiento para su tramitación o no.
- f) Acciones preventivas populares o individuales: atendiendo a la legitimación activa.

²⁸ Cfr. PEYRANO, J., ob. cit., “La acción...”, p. 20.

²⁹ *Ibidem*, pp. 20-21.

1.3. Finalidad

Es posible distinguir entre la finalidad inmediata de las acciones preventivas, que es la obtención de órdenes judiciales de hacer o de no hacer en sentido lato, de la finalidad mediata de este tipo de acciones, cuyo contenido puede ser muy variado, a saber cesar, paralizar, impedir su continuación, rectificar, morigerar los defectos nocivos ya en curso, evitar la repetición de daños ya ocurridos, etc.³⁰ Respecto de la finalidad inmediata, la acción de tutela preventiva dice relación con una especial forma de acción de condena, a través de la cual se permite la adopción de medidas necesarias para evitar la consumación de un daño eventual³¹.

1.4. Requisitos

El requisito principal viene dado por la amenaza de daño, entendida como una situación de hecho actual que objetivamente aparezca como idónea para generar un daño en el futuro, haciendo nacer así en el potencial afectado un interés en obrar suficiente para estar en condiciones de promover una acción preventiva y conseguir una sentencia de mérito sobre el particular³².

Cabe preguntarse si la ilicitud de la conducta del legitimado pasivo constituye un requisito de la acción preventiva. Para dar una respuesta, debemos ir al ámbito del Derecho de daños, en el que es posible apreciar dos tendencias: una que nos dice que la conducta debe ser ilícita desde un punto de vista objetivo, es decir, supone la disconformidad del acto con el Derecho objetivo, independientemente de las circunstancias concernientes al sujeto, frente a otra postura que excluye la ilicitud o antijuridicidad, entendiendo que es injusto que la víctima del daño deba soportarlo, aún cuando éste provenga de actos lícitos. Llevando este análisis a la tutela preventiva, podemos señalar que pareciera ser más apropiado mantener el requisito de la antijuridicidad, tomando en consideración que, en general, el itinerario del daño se encuentra todavía en una fase preparatoria, de tal manera que exigir la concurrencia de la ilicitud en los términos en que la hemos definido, resulta lógico con el objeto de proteger, en este caso

³⁰ *Ibidem*, pp. 21.

³¹ Cfr. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *Curso de Derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, t. I, p. 46.

³² Cfr. PEYRANO, J., ob. cit., “La acción...”, p. 21.

acertadamente, la libertad de las personas, más precisamente del demandado o legitimado pasivo de esta acción³³.

En lo que respecta a la exigencia de dolo o culpa, por tratarse estos de factores de atribución de daños en el esquema clásico de responsabilidad resarcitoria, podemos decir que ningún rol les cabe si lo que se persigue es prevenir el daño. Es más, como veremos más adelante, este resabio de la responsabilidad civil que dijimos se ha visto superado por las nuevas normas del Derecho de daños, de ser exigible para el ejercicio de este tipo de acciones, echaría por tierra todas las pretensiones que puedan tenerse de una tutela preventiva rápida y efectiva, si aquel que reclama la protección tiene que probar culpa, por lo que esa exigencia se muestra absolutamente incompatible con el amparo anticipatorio que hemos configurado³⁴.

1.5. Procedimiento

En cuanto al procedimiento de las acciones preventivas, la doctrina estima necesario construir un procedimiento autónomo³⁵, necesidad que se muestra particularmente acuciante cuando se trata del ejercicio de las acciones preventivas portadoras de una tutela especial, que tienden a proteger de eventuales y futuras afectaciones a derechos que hoy poseen una singular trascendencia. También hay acuerdo en que el ejercicio de las acciones preventivas debe generar procesos de conocimiento, basados en un trámite comprimido, preferente y expeditivo, sugiriéndose el más breve que regule el pertinente sistema procesal si es que no se opta por el diseño de un trámite *ad hoc*³⁶.

