

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

¿CUÁNDO DEBE DECRETARSE UNA MEDIDA CAUTELAR?

**LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU
PRUEBA EN EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY DE TRIBUNALES DE
FAMILIA**

ANDRÉS PEÑA ADASME

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PROFESOR GUÍA: CLAUDIO MENESES PACHECO.

VALPARAÍSO
SEPTIEMBRE DE 2011

INDICE

Introducción	5
1. Los presupuestos de las medidas cautelares y su prueba.....	5
2. Normativa de referencia.....	7
I. Primer presupuesto necesario para decretar una medida cautelar:	
<i>periculum in mora</i>	9
1. El <i>periculum in mora</i> según la doctrina procesal.....	10
1.1 ¿Qué es el <i>periculum in mora</i> ?.....	10
1.2 <i>Periculum in mora</i> como fundamento de las medidas cautelares. Concepción tradicional y concepción dinámica de la tutela cautelar..	11
1.3 Tipos de <i>periculum in mora</i> : peligro de infructuosidad y peligro de tardanza.....	14
1.4 Relación entre el tipo de peligro y el contenido de la resolución cautelar.....	15
1.5 Formas de configurar legalmente el <i>periculum in mora</i>	16
2. Recepción del <i>periculum in mora</i> en Chile.....	18
2.1 Noción de <i>periculum in mora</i> en la doctrina nacional.....	19
2.2 ¿Qué tipos de <i>periculum in mora</i> se reconocen en Chile?.....	21
2.3 Configuración del <i>periculum in mora</i> en el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia.....	22
3. El <i>periculum in mora</i> consiste en hechos presentes o pasados.....	22
4. Grado de cognición o conocimiento respecto del <i>periculum in mora</i>	25
II. Segundo presupuesto necesario para decretar una medida cautelar:	
<i>fumus boni iuris</i>	28
1. El <i>fumus boni iuris</i> en la doctrina procesal.....	28
1.1 Concepto de <i>fumus boni iuris</i>	28
1.2 Función del <i>fumus boni iuris</i> como presupuesto de las medidas cautelares.....	30

1.3	Dispersión terminológica relativa al <i>fumus boni iuris</i>	31
1.4	Formas de configurar legalmente el <i>fumus boni iuris</i>	33
2.	Recepción del <i>fumus boni iuris</i> en Chile	
2.1	Noción de <i>fumus boni iuris</i> en la doctrina nacional.....	34
2.2	Configuración del <i>fumus boni iuris</i> en el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia.....	35
3.	¿Cómo debe entenderse el <i>fumus boni iuris</i> ? Nuestra opinión.....	36
3.1	Pretensión. (Situación jurídica cautelable).....	36
3.2	Grado de cognición o conocimiento.....	38
a.	Confusiones recurrentes.....	38
b.	Distinciones necesarias: diferentes ámbitos o rubros de la prueba judicial.....	39
c.	¿En qué consiste este grado de cognición o conocimiento?.....	42
i.	No es efectivo que en el proceso de fondo se alcance la certeza respecto de los hechos.....	43
ii.	Verosimilitud y probabilidad no son lo mismo.....	44
iii.	¿Qué quiere decir que en el ámbito de las medidas cautelares se exija un grado de cognición o conocimiento menor al del proceso de fondo?.....	50
d.	El grado de cognición o conocimiento sobre los aspectos jurídicos de la pretensión.....	52

III. Caución o contracautela: ¿Constituye realmente un presupuesto para decretar una medida cautelar?.....

1.	La caución o contracautela en la doctrina procesal.....	55
1.1	Concepto de caución.....	55
1.2	Función de la caución en el sistema cautelar.....	56
1.3	La caución y el sistema de responsabilidad.....	57
a.	¿Cuándo es deseable la caución?.....	58
b.	Problemas de la caución.....	58
2.	Recepción de la caución o contracautela en Chile.....	60

2.1	La caución en el sistema procesal civil chileno.....	60
2.2	La caución según la doctrina nacional.....	61
3.	La caución como presupuesto de las medidas cautelares.....	63

IV. ¿Cuándo debe decretarse una medida cautelar? Elementos a

Considerar.....	67
1. Responsabilidad <i>versus</i> control judicial.....	67
1.1 El sistema de responsabilidad.....	67
1.2 El sistema de control judicial.....	68
1.3 Ventajas comparativas del sistema de responsabilidad.....	69
2. El grado de control judicial.....	71
2.1 El objeto del control judicial y su relación con el grado de control...	71
2.2 Diferentes grados de control judicial.....	71
2.3 Determinación del grado de control judicial.....	73
3. El estándar de prueba en sede cautelar.....	74
3.1 ¿Qué es un estándar de prueba?.....	74
3.2 El estándar de prueba en el proceso principal: la probabilidad prevalente o el “más probable que no”.....	76
3.3 El estándar de prueba tratándose de medidas cautelares.....	78
a. El estándar de prueba tratándose del <i>periculum in mora</i>	78
e. El estándar de prueba tratándose del <i>fumus boni iuris</i>	79
3.4 El estándar de prueba cautelar y su aplicación a las medidas cautelares en materias de familia. Artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia.....	81
4. El momento de la decisión.....	85
Conclusiones.....	87
Bibliografía.....	89
Jurisprudencia.....	94

INTRODUCCIÓN

1. Los presupuestos de las medidas cautelares y su prueba

Constituye un lugar común en la doctrina procesal que se ocupa de la tutela cautelar afirmar que las medidas cautelares deben decretarse cuando concurren dos presupuestos: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Estos constituyen los presupuestos indiscutidos de las medidas cautelares. Sin embargo, los problemas y discrepancias aparecen cuando se trata de determinar a qué nos referimos cuando hablamos de *periculum in mora* y de *fumus boni iuris*, y cuándo se entienden acreditados ambos presupuestos en el caso concreto para servir de fundamento a la dictación de una medida en particular.

Para dar respuesta a la pregunta que encabeza esta investigación: ¿Cuándo debe decretarse una medida cautelar?, será necesario desentrañar qué debemos entender por *periculum in mora* y *fumus boni iuris* y en segundo lugar, será necesario determinar cuándo se entienden acreditados ambos presupuestos para efectos de decretar una medida cautelar en un caso particular.

Por esta razón el presente trabajo de investigación tendrá por objeto dos cuestiones que se encuentran estrechamente relacionadas entre si, los presupuestos de las medidas cautelares y su prueba.

Los problemas y dificultades que se observan en el análisis de los presupuestos de las medidas cautelares pueden ser muchos y de muy diversa índole, los cuales no vale la pena siquiera enunciar en este lugar. Sin embargo, existe un problema que puede ser relevante para comprender las complejidades propias de la decisión cautelar el cual está estrechamente vinculada con el enfoque adoptado en esta investigación.

Como afirma Tavolari Oliveros “...el problema de la cautela es un problema de prueba”.¹ Gran parte de los aspectos involucrados en la decisión cautelar está referido a aspectos probatorios. El problema es que la doctrina procesal en general, y tratándose de las medidas cautelares en particular, aborda la problemática probatoria desde una perspectiva estrictamente jurídica, agotando el análisis exclusivamente en las normas que regulan las

¹ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “Facultades económicas de los litigantes y cautela judicial”, en *El proceso en acción*, Libromar, Valparaíso, 2000, p. 368.

medidas cautelares sin entrar al análisis de otros aspectos probatorios cuyo análisis se proyecta más allá de las normas jurídicas.

Sin embargo, existe otro enfoque metodológico que permite eludir estas críticas y que permite abordar los diferentes aspectos de la problemática probatoria. Esta corriente doctrinaria ha venido a denominarse como “concepción racionalista” o “tradición cognocitivista” de la prueba judicial. Autores tales como Michele Taruffo en Italia, Marina Gascón y Jordi Ferrer en España o William Twining en Estados Unidos, son fieles exponentes de esta corriente de pensamiento. Estos autores se destacan por dejar atrás el enfoque tradicional que abordaba la prueba desde un punto de vista estrictamente jurídico, para avanzar hacia el estudio de los aspectos epistemológicos, lógicos o psicológicos que están relacionados con la prueba judicial. Por nuestra parte consideramos que este constituye el enfoque correcto para abordar los diferentes aspectos probatorios de las medidas cautelares, razón por la cual en lo que sigue de este trabajo adoptaremos una concepción racionalista de la prueba judicial.