Estimamos que el procedimiento que se construya debe corresponder a un proceso de urgencia³⁷, cuya teoría general se ha elaborado a partir del régimen de las medidas cautelares y

³³ Cfr. MOLINARI, A., ob. cit., pp. 59-63.

³⁴ *Ibidem*, p. 215.

³⁵ Cfr. PEYRANO, J., ob. cit., “La acción...”, p. 23.

³⁶ *Ibidem*, p. 24.

³⁷ Sobre la tutela de urgencia, véase PEÑA ADASME, ANDRÉS, “El recurso de protección bajo los criterios de la tutela de urgencia”, en *Rev. de Estudios Ius Novum*, publicación de los alumnos de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, No. 2, pp. 219-230.

que fija como supuestos por una parte, la situación de peligro y por otra, cierto grado en la evidencia de la reclamación³⁸.

1.6. Sentencias que admiten acciones preventivas. Medidas que puede adoptar el juez.

Como ya adelantábamos, las sentencias que resuelven hacer lugar a acciones preventivas y dan finiquito al proceso respectivo son de condena, toda vez que con fuerza definitiva imponen un hacer o un no hacer, a diferencia de las acciones meramente declarativas que se limitan a disipar una incertidumbre jurídica sin forzar el cumplimiento de prestación alguna³⁹.

En este ámbito, las medidas que puede disponer el juez en la sentencia que se dicte son múltiples, que pueden variar en intensidad de acuerdo al derecho que se reclama proteger como a la naturaleza de la amenaza de que se trate.

2. Instrumentos jurídicos de tutela preventiva en el ordenamiento jurídico chileno

Sin perjuicio de otros mecanismos preventivos que puedan existir en nuestro sistema jurídico, acotaremos nuestro análisis a los mecanismos que es posible reconocer tanto en nuestra Carta Fundamental como en el Código Civil.

2.1. El recurso de protección

Una de las formas más acentuadas de constitucionalización del Derecho civil ha estado determinada por el desarrollo de la tutela dispensada por el recurso de protección, que de conformidad con el art. 20 de nuestra Constitución Política, procede para amparar los derechos fundamentales que señala, en caso de privación, perturbación o amenaza de actos u omisiones arbitrarias o ilegales⁴⁰. Es la posibilidad de dispensar tutela preventiva -de base constitucional-

³⁸ *Ibidem*, pp. 220-222.

³⁹ Cfr. PEYRANO, J., ob. cit., “La acción...”, p. 24.

⁴⁰ Cfr. MOLINARI, A., ob. cit., p. 185.

frente a la amenaza de daño a un derecho amparado por el recurso, lo que convierte a la protección en una eficaz herramienta de la prevención a la que nos hemos venido refiriendo, al determinar su procedencia frente al primer grado de afectación posible de un derecho⁴¹.

Sin embargo, teniendo en cuenta los problemas que se vislumbran en cuanto a su procedencia general⁴² como las discusiones doctrinales y jurisprudenciales relativas a su naturaleza jurídica⁴³, en lo que respecta a la tutela preventiva también se manifiestan estas dificultades en su aplicación, debiendo agregar aquella dificultad que dice relación con la extensión de su aplicación que sólo procede frente a la afectación de ciertos derechos.

2.2. Situación en el Código Civil

En este ámbito podemos encontrar las siguientes posibilidades preventivas, a saber:

- a) Situación de algunos interdictos posesorios⁴⁴. Las denuncias de obra nueva (arts. 930 y 931) y de obra ruinoso (arts. 932 y 935), al igual que las demás acciones posesorias dirigidas a precaver un daño, como las de los arts. 937 y 941, serían acciones preventivas⁴⁵, toda vez que se trata de acciones posesorias que cautelan preventivamente el goce de un derecho real o el acaecimiento de un daño a las personas o a las cosas⁴⁶. Se caracterizan por tener delimitada una tramitación específica determinada por el legislador (procedimiento sumario) así como un ámbito de aplicación restringido a los supuestos de hecho establecidos en las normas que las consagran.
- b) Acción preventiva del inciso primero del art. 75. Nos referimos a la protección a la vida de aquel que está por nacer, en que el legislador le ha impuesto al juez un claro deber de intervenir en favor de la vida del nonato, deber que le obliga, ya sea a instancia de

⁴¹ En este mismo sentido, CORRAL, H., ob. cit., p. 361.

⁴² Un tratamiento actual del tema en PEÑA, A., ob. cit., pp. 230-234.

⁴³ *Ibidem*, pp. 234-236.

⁴⁴ Un análisis más detallado en MOLINARI, A., ob. cit., pp. 192-195.

⁴⁵ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 159 y 160.

⁴⁶ Así, BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 874.

cualquier persona o incluso de oficio, a adoptar todas las providencias que considere procedentes, si estima que existe algún peligro para la vida del niño. Procede ante un claro temor y su finalidad es evitar la consumación de un daño específico, en este caso, de un daño a la vida. Es una acción popular, sin perjuicio de que se autoriza al juez a actuar de oficio, el que deberá tomar cualquier medida que estime suficiente para dejar a salvo la vida del que está por nacer⁴⁷, las que estarán directamente relacionadas con la naturaleza de la amenaza de que se trate. En cuanto a la tramitación que debe dársele a esta acción, a falta de un procedimiento específico, puede aplicarse el sumario. Sin embargo, Molinari estima que, tratándose de una situación que merece una tutela jurisdiccional urgente, su tramitación no podrá ser otra que la de una medida autosatisfactiva⁴⁸. Es más, para Molinari esta figura sería una medida autosatisfactiva típica, es decir, específicamente destinada a dar tutela preventiva al derecho o interés que prescribe la norma legal⁴⁹.

- c) Acción preventiva del art. 2333. El artículo 2333 del CC dispone: “Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”. Analizaremos esta figura a continuación.

⁴⁷ Sobre las medidas que pueden adoptarse por el juez ver MOLINARI, A., ob. cit., p. 197.

⁴⁸ *Supra*.

⁴⁹ MOLINARI, A., ob. cit., p. 201.

III. ANÁLISIS DE LA ACCIÓN PREVENTIVA DEL ART. 2333 DEL CÓDIGO CIVIL.

Esta acción está ubicada en el título de XXXV del Libro IV del CC, titulado “De los delitos y cuasidelitos”. Su estudio ha sido tratado al interior de la responsabilidad civil extracontractual, es decir, como una institución integrante de la responsabilidad civil que se configura a partir de la noción de “daño contingente”. A continuación efectuaremos un análisis de la doctrina de los autores que ha tratado el tema, el que nos permitirá tomar partido acerca de cuál es su verdadera naturaleza así como conocer sus principales características, a fin de establecer cuál puede llegar a ser su real aplicación práctica, de fijarse un procedimiento determinado para su tramitación.

1. Presupuesto de daño contingente como fundamento de la acción

Una parte de la doctrina entiende que el daño contingente es una especie de daño eventual, el cual se contrapone al daño cierto. Así, Alessandri define al daño contingente como el “que puede suceder o no”⁵⁰, al igual que Corral⁵¹. Por su parte, Tapia llama daño contingente “al que puede o no producirse, y que consiste en la amenaza de perjuicio que, para personas determinadas o indeterminadas, entrañan ciertas situaciones especiales”⁵². Desarrollando el tema, este autor afirma que el daño contingente es una especie particular de daño eventual y no de daño futuro, ya que lo que caracteriza al daño contingente es la probabilidad de que el hecho que lo constituye se traduzca posteriormente en un daño efectivo, y esta probabilidad es propia del daño eventual y no del futuro, ya que en este último existe certeza de que el daño se producirá⁵³. Lo relevante de la distinción es la procedencia de la indemnización, ya que el daño eventual no es

⁵⁰ ALESSANDRI, A., ob. cit., p. 159.