Esta doctrina ha puesto su atención fundamentalmente en la prueba de los hechos que forman parte del objeto principal del pleito. Aquellos hechos necesarios para fundamentar la sentencia de fondo. Sin embargo, respecto a los aspectos probatorios de las decisiones que se adoptan durante el transcurso del juicio, es muy poco lo que se ha estudiado. Por esta razón resulta interesante el estudio de la prueba de los hechos necesarios para fundar una decisión adoptada durante el transcurso del juicio, como por ejemplo, la dictación de una medida cautelar. En este sentido, nuestro trabajo tiene como aspiración analizar de qué manera los desarrollos más modernos referidos a la prueba judicial se articulan o ajustan tratándose de la dictación de una medida cautelar.

Ahora bien, se debe dejar en claro que por las limitaciones propias de este trabajo no estaremos en condiciones de cuestionar o validar los planteamientos propios de la concepción racionalista de la prueba judicial, de manera que estos se tomaran como elementos dados. Es decir, se adoptaran como premisas para efectos de responder los problemas propios de nuestra investigación.

2. Normativa de referencia

Para efectos de limitar nuestro trabajo, esta investigación tomará como referencia el artículo 22 de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, pues es la primera norma en Chile que expresamente habla de peligro de la demora y verosimilitud del derecho.

Este artículo regula las medidas cautelares bajo el nombre de “potestad cautelar”. Los presupuestos² necesarios para su dictación están contemplados en el inciso primero de dicho artículo. Esta norma establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedente”. Esta disposición está ubicada en el párrafo segundo del título tercero de la ley, relativo a las reglas generales de procedimiento, de manera que esta disposición es de aplicación general. Es decir, es aplicable a cualquier tipo de medida cautelar que se adopte en el contexto de los procedimientos seguidos ante los Tribunales de Familia.

La Ley de Tribunales de Familia también contempla otras normas referidas a las medidas cautelares. El artículo 71 regula las medidas cautelares especiales en el procedimiento de aplicación de medidas de protección. Por su parte, el artículo 92 regula las medidas cautelares en el procedimiento relativo a actos de violencia intrafamiliar. Sin embargo, en lo que se refiere a los presupuestos para la dictación de una medida cautelar, estas normas no contemplan ninguna regla especial. Por esta razón, nuestra atención se centrará en los presupuestos a que hace referencia el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia.

² Para referirse al *periculum in mora* y al *fumus boni iuris*, en doctrina se suelen utilizar indistintamente expresiones tales como “presupuestos”, “requisitos”, “condiciones”, “elementos”, etc., Sin embargo, coincidimos con Ramos Romeu, quien considera que “el concepto de presupuesto parece el más adecuado para designar a los elementos necesarios para decretar una medida cautelar”. Véase RAMOS ROMEU, FRANCISCO, *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, Atelier, Barcelona, 2006, nota 1295, pp. 422 y 423. Fuera del ámbito de las medidas cautelares la doctrina distingue claramente entre presupuestos, requisitos y condiciones del acto. La referencia obligada es FENECH, MIGUEL, *Derecho procesal penal*, Editorial Labor S. A., 2ª ed, Barcelona, 1952, vol. I, pp. 599 y ss.

Esta norma tiene la particularidad de ser la primera norma en Chile que se refiere a los presupuestos de las medidas cautelares con los nombres que le son propios: peligro de la demora y verosimilitud del derecho. Fuera de la Ley de Tribunales de Familia, también se exige la concurrencia de estos presupuestos, sin embargo, se utilizan otras denominaciones.³

Para poder determinar cuándo se debe decretar una medida cautelar, lo primero que debemos hacer es tener claridad respecto al contenido de cada uno de los presupuestos necesarios para su concesión. De esta manera el estudio y análisis de los presupuestos parece ineludible. La primera parte de esta investigación tiene por objeto determinar en qué consiste el *periculum in mora* (capítulo I) y el *fumus boni iuris* (capítulo II). Además, aún cuando no la consideramos un presupuesto de las medidas cautelares, se abordará también el estudio de la caución (capítulo III). Una vez determinado en que consiste, cada uno de sus presupuestos, será necesario determinar en el caso concreto, cuándo se debe decretar una medida cautelar desde el punto de vista probatorio (capítulo IV).

³ Por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil exige que se acompañen comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

I. PRIMER PRESUPUESTO NECESARIO PARA DECRETAR UNA MEDIDA CAUTELAR: *PERÍCULUM IN MORA*

El artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia faculta al juez para decretar medidas cautelares siempre que tome en cuenta, entre otras cosas, el peligro en la demora que implica la tramitación del juicio. El peligro en la demora corresponde a lo que en doctrina se conoce como *periculum in mora*, que es el primer presupuesto indiscutido para la adopción de medidas cautelares.

Las medidas cautelares surgen para combatir los problemas del tiempo en el proceso, fundamentalmente para evitar que el proceso judicial se torne ineficaz. Siempre que exista el peligro de que la sentencia judicial pueda tornarse ineficaz será necesaria la dictación de una medida cautelar destinada a evitarlo. Por esta razón, el estudio de los presupuestos de las medidas cautelares debe partir necesariamente por el estudio del *periculum in mora*, pues como se explicará mas adelante, constituye el punto de partida y el fundamento de la teoría cautelar.

El presente capítulo tiene por objeto profundizar en el análisis de este primer presupuesto, para poder determinar a que nos referimos cuando hablamos de *periculum in mora*, para conocer la posición que ocupa dentro de todo el sistema cautelar y una vez alcanzada una noción de éste, poder analizar los aspectos probatorios involucrados en él.

El camino a seguir será el siguiente: en primer lugar explicaremos como se entiende al *periculum in mora* en la doctrina procesal (apartado 1), luego analizaremos la recepción del *periculum* en Chile (apartado 2), profundizaremos en el estudio de los hechos que componen este presupuesto (apartado 3) para concluir con el examen relativo al grado de cognición sobre *el periculum in mora*. (apartado 3).

1. El *periculum in mora* según la doctrina procesal

1.1 ¿Qué es el *periculum in mora*?

Para la doctrina, el *periculum in mora* (o peligro de la demora) consiste en la amenaza de que la duración del proceso afecte la eficacia de la sentencia y produzca la frustración de los derechos del demandante.

Así lo entendió desde un comienzo la doctrina clásica. Calamandrei sostiene que “el *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, el cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño *marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario”.⁴ En la actualidad el *periculum* se entiende de la misma manera.⁵ Así por ejemplo, Gascón Inchausti lo define como “el peligro de que la efectividad de la resolución que se vaya a dictar en el proceso principal se frustre como consecuencia de la necesaria duración de aquel en el tiempo”.⁶

Lo que ocurre es que el proceso jurisdiccional supone el transcurso de un cierto lapso de tiempo. La respuesta judicial nunca es inmediata. Y durante este tiempo pueden ocurrir hechos o circunstancias que impidan o dificulten llevar a efecto la sentencia. Esta posibilidad de que ocurran hechos o circunstancias que impiden o dificultan la eficacia de

⁴ CALAMANDREI, PIERO, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, s/t., ARA Editores, Lima, 2005, p. 42.

⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, “Teoría general de las medidas cautelares”, en SERRA DOMÍNGUEZ, M. y RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Gráficas Parejas, Barcelona, 1974, pp. 39 y ss.; ORTELLS RAMOS, MANUEL, *Derecho procesal civil*, Thomson Aranzadi, 6ª ed. Revisada, ampliada y puesta al día, Navarra, 2005, p. 925; BARONA VILAR, SILVIA, *Medidas Cautelares*, en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional. Proceso civil*, Tirant Lo Blanch, 17ª Edición, Valencia, 2009, t. II, p. 681; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Atelier, Barcelona, 2008, t. I, pp. 524 y 525; MONTERO AROCA, JUAN, “Medidas cautelares”, en *Trabajos de derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 430 y ss.; BELLIDO PENADÉS, RAFAEL Y KNOTHE, BENEDIKT, “El embargo preventivo: problemas del *periculum in mora* en derecho español y alemán”, en *Revista de Derecho Procesal*, R. I. D. P., (1997), 2, España, p. 322; MARTÍNEZ BOTOS, RAÚL, *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990, p. 52; MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Comunidad, Lima, 2002, pp. 175 y 176.

⁶ GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (Art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 361.

la sentencia constituye el peligro de la demora. De esta manera el *periculum in mora* es el riesgo de que la duración del proceso produzca la ineficacia de la sentencia judicial y la frustración de los derechos del demandante.

De lo anterior se desprende una consecuencia lógica. No todo peligro de daño constituye peligro de la demora. El *periculum in mora* no está constituido por el peligro genérico de daño jurídico, el cual se puede evitar o resarcir por medio de la tutela ordinaria o tradicional. El *periculum in mora* está constituido por el daño marginal derivado de la duración del proceso.⁷ Dicho de otra manera, el *periculum in mora* es el peligro de ineficacia que surge o se acentúa con la duración del proceso.

Cuando la demora del proceso judicial hace surgir o acentúa el peligro de ineficacia a algún litigante entendemos que estamos en presencia de este presupuesto. “Por eso es que no en todo proceso de fondo se requiere pedir (y conceder) medidas cautelares, sino sólo en aquellos supuestos en los que esté objetivamente en riesgo la efectividad misma de la tutela... riesgo provocado por la necesaria (e inevitable) duración del proceso...”⁸

1.2 *Periculum in mora* como fundamento de las medidas cautelares. Concepción tradicional y concepción dinámica de la tutela cautelar

El *periculum in mora* no sólo es un presupuesto para la adopción de una medida cautelar sino que además es el fundamento inmediato, la razón de ser de toda la institución de las medidas cautelares.⁹ Esta circunstancia está directamente relacionada con la finalidad de estas medidas.

Para la doctrina tradicional, la finalidad de las medidas cautelares es evitar los daños o perjuicios que puedan ocasionarse a alguna de las partes cuando la tramitación del proceso haga ineficaz la sentencia que en él se dicte. Es decir, “la tutela cautelar tiene en todo sistema procesal la finalidad de *garantizar* la posibilidad práctica de la efectiva tutela

⁷ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., p. 42.

⁸ ARIANO DEHO, EUGENIA, “Situación cautelable, verosimilitud y *periculum in mora*”, en *Problemas del proceso civil*, Jurista Editores, Lima, 2003, p. 661.

⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, “Teoría general...”, ob. cit., p. 40; ORTELLS RAMOS, MANUEL, *El embargo preventivo*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 30 y 31; MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas...*, ob. cit., p. 55; Monroy Palacios también lo considera esencial aunque con pequeños matices. Cfr. MONROY PALACIOS, *Bases...*, ob. cit., p. 175.

jurisdiccional de los derechos...” neutralizando los probables daño que podrían ocasionarse a alguna de las partes a causa de la duración del proceso.¹⁰

Esta relación entre la medida cautelar y la sentencia cuya eficacia asegura, o bien, este vínculo entre el proceso cautelar y el proceso principal, constituye la característica definitoria de las medidas cautelares, la instrumentalidad. En términos simples, la instrumentalidad se refiere al hecho que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas, sino que tienen por objeto asegurar la eficacia de la sentencia que se dicte en el proceso de fondo.¹¹ De esta manera, fundamento, finalidad e instrumentalidad son aspectos estrechamente relacionados entre sí. Son diferentes perspectivas de una misma situación.

Si la finalidad es evitar el riesgo de ineficacia de la sentencia, la razón de ser de las medidas cautelares es la existencia de este riesgo o peligro de ineficacia. Por lo tanto, el *periculum in mora* constituye el fundamento inmediato de las medidas cautelares¹². Sólo cuando exista (se alegue y pruebe) el peligro la medida estará justificada. La tutela judicial nunca se otorga sin una necesidad y, así como no existe tutela meramente declarativa sin incertidumbre del derecho, tampoco hay tutela cautelar sin peligro.¹³

Sin embargo, es necesario advertir que existe otra forma de concebir a las medidas cautelares en el proceso civil. Frente a la concepción tradicional de las medidas cautelares, es posible advertir una concepción “dinámica” o “extensiva” de la tutela cautelar¹⁴.

En términos simples, esta forma de entender la tutela cautelar, lo que hace es replantear o entender de una manera más amplia la característica de la instrumentalidad diseñada por la doctrina italiana. Para esta concepción, la instrumentalidad de las medidas cautelares no sólo significa que estas están destinadas a asegurar la eficacia de la sentencia del proceso principal. Sino que además, las medidas cautelares pueden estar “... orientadas teleológicamente a hacer posible o a facilitar la tutela... La instrumentalidad del proceso cautelar puede ser entendida ahora como una vía que facilitaría los medios precisos para

¹⁰ ARIANO DEHO, “Situación cautelable...”, ob. cit., p. 659.

¹¹ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., pp. 44 y ss.

¹² Sin perjuicio de lo anterior, el fundamento último de las medidas cautelares, así como de otros instrumentos procesales, consiste en la exigencia constitucional de la efectividad de la tutela judicial.

¹³ ALLORIO, ENRICO, “Necesidad de tutela jurídica”, trad. Niceto Alcalá – Zamora y Castillo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Nº 14 Abril-Junio, Mexico D. F., 1954, p. 109.

¹⁴ En lo que sigue nos basamos en las explicaciones de Bordialí Salamanca. Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *Revista de Derecho*, (Valdivia), Vol. 12, n° 2, dic. 2001, pp. 51-66.

garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”.¹⁵ Esta diferente forma de concebir la instrumentalidad repercute, por su estrecha vinculación, en la finalidad que se le asigna a la tutela cautelar. De acuerdo a esta concepción, las medidas cautelares pueden estar destinadas a tutelar directamente los derechos e intereses y a satisfacer la pretensión del actor.¹⁶

Sin embargo, esta concepción de la tutela cautelar mantiene los mismos presupuestos. De esta manera, las medidas cautelares tendrán por objeto tutelar directamente los derechos e intereses de las personas, cuando el proceso de conocimiento tradicional se muestre como insuficiente, cuando la duración que supone la tutela tradicional pueda producir como consecuencia una frustración de estos derechos e intereses. Por lo tanto, el *periculum in mora*, aun en esta concepción, sigue siendo el fundamento de la tutela cautelar.

En este aspecto se diferencia el *periculum in mora* del otro presupuesto necesario para la dictación de las medidas cautelares. El *fumus boni iuris* no presenta esta relación directa con la finalidad de las medidas cautelares. Las medidas cautelares no están destinadas a servir de cauce a derechos aparentes o verosímiles. Si un derecho es verosímil o probable, pero no existe *periculum in mora*, no será necesaria la tutela cautelar, porque su fundamento, su razón de ser no concurre. Sólo cuando exista el peligro de que la duración del proceso haga ineficaz la sentencia, será necesario recurrir a la tutela cautelar.

Estas consideraciones referidas a la relación entre el fundamento, finalidad e instrumentalidad de las medidas cautelares tienen una importante consecuencia práctica: siempre será necesario alegar y probar la concurrencia del *periculum in mora* para obtener una medida cautelar, pues la concurrencia de este presupuesto resulta ineludible. Es más, aun cuando la ley no requiera expresamente el peligro de la demora, la exigencia de este presupuesto podrá deducirse del fundamento y finalidad de las medidas cautelares.

¹⁵ BORDALÍ SALAMANCA, “Diversos significados...”, ob. cit., p. 61.