⁵¹ CORRAL, H., ob. cit., p. 357.

⁵² TAPIA SUÁREZ, ORLANDO, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Lexis Nexis, 2ª edición, Santiago de Chile, 2006, p. 197.

⁵³ *Ibidem*, p. 198.

indemnizable, a diferencia del futuro que en ciertos casos puede llegar a serlo⁵⁴. Con una postura diferente aparece Rodríguez, para quien el daño eventual o hipotético es siempre futuro, atendiendo al momento en que se producirá (por contraposición al daño actual), que precisamente se diferencia del daño futuro cierto en que no existe una convicción razonable de que pueda llegar a producirse⁵⁵. Luego afirma que a su juicio, el daño eventual no comprende al daño contingente, ya que está constituido por un peligro que puede llegar a provocar un daño real y representa una probabilidad razonable y concreta de que llegue a producirse una lesión, es decir, no se trataría de una simple posibilidad⁵⁶. Este daño contingente no es un daño resarcible sino la forma de atajar una lesión al derecho o los intereses ajenos. En definitiva, no sería más que una fórmula administrativa para precaver la concreción de un daño que sí sería resarcible. En razón de esto, el concepto y tratamiento del daño contingente resulta original, ya que en la especie no existe un daño real, actual y concreto, sino una situación que amenaza la producción del daño. Así, lo especial del concepto de daño contingente es que se satisface con la sola posibilidad racional de que llegue a consumarse la pérdida, menoscabo, perturbación o molestia de un derecho subjetivo o un interés legitimado por el ordenamiento jurídico⁵⁷.

Estimamos que tal como expone Rodríguez, el daño contingente no es propiamente daño sino que se trata de la amenaza de que un daño pueda llegar a producirse con cierto grado de probabilidad. Más allá de las expresiones empleadas por la norma en comento, que bien pueden considerarse redundantes, la idea que subyace es precisamente esta: evitar un daño que aún no se ha verificado. Esto puede llevarnos a concluir que la figura en análisis no constituye una acción de responsabilidad, desde que no existe un daño consumado y por lo tanto, no surge derecho a una indemnización de perjuicios, afirmación con la que la mayoría de la doctrina está conteste⁵⁸,

⁵⁴ *Ibidem*, p. 196.

⁵⁵ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 285.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 285.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 286-289.

⁵⁸ En contra, PINO, N. ob. cit. pp. 251-253.

dejando a salvo lo dispuesto por el artículo 2334 del CC⁵⁹. En este sentido, Molinari afirma que “no creemos que sea conveniente, como se ha hecho tradicionalmente, definir al daño contingente en torno al daño eventual, por cuanto el daño eventual, o dicho de otro modo, la certidumbre del daño, viene a constituir un requisito para configurar responsabilidad civil, en términos que, dada la concurrencia de los demás elementos, hará procedente como consecuencia una indemnización de perjuicios compensatoria o reparatoria del daño sufrido”⁶⁰, razón por la cual estamos frente a una discusión de la cual puede perfectamente prescindirse⁶¹.

2. Legitimados de la acción

En cuanto a la legitimación activa, el art. 2333 concede acción popular si se amenaza a personas indeterminadas y acción individual si se pone en peligro a una persona determinada⁶².

- a) Acción popular. En términos generales, diremos que es aquella que puede ser ejercida por cualquier persona, no invocando un interés individual afectado sino uno colectivo o difuso vulnerado. De la lectura de la norma, parece claro que ella se funda en un interés difuso, toda vez que no hay ningún ápice de asociatividad previa entre los afectados, sino que pasan a agruparse por causa de la amenaza, aún cuando se trata de un tema discutible.
- b) Acción individual. Diremos que es aquella que detenta el directamente afectado por la amenaza y sólo él o sus representantes pueden ejercitarla buscando hacer que el legitimado pasivo sea obligado a hacer cesar el riesgo.