¹⁶ BORDALÍ SALAMANCA, “Diversos significados...”, ob. cit., p. 62. Este tema está estrechamente vinculado con la problemática de la identidad de la tutela cautelar con la tutela de fondo, y con las llamadas medidas cautelares anticipativas o satisfactivas. Ramos Romeu acepta sin problemas las medidas anticipativas. Véase RAMOS ROMEU, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 514 y ss. ; En cambio, Marinoni se opone a la posibilidad de que la tutela cautelar satisfaga directamente al actor. El autor, prefiere hablar del uso distorsionado de la tutela cautelar. Además distingue claramente entre tutela cautelar, tutela anticipatoria, tutela inhibitoria y tutela de remoción del ilícito. MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, s/t, Comunitas, Lima, 2010, *Passim*; Véase también del mismo autor, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, trad. Aldo Zela Villegas, Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 96 y ss.

1.3 Tipos de *periculum in mora*: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza

Desde Calamandrei en adelante,¹⁷ la doctrina distingue dos tipos de *periculum in mora*: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza.¹⁸ La distinción constituye un patrimonio común en la doctrina italiana¹⁹ y desde ahí se ha extendido a otros países.

El peligro de infructuosidad es la amenaza de que durante la tramitación del proceso se puedan producir hechos o circunstancias, naturales o voluntarios (de la contraparte o de terceros) que impidan o dificulten llevar a efecto una sentencia. En este caso el actor no se encuentra en una situación de frustración. Pero la duración del proceso es el contexto que permite la ocurrencia de estos hechos que impidan o dificultan la eficacia de la sentencia. Por lo tanto, es el proceso el que posibilita el surgimiento del peligro.

En cambio, el peligro de tardanza consiste en el riesgo de que la duración del proceso prolongue el estado de insatisfacción del litigante, haciendo que la sentencia que se dicte terminado el proceso resulte ineficaz. En este caso el litigante sí se encuentra en una situación de frustración o necesidad jurídica. La duración del proceso no permite o posibilita el surgimiento del peligro, sino que prolonga o dilata el estado de frustración del derecho. En otras palabras, es la tramitación del juicio la que acentúa el peligro de ineficacia y frustración.

Algunos autores utilizan la expresión “*periculum* subjetivo” para referirse al peligro de infructuosidad. En cambio, utilizan la expresión “*periculum* objetivo” para referirse al peligro de tardanza²⁰.

¹⁷ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., pp. 71 y ss.

¹⁸ Monroy Palacios no comparte la bipartición y considera que existe un sólo tipo de peligro. Cfr. MONROY PALACIOS, *Bases...*, ob. cit., pp. 177 y ss. Por su parte Ortells distingue cuatro tipos de peligro. Cfr. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal...*, ob. cit. p. 925.

¹⁹ TARZIA, GIUSEPPE, “La tutela cautelar”, s/t, en *Revista peruana de derecho procesal*, (Lima), Comunitas, Vol. IV, 2001, p. 290.

²⁰ PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, “Las medidas cautelares en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Propuestas de reforma”, en Raúl Tavolari Oliveros (coord.), *Derecho procesal contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Punto Lex, Santiago, 2010, p. 1064.

1.4. Relación entre el tipo de peligro y el contenido resolución cautelar

En doctrina se tiende a explicar los dos tipos de *periculum in mora* en relación al contenido de las medidas que están destinadas a evitarlos. Las medidas cautelares que tratan de evitar el peligro de infructuosidad no tratan de adelantar la satisfacción de un derecho frustrado, sino simplemente de asegurar los medios para la eventual ejecución de una sentencia estimatoria. Este es el caso de algunas de las medidas precautorias reguladas en nuestro Código de Procedimiento Civil, como el secuestro, el nombramiento de un interventor o la prohibición de celebrar actos y contratos. En otros ordenamientos jurídicos encontramos medidas tales como el embargo preventivo o la anotación preventiva de la demanda. Por el contrario, las medidas que tratan de neutralizar un peligro de tardanza no buscan asegurar los medios necesarios para una futura ejecución sino de acelerar provisoriamente la satisfacción del derecho. El caso típico es el de los alimentos provisorios.

Sin embargo, esta no es una relación de necesidad. Bien podría darse un supuesto de hecho en el cual frente a un peligro de infructuosidad se pueda decretar una medida que tienda a satisfacer provisoriamente un derecho frustrado. También creemos que sería posible, aunque es menos probable, que frente a un peligro de tardanza se pueda conceder una medida simplemente asegurativa.²¹

Esta relación entre el tipo de peligro y el contenido de la medida cautelar se explica por la característica de la idoneidad de las medidas cautelares.²² Es la idoneidad la que

²¹ Esto ocurriría si el juez tomando en consideración los diferentes aspectos involucrados en la dictación de una medida cautelar, estime que una medida que satisface provisoriamente un derecho produce mayores daños que los que evita. Así por ejemplo, podría darse un caso en que ambos padres se disputaran el cuidado personal de un hijo y rechazaran el cuidado del otro atribuyéndose mutuamente conductas de violencia y maltratos respecto del menor. Cualquiera de ellos podría solicitar el cuidado provisorio, el cual de concederse satisfaría provisoriamente su petición principal. En una situación como esta el juez podría estimar que el cuidado provisorio podría producir mayores daños (violencia y maltrato al menor) que los que evita (falta de contacto del alguno de los padres respecto del hijo durante la secuela del juicio), y en consecuencia rechazar el cuidado provisorio a ambos padres y decretar solamente una medida asegurativa, como por ejemplo, el cuidado provisorio del menor en manos de otro familiar, y el contacto semanal de los padres con el menor en dependencias del Tribunal. Sobre los distintos aspectos involucrados en la dictación de una medida cautelar *Vid. infra*. Cap. IV, 2, pp. 71 y ss.

²² Sobre la idoneidad como elemento definitorio de las medidas cautelares véase ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *Curso de Derecho Procesal civil. La acción y la protección de los derechos*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2006, v. 1, pp. 63 y 64. Otros autores confunden idoneidad con proporcionalidad. Cfr. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 679. Monroy Palacios lo denomina congruencia y lo trata conjuntamente con la proporcionalidad bajo la denominación de adecuación, y lo considera un presupuesto. Cfr. MONROY PALACIOS, *Bases...*, ob. cit., pp. 139 y ss. Otros autores simplemente no lo

exige que exista cierta correlación entre la medida y el peligro que se trata de evitar. Es la idoneidad la que impone una relación de medio a fin entre la medida y el peligro cuya existencia se trata de neutralizar. Sin embargo, la idoneidad no es la única circunstancia a considerar en la dictación de una medida cautelar. Por esta razón estimamos que no siempre existirá correspondencia entre un peligro de infructuosidad y una medida asegurativa, ni entre un peligro de tardanza y una medida anticipativa.

1.5 Formas de configurar legalmente el *periculum in mora*

Existen dos formas de concretar legalmente el *periculum in mora*.²³ En primer lugar, la ley puede tipificar ciertos hechos o conductas determinadas en los cuales se estima que concurre el peligro de la demora. De esta manera, es el legislador quien ha previsto anticipadamente ciertas conductas las cuales considera generadoras de peligro de ineficacia de la sentencia judicial. En estos casos, el litigante deberá alegar y probar el hecho o la conducta tipificada en la ley para que se entienda que concurre, en el caso particular, el peligro que justifica la dictación de la medida. Así ocurre con nuestro actual Código de Procedimiento Civil que regula el *periculum in mora* para cada medida en particular. Así por ejemplo, en el caso de la prohibición de celebrar actos o contratos el artículo 296 exige que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio. Tratándose de la retención, el artículo 295 requiere que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes.

El principal problema con esta forma de configurar el *periculum in mora* es la posibilidad de que existan situaciones de peligro que no puedan encuadrarse en las hipótesis legales y en consecuencia, que no puedan ser evitados con una medida cautelar.

También se presenta la dificultad de determinar cual es el efecto de esta previsión legal. Para algunos estas normas actuarían como presunciones *iuris et de jure* o de derecho.

mencionan como característica de las medidas cautelares. Cfr. MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 190 y ss. En este trabajo seguimos a Ramos Romeu quien distingue claramente entre idoneidad y proporcionalidad. Cfr. RAMOS ROMEU, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 447 y ss.

²³ BELLIDO PANADÉS, KNOTHE, “El embargo preventivo...”, ob. cit., p. 322; ORTELLS RAMOS, *Embargo...*, ob. cit. p. 40.

Es decir, concurriendo estos supuestos de hecho, debe necesariamente entenderse que concurre el peligro sin que se admita prueba en contrario. En cambio, también puede entenderse que estas normas actúan como presunciones *iuris tantum* o simplemente legales. Esto quiere decir que aun cuando concurren estos hechos, se podría rechazar la medida cuando se pruebe que no exista ningún peligro.

En segundo lugar, se podría optar por el sistema de cláusula general. En este sistema la ley establece simplemente la necesidad de que la medida se decrete cuando exista peligro de la demora. Aquí la ley no tipifica ningún hecho o conducta. Sino que es el solicitante de la medida quien deberá alegar y probar esos hechos o circunstancias, y justificar la forma como estos ponen en peligro la eficacia de la sentencia. Este era el sistema utilizado por la ZPO alemana respecto del embargo preventivo antes de la reforma de 2001.²⁴ La actual Ley de Enjuiciamiento Civil española también utiliza el sistema de cláusula general. El artículo 728.1 de dicha ley regula el presupuesto del *periculum in mora*, señalando que: "Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria".

El *periculum in mora* también podría configurarse mediante una combinación de ambos sistemas. Por ejemplo, estableciendo una cláusula general, sin perjuicio de la descripción de ciertos hechos o conductas específicas de modo meramente ejemplar. O bien, regulando diferentes hechos o conductas constitutivas de peligro, para terminar con una cláusula general como norma residual. Este era el sistema utilizado respecto del embargo preventivo en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881.²⁵

En definitiva, lo que hay detrás de estas diferentes formas de configuración legal, son simplemente distintos grados de concreción de la exigencia de peligro, o dicho de otra manera, mayor o menor detalle en la regulación legal de los supuestos de hecho del peligro.

En doctrina se argumenta a favor y en contra de cada uno de estos sistemas. En principio la doctrina así como la tendencia legislativa se inclinaría por el sistema de

²⁴ BELLIDO PANADÉS, KNOTHE, "El embargo preventivo...", ob. cit., pp. 345 y ss.

²⁵ BELLIDO PANADÉS, KNOTHE, "El embargo preventivo...", ob. cit., pp. 324 y ss.

cláusula general.²⁶ Principalmente debido a la mayor flexibilidad y a la mayor posibilidad de aplicación a las diferentes hipótesis de hecho que pudieran surgir que permite este tipo de normas.

Por nuestra parte no descartamos *a priori* ningún sistema. Estimamos que la elección por uno u otro va a estar determinada por diferentes aspectos, tales como el área de regulación de que se trate, la naturaleza de los intereses involucrados en esa clase de conflicto, la complejidad de la materia, etc. El ejemplo típico es el de la prisión preventiva en materia penal. Atendida la naturaleza de los bienes que se afectan con la adopción de la medida, (libertad personal), el legislador se ha preocupado de establecer detalladamente los hechos operativos del *periculum in mora* en el artículo 140 letra C del Código Procesal Penal.

2. Recepción del *periculum in mora* en Chile

El estudio de los presupuestos de las medidas cautelares, contemplados en el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia, en Chile es prácticamente inexistente. No conocemos monografías o artículos monográficos que se dediquen a su estudio. Los manuales existentes sobre la materia sólo se limitan a señalar la exigencia de estos presupuestos para la dictación de la medida, sin entrar en mayor análisis o explicaciones.²⁷ Sólo conocemos dos artículos que se refieren a los presupuestos del artículo 22, aunque sólo tangencialmente, y uno de ellos cuando la Ley de Tribunales de Familia era sólo un proyecto.²⁸ De esta manera, en Chile el *periculum in mora* (y también el *fumus boni iuris*) se ha estudiado fundamentalmente a propósito de las medidas cautelares civiles y del recurso de protección.

²⁶ BELLIDO PANADÉS, KNOTHE, “El embargo preventivo...”, ob. cit., p. 324.

²⁷ MÁRQUEZ GRANIFO, STEPHANIE, *Protección procesal civil de la familia. Tribunales de Familia*, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2007, pp. 196 y ss.; LÓPEZ DÍAZ, CARLOS, *Manual de Derecho de familia y Tribunales de familia*, Librotecna, 4ª edición actualizada, Santiago, 2007, t. 2, pp. 901 y 902; SILVA MONTES, RODRIGO, *Manual de Tribunales de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 24 y 25.

²⁸ MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS, “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 8 (2006) p. 20; CORTEZ MATCOVICH, GONZALO, “Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los tribunales de familia”, en *Revista de Derecho*, (Concepción), Nº 209, año LXIX, En-Jun, 2001, p. 108.

Durante mucho tiempo la literatura nacional sobre las medidas cautelares fue escasa.²⁹ Sin embargo, en los últimos años la doctrina ha dedicado su atención a las medidas cautelares en general³⁰ y a sus presupuestos en particular.³¹

2.1 Noción de *periculum in mora* en la doctrina nacional

En la actualidad, la doctrina nacional sigue prácticamente los mismos planteamientos de la doctrina clásica respecto del concepto de *periculum in mora*. No aporta o introduce nuevas consideraciones respecto a la forma de entender este presupuesto diferentes de las planteadas por Calamandrei, la doctrina italiana clásica o la doctrina española. De esta manera, se entiende al *periculum in mora* como la amenaza o riesgo de que la tramitación

²⁹ Desde los años sesenta del siglo pasado existían fundamentalmente dos obras de consulta obligada: ROJAS RODRÍGUEZ, MARIO, *Las medidas precautorias*, Librotec, Santiago, 1965 y QUEZADA MELÉNDEZ, JOSÉ, *Las medidas prejudiciales y precautorias*, Ediciones Digesto, Santiago, 1997.

³⁰ En cuanto a libros destacamos MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit.; ROMERO SEGUEL, *Curso...*, ob. cit. pp. 53-68. A nivel de artículos destacamos: BORDALÍ SALAMANCA, “Diversos significados...”, ob. cit., pp. 51-66; CORTEZ MATCOVICH, GONZALO, “La reforma del proceso cautelar”, en J. P. Silva, J. F. García, y F. J. Leturia, (coord.), *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago, 2006, pp. 521-533; MARÍN GONZÁLEZ, “Las medidas cautelares en el ordenamiento...”, ob. cit. pp. 13-37; TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “La orden de no innovar en el recurso de protección. (Una manifestación de la tutela cautelar en el Derecho chileno)”, en *Justicia*, (Barcelona), 92 (1992) 1, pp. 685-715; ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, “La tutela cautelar en el proceso civil chileno”, en *RDJ*, t. 98, Derecho, pp. 35-67; PEREIRA ANABALÓN, HUGO, “Embargo y cautela en el proceso chileno”, en *GJ*, n° 57, pp. 7-25.