Respecto a la legitimación pasiva, el legitimado pasivo puede ser cualquier persona, natural o jurídica, incluyendo al Estado.

⁵⁹ Art. 2334 del CC: “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes, parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados”.

⁶⁰ MOLINARI, A., ob. cit., p. 204.

⁶¹ *Ídem*.

⁶² En este apartado seguimos a PINO, N., ob. cit., pp. 254-257.

3. Exigencia de culpa

La norma en comento exige expresamente que el daño contingente se deba a la imprudencia o negligencia de alguien. Si se acepta la tesis que la figura contemplada en el artículo 2333 corresponde a una acción de responsabilidad civil, entonces podría explicarse la exigencia de la culpa, aún cuando en el esquema clásico de responsabilidad resarcitoria ésta sea un factor de atribución de daños, y habiendo acordado previamente que en el ámbito de esta acción aún no se ha verificado lesión a derecho o interés alguno, no resulta posible afirmar que exista un daño efectivo que pueda ser atribuido a una acción u omisión imprudente o negligente de una persona. Es decir, no se justificaría su exigencia. El mismo argumento puede esgrimirse si la tesis que se sostiene es la de una acción preventiva autónoma a la responsabilidad civil, toda vez que constituiría un resabio de esta institución que viene a echar por tierra las pretensiones que puedan tenerse de una tutela preventiva rápida y efectiva, cuando aquel que reclama la protección tiene que probar la culpa.

Volviendo a la exigencia legal, este requisito supone que la amenaza deba corresponderse con una acción u omisión que al demandado le sea imputable. Lo que se dice de la culpa, con mayor razón se aplicará si el agente actúa dolosamente⁶³. Este elemento subjetivo determina que la acción no cubra las hipótesis en que el daño se deba a los riesgos que debemos tolerar por el hecho de vivir en sociedad⁶⁴.

Estimamos que para que esta acción y toda acción de carácter preventivo pueda otorgar la protección que dispensa, necesariamente debe eliminarse toda referencia a una exigencia de dolo o culpa.

⁶³ Cfr. CORRAL, H., ob. cit., p. 358.

⁶⁴ Cfr. BARROS, E., ob. cit., p. 874.

4. Características de esta acción a la luz de las clasificaciones de las acciones preventivas

4.1. Acción preventiva urgente

Ello, atendida la exigencia de daño contingente, que corresponde a una amenaza concebida como una posibilidad o peligro inminente de que una persona pueda llegar a ser perturbada o privada de un derecho o aún de un simple interés, entendiendo por perturbación la imposibilidad material parcial de gozar de ese derecho o interés y por privación la imposibilidad material total de ese goce⁶⁵.

4.2. Acción preventiva indiferenciada

Aún cuando esta categoría conceptualmente dice relación con la tutela de derechos que tienen un contenido patrimonial, puede predicarse respecto de la acción en estudio que permite proteger no sólo este tipo de derechos sino que también aquellos de contenido extrapatrimonial. Entonces se trata de una acción de tutela indiferenciada en el sentido que no es portadora de una tutela específica, ya que los términos en que fue concebida son muy amplios, pudiendo ejercerse no sólo frente a afectaciones de los derechos sino que también de los intereses legítimos de las personas. De esta manera, puede ejercitarse para la salvaguarda de los derechos de la personalidad, como el derecho a la propia imagen o el derecho a la honra; el propio derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, así como el derecho de propiedad⁶⁶.

4.3. Acción preventiva general

Es una acción general atendida que tienen por finalidad proteger a la persona respecto de cualquier tipo de daño a que pueda verse expuesta. Así, Alessandri ha afirmado que “como el artículo 2333 es suficientemente amplio -se refiere a todos los casos de daño contingente sin distinguir-, la acción que confiere puede ejercitarse cualquiera que sea la clase o naturaleza de daño que se teme. Así, quien teme un incendio por las chispas que arroja la chimenea de una

⁶⁵ Cfr. MOLINARI, A., ob. cit., p. 204.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 207-201.

fábrica vecina, puede pedir que se obligue al dueño de la fábrica a dotarla del respectivo canastillo; quien teme una inundación por el desborde o ruptura de un cauce, que se obligue al propietario a tomar las medidas para evitarla, etc.”⁶⁷.

4.4. Acción preventiva sin tramitación específica

La acción preventiva del artículo 2333 no tiene asignado un procedimiento especial para su tramitación, a diferencia de lo que ocurre tratándose de los interdictos posesorios ya analizados. Las posibles soluciones vislumbradas por los autores son las siguientes:

- a) Aplicar el mismo procedimiento ordinario ante los jueces con jurisdicción civil contemplado para la acción de responsabilidad por daño causado, o bien, el procedimiento sumario⁶⁸. La crítica a esta alternativa surge de inmediato, aún tratándose del procedimiento sumario, debido a que la finalidad de esta acción en impedir que se consume un daño que encuentra en estado de amenaza o peligro inminente, impone necesariamente para ser eficaz y efectiva una tramitación urgente y no sólo sumaria como la del art. 680 y siguientes del CPC.
- b) Aplicación de medidas de urgencia bajo la forma de las medidas precautorias innominadas del art. 298 del CPC, como una “cautela anticipatoria del derecho pretendido”⁶⁹. Consideramos que no es el mecanismo idóneo, toda vez que la comprensión tradicional de las medidas precautorias como providencias de carácter asegurativo ha impedido que el juez chileno extienda su aplicación a una finalidad de orden anticipativo, situación que en definitiva no nos permite afirmar indubitadamente la eficacia de este mecanismo procesal para una tutela efectiva de los derechos e intereses cuya lesión fundadamente se teme⁷⁰, a menos que se produjera un cambio en la

⁶⁷ ALESSANDRI, A., ob. cit., p. 159.

⁶⁸ Así, CORRAL, H., ob. cit., p. 360.

⁶⁹ De esta opinión, BARROS, E., ob. cit., p. 795 y 875.

⁷⁰ Cfr. BORDALÍ, A., “Diversos significados...”, ob. cit., pp. 51-66.

interpretación tradicional de dichas medidas⁷¹, que es precisamente lo que se postula a nivel de la doctrina nacional e internacional, en el marco del aumento de las facultades procesales del juez en el Estado constitucional de Derecho⁷².

- c) Darle la tramitación de una medida autosatisfactiva⁷³, esto es, de “una solución urgente, no cautelar y autónoma, despachable *in extremis*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano jurisdiccional. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial”⁷⁴. Las características fundamentales de estas medidas son: ejecutabilidad inmediata, mutabilidad o flexibilidad, sin instrumentalidad, ni provisionalidad, existencia de peligro en la demora y que se decreta por existir una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no a la simple verosimilitud⁷⁵. Las principales críticas a estas medidas son: que incurren en notables infracciones al debido proceso y que debieran tener un texto expreso que contemple su carácter claramente excepcional, lo que no sucede⁷⁶.
- d) Por último, establecer un procedimiento general de urgencia, siguiendo una tendencia generalizada en el derecho comparado, que permita cautelar provisoriamente el interés de la víctima, a condición de que los antecedentes muestren que la pretensión tiene fundamento plausible y que de la demora se siga la posibilidad cierta que su interés pueda verse seriamente amenazado⁷⁷.

⁷¹ Proponiendo una interpretación que comprenda la tutela anticipativa, MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 470.

⁷² *Ibidem*, pp. 83 a 91.

⁷³ En este sentido, MOLINARI, A., *ob. cit.*, pp. 210-214.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 212.

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ Así, PINO, N., *ob.cit.*, p. 259.

⁷⁷ BARROS, E., *ob.cit.*, p. 876.