³¹ En relación al estudio de los presupuestos de las medidas cautelares destacamos los trabajos de Gonzalo Cortez: CORTEZ MATCOVICH, GONZALO, “La configuración del *periculum in mora* en el régimen cautelar chileno”, en *Revista de Derecho*, (Concepción), N° 205, año LXVII, En-Jun, 1999, pp. 99-114; “Apuntes sobre los presupuestos de la tutela cautelar en el anteproyecto de Código Procesal Civil”, en Paulo De la Fuente Paredes (coord.), *Estudios de Derecho Procesal Civil. Bases para un nuevo Código Procesal Civil*, Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 199-215; “Apreciación crítica de la regulación de la tutela cautelar en el anteproyecto de Código Procesal Civil”, en Jaime Carrasco Poblete, (ed), *La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, Universidad de los Andes, Santiago, 2009, pp. 137-153; “La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma”, en Alejandro Romero Seguel (coord.), *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 257-269; Véase también TAVOLARI OLIVEROS, “Facultades económicas...”, ob. cit., pp. 359-380; “Protección constitucional y cautela judicial: ¿Orden de no innovar en el recurso de protección?”, en *Tribunales Jurisdicción y Proceso*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 137-168.

del juicio produzca la ineficacia de la sentencia judicial³² y se le considera como el fundamento inmediato de las medidas cautelares.³³

En lo que respecta a la finalidad de las medidas cautelares es necesario hacer alguna distinción. Algunos autores siguen lo que denominamos la concepción tradicional. Según ésta, la finalidad de las medidas cautelares es evitar los daños que pueden ocasionarse a alguna de las partes cuando la tramitación del juicio haga ineficaz la sentencia que en el se dicte.³⁴ Así por ejemplo, Tavolari Oliveros señala que "... (como) la respuesta jurisdiccional no puede ser nunca instantánea, a través de su potestad cautelar, el Estado se reafirma a sí mismo, en cuanto por su intermedio, afianza la eficacia de su actividad y evita que, por tardías, las decisiones se vean frustradas".³⁵

En algún momento nuestra doctrina entendió que la finalidad de la medida era asegurar el resultado de la acción deducida.³⁶ En la jurisprudencia también encontramos fallos en este sentido.³⁷ Sin embargo, esta diferencia se explica por una razón de texto legal. El Código de Procedimiento Civil señala en su artículo 290 las medidas que el demandado puede solicitar para "asegurar el resultado de la acción".

Por su parte, también existen autores que adoptan la concepción extensiva o dinámica de la tutela cautelar, según la cual las medidas cautelares pueden estar destinadas a tutelar directamente los derechos e intereses del actor.³⁸ Sin embargo, como señalamos anteriormente, esta concepción dinámica o extensiva de la tutela cautelar en nada afecta al

³² MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit., pp. 244 y ss.; CORTEZ MATCOVICH, "La configuración...", ob. cit., pp. 105 y ss.; "Apuntes sobre...", ob. cit., p. 205; ROMERO SEGUEL, *Curso...*, ob. cit., pp. 58 y 59; TAVOLARI OLIVEROS, "La orden...", ob. cit., pp. 695 y ss.

³³ TAVOLARI OLIVEROS, "La orden...", ob. cit., p. 696; CORTEZ MATCOVICH, "La configuración...", ob. cit., p. 113; QUEZADA MELÉNDEZ, *Las medidas...*, ob. cit. p. 69; Rojas Rodríguez lo considera de la esencia de las medidas cautelares. Cfr. ROJAS RODRÍGUEZ, *Las medidas...*, ob. cit. p. 91; ORELLANA TORRES, FERNANDO, *Manual de Derecho Procesal. Procedimientos civiles ordinarios y especiales*, Librotecnia, Santiago, 2006, t. II, p. 171.

³⁴ ROMERO SEGUEL, *Curso...*, ob. cit. p. 60; CORTEZ MATCOVICH, "La reforma del proceso...", ob. cit., p. 526.

³⁵ TAVOLARI OLIVEROS, "La orden de no innovar...", ob. cit., p. 691.

³⁶ ORELLANA TORRES, *Manual...*, ob. cit. p. 171; CORREA SELAMÉ, JORGE, *Curso Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006, t. III, p. 55; QUEZADA MELÉNDEZ, *Las medidas...*, ob. cit. pp. 45 y 46. Por su parte Cortez Matcovich, vinculó la finalidad con la pretensión, señalando que "...el objeto de las medidas cautelares es asegurar el resultado práctico de una eventual sentencia estimatoria". Cfr. CORTEZ MATCOVICH, "La configuración...", ob. cit., p. 101.

³⁷ C. Stgo. 5 de septiembre de 1995, *RDJ*, t. 92, sec. 2ª, p. 111; C. Tem. 15 de octubre de 1969, *RDJ*, t. 66, sec. 2ª, p. 84.

³⁸ BORDALÍ SALAMANCA, "Diversos significados...", ob. cit. pp. 63 y ss.; MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 230 y ss.

contenido de este presupuesto. Es decir, las medidas cautelares pueden dirigirse a tutelar directamente al actor, cuando el proceso se muestre como insuficiente o ineficaz.

De esta manera, siempre existirá una estrecha relación entre el *periculum in mora* (fundamento) y la finalidad de las medidas cautelares. Asimismo, siempre será necesario el peligro de ineficacia del proceso principal para decretar la medida cautelar. Como señalamos anteriormente, de esta relación entre fundamento y finalidad se desprende una consecuencia práctica importante, esto es, que la exigencia del *periculum in mora* como presupuesto de las medidas cautelares resulta ineludible, aun cuando la ley no lo exija expresamente.³⁹ “Ninguna medida puede ser concedida ni subsistir sin el fundamento de una situación de peligro apreciada por el juez”.⁴⁰

2.2 ¿Qué tipos de *periculum in mora* se reconocen en Chile?

En Chile nuestra doctrina distingue y reconoce claramente tanto el peligro de infructuosidad como el peligro de tardanza.

Anteriormente señalamos que en nuestro país el *periculum in mora* se ha estudiado a propósito de las medidas cautelares civiles y del recurso de protección. Nuestro Código de Procedimiento Civil regula el *periculum in mora* para cada medida en particular, y en todas estas normas sólo se regulan hipótesis de peligro de infructuosidad. Por su parte la escueta regulación de la orden de no innovar en el recurso de protección en nada vino a modificar esta situación. Por esta razón resulta entendible que algunos autores hagan referencia sólo al peligro de infructuosidad.⁴¹ Sin embargo, la doctrina más contemporánea reconoce claramente la distinción entre infructuosidad y tardanza.⁴² En nuestra jurisprudencia civil encontramos fallos que se refieren al peligro de infructuosidad,⁴³ pero también hemos

³⁹ Esta opinión es sostenida en Chile por CORTEZ MATCOVICH, “La configuración...”, ob. cit., pp. 110 y 111.

⁴⁰ CORTEZ MATCOVICH, “La reforma...”, ob. cit., p. 539.

⁴¹ ROJAS RODRÍGUEZ, *Las medidas...*, ob. cit. pp. 91 y ss.; QUEZADA MELÉNDEZ, *Las medidas...*, ob. cit. p. 69; ORELLANA TORRES, *Manual...*, ob. cit. p. 178.

⁴² MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 244 y ss.; ROMERO SEGUEL, *Curso...*, ob. cit. p. 58; CORTEZ MATCOVICH, “La configuración del *periculum...*”, ob. cit., p. 106. Aunque tangencialmente, también se desprende claramente la distinción en BORDALÍ SALAMANCA, “Diversos significados...”, ob. cit. p. 54.

⁴³ C. Tem. 15 de octubre de 1969, *RDJ*, t. 66, sec. 2ª, p. 84; C. Stgo. 18 de abril de 1986, *RDJ*, t. 83, sec. 3ª, p. 59; C. Pta. A. 28 de enero de 1992, *RDJ*, t. 89, sec. 2ª, p. 7.

encontrado una sentencia que se refiere al peligro de tardanza,⁴⁴ a propósito de las normas del Código Civil que regulan el derecho de alimentos.

2.3 Configuración del *periculum in mora* en el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia

El artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia, establece el *periculum in mora* bajo el sistema de cláusula general. No regula o describe conductas precisas o determinadas sino que se limita a exigir el *periculum* como un presupuesto necesario para la dictación de la medida. Dicho artículo exige que el juez tenga en cuenta “el peligro en la demora que implica la tramitación” para decretar medidas cautelares. Esta circunstancia es reflejo de la tendencia tanto doctrinaria como legislativa⁴⁵ que prefiere el sistema de cláusula general, diferenciándose claramente del sistema establecido en nuestro Código de Procedimiento Civil.

3. El *periculum in mora* consiste en hechos presentes o pasados

Anteriormente señalamos que el *periculum in mora* es el riesgo o amenaza de que la duración del proceso afecte la eficacia de la sentencia y produzca la frustración de los derechos de algún litigante.⁴⁶ Como se observa claramente, el *periculum* se refiere fundamentalmente a una cuestión de hechos.

Sin embargo, cabe precisar que los hechos que constituyen el *periculum in mora* no son la ineficacia de la sentencia y la frustración de los derechos del litigante, sino el riesgo

⁴⁴ C. Stgo. 17 de mayo de 1932, *RDJ*, t. 29, sec. 2ª, p. 101.

⁴⁵ Así ocurre en el Art. 6 de la ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. También se utiliza el sistema de cláusula general en el nuevo proceso laboral, específicamente en el Art. 444 del Código del Trabajo. Véase MARÍN GONZÁLEZ, “Las medidas cautelares en el ordenamiento...”, ob. cit., pp. 29 y ss. Lo mismo ocurre en el anteproyecto de Código Procesal Civil, Véase CORTEZ MATCOVICH, “Apreciación crítica...”, ob. cit., p. 144.

⁴⁶ La doctrina ha construido la teoría cautelar sobre la base del peligro que sufre el demandante, de modo que es el actor quien puede solicitar una medida cautelar. Sin embargo, coincidimos con Ramos Romeu, quien estima, que bien podrían darse casos en que sea el demandado (“puro”, no reconvenional) quien se vea expuesto al peligro de ineficacia de la sentencia. En este sentido la protección jurisdiccional mediante una medida cautelar sería ineludible y vendría impuesta constitucionalmente por la efectividad de la tutela judicial. Por esta razón utilizamos la expresión “litigante” que puede comprender a ambas partes en el juicio. Cfr. RAMOS ROMEU, *Medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 134-144.

o amenaza de que tales hechos ocurran. Lo que se debe alegar y probar no es que la sentencia será ineficaz y que se frustrarán los derechos del litigante. Lo que se debe alegar y acreditar es el “riesgo o amenaza” de que la duración del proceso pueda afectar la eficacia de la sentencia y produzca la frustración de los derechos del litigante. La distinción pareciera ser forzada pero resulta bastante necesaria.

Lo que ocurre es que la ineficacia de la sentencia y la frustración de los derechos del litigante son hechos que aún no han ocurrido, son hechos futuros, y como tales no pueden ser probados. Si se exigiese probar esos hechos, más que una actividad probatoria (de hechos pasados o presentes) sería una actividad de predicción de hechos futuros. De manera que la *ineficacia* de la sentencia y la *frustración* de los derechos del litigante no es objeto de la actividad probatoria. O mejor dicho, no puede ser objeto de la actividad probatoria.

Por el contrario, el *riesgo o amenaza* de ineficacia y frustración, son circunstancias de hecho, que a lo menos son presentes y como tales sí pueden ser objeto de prueba. Luego la exigencia de probar estos hechos (el riesgo o amenaza) que constituyen el *periculum in mora*, sí constituye actividad probatoria.

Esta misma circunstancia se constata claramente si se observa y analiza las palabras que utiliza la ley para configurar el *periculum in mora*. Este es el caso de nuestro Código de Procedimiento Civil, el cual tratándose de la prohibición de celebrar actos o contratos, en el artículo 296 exige *que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio*. Tratándose de la retención, el artículo 295 requiere que *las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes*. Como se observa, no se exige que se pruebe el hecho futuro de que el demandado no va a cumplir la sentencia, sino que se pruebe que en la actualidad sus facultades económicas no ofrecen suficiente garantía. Es decir, en la actualidad sus facultades económicas traen consigo el riesgo o amenaza de incumplimiento. Asimismo, la norma tampoco exige que se acredite el hecho futuro que el sujeto ocultará sus bienes. Lo que, se debe probar es que existe un motivo racional para creer que ocultará sus bienes. Este motivo existe en la actualidad, y es este motivo racional el que hace surgir el riesgo o amenaza de que el sujeto ocultará sus bienes.

Por su parte, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española en su artículo 728.1 señala que: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en

el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria...”. En este caso la conclusión es un poco más forzada, sin embargo, lo que sí queda claro es que no se exige probar el hecho futuro consistente en la ineficacia de la tutela solicitada sino solamente que aquella *podría* verse impedida o dificultada. Similar situación ocurría con la Ley de Enjuiciamiento civil española de 1881, respecto del embargo preventivo. El artículo 1400.2 de dicha ley, luego de contemplar diferentes hipótesis de *periculum*,⁴⁷ contenía una norma residual que autorizaba decretar la medida cuando “exista motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores”. Aquí nuevamente se repite la misma lógica. No se exige la prueba del hecho futuro, de la ocultación o el malbaratamiento, sino que se exige acreditar la existencia en la actualidad del “motivo racional”.

Similar razonamiento puede inferirse de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual señala que “...conforme a la auditoría que se practicó en la Confederación de Trabajadores del Cobre... se comprobaron irregularidades en la administración de su patrimonio... comprobándose gastos sin documentar ascendentes a la suma de \$ 6.184.851... desprendiéndose de todo ello que resulta aconsejable dar curso a las medidas ya señaladas, porque no aparece improbable suponer que se cometan otras irregularidades en la administración de ese patrimonio...”.⁴⁸ Como se aprecia, la Corte no declaró como probado el hecho de que se producirían en el futuro otras irregularidades en la administración, o bien que se producirían en lo sucesivo pérdidas económicas. Lo que la Corte señaló es que a partir de ciertos hechos pasados o presentes acreditados en la causa, esto es, irregularidades en la administración y gastos no documentados, se desprende el riesgo para el patrimonio de esa confederación, lo cual hace aconsejable decretar la medida cautelar solicitada.

⁴⁷ Las diferentes hipótesis de *periculum in mora*, hacen referencia a circunstancias actuales de las cuales podría derivar la ineficacia de la sentencia. Se trata de hechos presentes y como tales, pueden ser objeto de prueba. Por ejemplo, la norma se refiere al deudor sin domicilio en España, o a un deudor que haya desaparecido, o a un deudor que se oculte, etc.

⁴⁸ C. Stgo. 18 de abril de 1986, *RDJ*, t. 83, sec. 3ª, p. 59.

4. Grado de cognición o conocimiento respecto del *periculum in mora*

De acuerdo a lo que acabamos de señalar, el *periculum in mora* está constituido por hechos o circunstancias de hecho de carácter pasado o presente.

Para decretar una medida cautelar no es suficiente la mera afirmación de estos hechos sino que es necesario acreditarlos.⁴⁹ Es decir, el solicitante deberá alegar y probar los hechos o circunstancias de hecho que constituyen el *periculum in mora*. Sin embargo, desde el punto de vista del juez, resta aún determinar cuál es el grado de conocimiento que se requiere para dar por establecido este presupuesto.

En un comienzo, Calamandrei distinguía claramente entre la cognición necesaria respecto del *periculum in mora*, y la cognición necesaria respecto del *fumus boni iuris*. De esta manera, según el autor, tratándose del derecho (*fumus*) la cognición cautelar se limita a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Sin embargo, tratándose del peligro (*periculum*), la cognición cautelar se dirige a conseguir la certeza respecto de los hechos en que se funda.⁵⁰ Es decir, el *fumus boni iuris* supondría un grado de cognición menor al exigido en el proceso principal, en cambio, el *periculum in mora* exige el mismo grado de conocimiento que se exige en el proceso principal.