De acuerdo a lo recién examinado, consideramos que lo más apropiado al ejercicio de esta acción, atendida su finalidad y habida consideración de su carácter de instrumento integrante de una tutela preventiva de orden general, es instaurar en nuestro ordenamiento jurídico un proceso general de urgencia, creado ya sea bajo los criterios de una medida autosatisfactiva en los términos analizados o bajo la forma de un procedimiento de urgencia de tipo sumario⁷⁸. Este último se caracteriza por una cognición sumaria con medios de prueba más reducidos que una tutela ordinaria. Hablamos de una tutela sumaria que supone una reducción meramente cuantitativa de la cognición, en que el contradictorio es 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. Corresponde al legislador optar por uno u otro medio de tutela urgente, según concurran 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 debido proceso⁷⁹.

Mientras tal procedimiento de urgencia no se establezca por la vía legislativa, planteamos la necesidad de que a nivel de nuestra judicatura se comiencen a interpretar las normas procesales de manera de no dejar de lado una tutela preventiva de los derechos, teniendo siempre en consideración la garantía a la efectividad de la tutela judicial que debe otorgar el Estado a través de la jurisdicción.

⁷⁸ Cfr. BORDALÍ, A., “El derecho fundamental...”, ob. cit., p. 212-213.

⁷⁹ Cfr. BORDALÍ, A., “Diversos significados...”, ob. cit., p. 66.

CONCLUSIONES

1. Hoy en día es posible afirmar que existe una tutela preventiva de los derechos que se estructura a partir del principio general de la prevención del daño y que se caracteriza por conceder la protección del ordenamiento jurídico antes de que se produzca un daño en la esfera de los derechos o intereses legítimos de las personas. Este cambio de la clásica tutela represiva a una de tipo preventivo está muy relacionado con el fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, cuyo énfasis está puesto en la persona y en el resguardo de sus derechos.
2. Esta protección encuentra su fundamento normativo en el derecho a la tutela judicial efectiva que tiene en la actualidad un rango constitucional, siendo una de sus manifestaciones precisamente la tutela preventiva, por lo que constituye un imperativo que el Estado debe no sólo respetar sino que también debe permitir, fijando a través del legislativo las técnicas procesales de tutela preventiva.
3. En cuanto a la actividad jurisdiccional del Estado, la concreción de esta tutela exige que los jueces estén provistos de las atribuciones suficientes para desplegar la actividad de protección. Se habla así de un juez profilático, que frente al ejercicio del derecho de acción pueda tomar las medidas necesarias para evitar la consumación de daños.
4. Se ha propuesto por alguna doctrina que el instituto de la prevención debe construirse a partir de la responsabilidad preventiva, reformulando toda la estructura de la responsabilidad civil. Otros hablan de un Derecho de daños.
5. Tratándose de herramientas jurídicas que permiten a una persona obtener tutela preventiva mediante el ejercicio del derecho de acción, sin perjuicio de otros mecanismos como las llamadas medidas autosatisfactivas, la acción preventiva se vislumbra como la herramienta más apropiada para ese fin, por cuanto el procedimiento a que debe dar lugar se trata de uno de conocimiento, basado en un trámite comprimido, preferente y expeditivo y en caso de ser acogida la acción, el juez podrá adoptar las medidas necesarias para evitar el daño de que se trata.

6. En nuestro sistema jurídico es posible encontrar este tipo de instrumentos tanto en la Constitución Política como en el CC. Se trata del recurso de protección, algunos interdictos posesorios, la acción del inciso 1° del art. 75 y la acción preventiva del art. 2333, estos tres últimos regulados en el CC.
7. Tratándose de la acción del art. 2333 del CC, podemos afirmar que se trata de una acción preventiva que tiene como presupuesto el daño contingente, entendido como una amenaza de que podrá producirse un daño con un cierto grado de probabilidad, que por lo tanto, no obstante la expresión empleada no estamos frente a un daño. Esto nos lleva a concluir que esta acción no integra la responsabilidad civil, por cuanto ésta se estructura en base a la verificación de un daño que atribuido a la conducta dolosa o culpable del sujeto activo, deba ser resarcido. No obstante ello, la exigencia de la culpa como elemento subjetivo que debe concurrir en el agente, precisamente como factor de atribución del daño, nos lleva a afirmar que la pretensión de prevención querida incluso por el propio legislador se ve diluida cuando el sujeto activo tiene que probar la culpa del sujeto pasivo. Es por eso que sostenemos que debe eliminarse la culpa como elemento de esta acción y respecto de toda otra acción preventiva.
8. En cuanto a la tramitación que ha de dársele a esta acción, al no tener asignado un procedimiento especial, y determinada la falta de idoneidad del procedimiento declarativo ordinario, del sumario y lo que puede predicarse respecto de la aplicación de medidas de urgencia bajo la forma de medidas precautorias innominadas como cautela anticipatoria del derecho pretendido, se evidencia claramente la necesidad de establecer un procedimiento de urgencia para su tramitación, que bien puede adoptar la forma de una medida autosatisfactiva o bien, la de un procedimiento de urgencia de tipo sumario, que revista las características mínimas para otorgar no sólo una tutela preventiva sino que más aún, una tutela judicial efectiva de los derechos de las personas. En tal sentido, será el legislador el que deberá optar por una u otra alternativa. Mientras ello no ocurra y en el contexto de la exigencia de una tutela jurisdiccional de tipo preventiva, serán los jueces quienes tendrán que dar cabida a esta protección especial, basada en la evitación de los daños, por la vía de interpretar las normas procesales y sustantivas en torno al concepto de persona.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “El derecho fundamental de acción; un intento de configuración en el orden constitucional chileno”, en *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, 2000, Tomo XLVIII, No. 3, p. 81-85.
- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *Rev. de Derecho*, Universidad Austral, Valdivia, dic. 2001, Vol. 12, No. 2, pp. 51-66.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, “Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno”, en *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, 1996, Tomo XCIII, No. 3, p. 107-137.
- MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- MARINONI, LUIZ GUILHERME, “El derecho de acción en la Constitución brasileña”, en *Rev. Ius et Praxis*, Universidad de Talca, 2007, Vol. 13, No. 2, pp. 57-80.
- MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutela específica de los derechos*, trad. Aldo Zela Villegas, Palestra Editores, Lima, 2008.
- MOLINARI VALDÉS, ALDO, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, Lexis Nexis, Santiago, 2004.

- PEÑA ADASME, ANDRÉS, “El recurso de protección bajo los criterios de la tutela de urgencia”, en *Rev. de Estudios Ius Novum*, publicación de los alumnos de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, No. 2, pp. 219-230.
- PÉREZ RAGONE, ALVARO, “La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución”, en *Rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1er semestre de 2007, No XXVIII, pp. 207-234.
- PEYRANO, JORGE W., “Informe sobre las acciones preventivas”, en *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2002, No. 1, año 1, pp. 217-230.
- PEYRANO, JORGE W., “La acción preventiva”, en AA.VV., *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2004, t. XLII, pp. 181 a 244. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artaccionpreventiva> (Consulta: 31/05/2010)
- PEYRANO, JORGE W., “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en Peyrano, Jorge (director), *Medidas Autosatisfactivas*, Ateneo de estudios del proceso civil, Editorial Rubinzal –Culzoni, Buenos Aires, 1997, p. 13-26.
- PINO SILVA, NÉSTOR, “La responsabilidad preventiva”, en *Rev. de Estudios Ius Novum*, publicación de los alumnos de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, No. 2, pp. 243-267.
- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *Curso de Derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, t. I.
- TAPIA SUÁREZ, ORLANDO, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Lexis Nexis, 2ª edición, Santiago de Chile, 2006.