Sin embargo, algunos autores tienden a tratar ambos presupuestos bajo el mismo criterio. Es decir, hacen aplicable el grado de cognición que supone el *fumus boni iuris* también al *periculum in mora*. Por ejemplo, Martínez Botos sostiene que “el requisito del peligro en la demora, de la misma forma que el de la verosimilitud del derecho, debe ser objeto de una simple comprobación a efectuarse conjuntamente y del mismo modo sumario aplicable a aquel extremo”.⁵¹ Otros autores, sostienen que respecto de este requisito (al igual que el *fumus*) no es necesario probar en sentido estricto, sino que solamente se necesita acreditar. Esto quiere decir que basta un principio de prueba para dar por

⁴⁹ Serra Domínguez afirmaba que bajo el imperio de la anterior Ley de enjuiciamiento civil, no era necesario probar este presupuesto, bastando la mera alegación. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, “Teoría general...”, ob. cit. pp. 40 y 41; En el mismo sentido, BELLIDO PANADÉS, KNOTHE, “El embargo preventivo...”, ob. cit., p. 351.

⁵⁰ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., pp. 76 y ss.

⁵¹ MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas...*, ob. cit., p. 53. En términos similares, aunque refiriéndose a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española véase RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento...*, ob. cit., pp. 527 y 528.

establecido los hechos.⁵² Otros autores, si bien reconocen la diferencia, no dan explicaciones convincentes para explicarla.⁵³

Por nuestra parte, no compartimos esta posición. La razón es que el *fumus boni iuris* está referido a la pretensión que se hace valer en el proceso principal, y no al *periculum in mora*. La función del *fumus boni iuris*, es permitirle al juez tener un cierto conocimiento sobre la eventualidad de que el solicitante pueda tener razón en el proceso de fondo. Pero la pretensión es el objeto del proceso principal, por esta razón en sede cautelar se exige un grado de cognición o conocimiento menor. La función del *periculum* es completamente diferente. El *periculum in mora* constituye el fundamento inmediato de la dictación de una medida en particular. Son los hechos constitutivos del peligro de la demora los cuales en el caso concreto justifican la dictación de una medida determinada. Si se tiene presente esta circunstancia, se observa claramente la necesidad de establecer con precisión esos hechos constitutivos del *periculum*. De manera que la cognición necesaria respecto de este presupuesto no puede ser diferente que la cognición necesaria respecto del proceso principal.

Además, se debe tener presente que trasladar el grado de cognición del *fumus boni iuris* a este presupuesto, trae como consecuencia que se reproducen respecto del peligro de la demora todos los errores y confusiones que existen respecto de aquél presupuesto. Sobre estos errores y confusiones profundizaremos en su momento, cuando analicemos el presupuesto del *fumus boni iuris*.⁵⁴ Sin embargo, desde ya podemos adelantar que detrás de expresiones tales como “cognición sumaria”, o “principio de prueba”, lo que existe es una confusión de los distintos aspectos o rubros de la prueba judicial; la prueba como actividad, la prueba como medio y la prueba como resultado. Es efectivo que el procedimiento y la cognición cautelar puede tener el carácter de sumario (prueba como actividad), y que los hechos en sede cautelar se acreditan normalmente con la prueba documental (prueba como medio). Sin embargo, ello nada tiene que ver con el grado de cognición necesario en sede cautelar para dar por establecido el *periculum in mora*. El grado de cognición está referido a la prueba como resultado, no está referido al procedimiento ni a los medios de prueba.

⁵² GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas...*, ob. cit., pp. 357– 358, 361 y 362; Véase también ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Iustel, Madrid, 2006, pp.187 y ss.

⁵³ ARIANO DEHO, “Situación cautelable...”, ob. cit., pp. 670 y ss.

⁵⁴ *Vid. infra*. Cap II, 3.2, a, pp. 38 y ss.

El presente subapartado sólo tenía por objeto explicar las diferentes posiciones existentes en la doctrina respecto del grado de cognición necesario para dar por establecido el presupuesto del *periculum in mora*, y tomar una posición al respecto. La forma como entender este grado de cognición o conocimiento desde una concepción racional de la prueba judicial, será objeto de análisis más adelante, cuando abordemos el tema relativo al estándar de prueba.⁵⁵

⁵⁵ *Vid. Infra.* Cap. IV, 3.3, a, pp. 78 y ss.

II. SEGUNDO PRESUPUESTO NECESARIO PARA DECRETAR UNA MEDIDA CAUTELAR: *FUMUS BONI IURIS*

El artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia exige que el juez tome en cuenta la verosimilitud del derecho invocado para decretar una medida cautelar. La verosimilitud del derecho corresponde al *fumus boni iuris* (o humo de buen derecho), que es el segundo presupuesto indiscutido para la dictación de una medida cautelar.

Desde luego se trata de un presupuesto completamente diferente del *periculum in mora*, tanto en su contenido como en su razón de ser. A diferencia de lo que ocurre con el *periculum in mora*, en donde la nomenclatura es relativamente uniforme, respecto del *fumus boni iuris* se utilizan distintas denominaciones, tales como verosimilitud, probabilidad, apariencia del derecho, etc. El presente capítulo tiene por objeto determinar en que consiste este presupuesto y además, poner algún grado de uniformidad respecto de las diferentes denominaciones utilizadas. Para lograr este objetivo, trataremos de determinar la noción de *fumus boni iuris* en la doctrina procesal (apartado 1), posteriormente explicaremos la forma como se recepciona este presupuesto en Chile (apartado 2), y por último, concluiremos con un esfuerzo destinado a despejar las diferentes confusiones existentes y a lograr cierta claridad conceptual en el análisis de este presupuesto (apartado 3).

1. El *fumus boni iuris* en la doctrina procesal

1.1 Concepto de *fumus boni iuris*

Para la doctrina, el *fumus boni iuris* es la apariencia de que quien solicita la medida cautelar es titular del derecho que constituye el objeto del proceso principal. O dicho de otra manera, “es la apariencia de que la sentencia que se dicte en el proceso principal será favorable a quien solicita la medida cautelar”.⁵⁶ Calamandrei sostiene claramente que “...en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para

⁵⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas...*, ob. cit., p. 341.

decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar”.⁵⁷ La doctrina es prácticamente unánime en este sentido.⁵⁸

A la hora de explicar en que consiste el *fumus boni iuris*, constituye un lugar común en doctrina relacionar el pronunciamiento que hace el juez respecto de este presupuesto con el pronunciamiento que hace el juez respecto del objeto del proceso principal. De esta manera, se suele señalar que para obtener una medida cautelar no se requiere obtener la certeza del derecho, porque la certeza es necesaria para obtener la tutela judicial que se solicita en el proceso de fondo. Tratándose de la tutela cautelar sólo se requiere la apariencia del derecho.⁵⁹ Calamandrei señala que “por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a *un juicio de probabilidades y de verosimilitud*. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil...”.⁶⁰

Dicho de otra manera, este presupuesto supondría un término intermedio entre la incertidumbre propia del inicio del proceso y la certeza que sólo se alcanzaría en el proceso principal con la sentencia definitiva.⁶¹

⁵⁷ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., p. 77. “La instrumentalidad de las providencias cautelares determina que su emanación... presuponga un cálculo preventivo de probabilidades acerca de cual podrá ser el contenido de la futura providencia principal... En todos los casos el peligro se valora necesariamente en previsión y en función de una providencia principal *de contenido determinado*: si toda providencia cautelar puede considerarse como la *anticipación* de ciertos efectos (decisorios o ejecutorios) de la futura providencia principal, es evidente que el juez llamado a disponer en sede cautelar de estos efectos anticipados, debe *prever* cuáles podrán ser los efectos definitivos de la providencia principal, de la que la medida cautelar constituye casi un anuncio y una vanguardia”. *Ibíd.*, pp. 74 y 75.

⁵⁸ Por ejemplo, ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 927; MONROY PALACIOS, *Bases...*, ob. cit., p. 170; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional...*, ob. cit., pp. 680 y 681; MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas...*, ob. cit., p. 45; ARAZI, ROLAND, y otros, *Medidas Cautelares*, Editorial Astrea, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1999, p. 7; Ramos Méndez entiende que la medida se concede cuando la petición *prima facie* aparece como tutelable con la medida cautelar. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento...*, ob. cit., p. 529.

⁵⁹ Así por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento...*, ob. cit., p. 529; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 680; MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas...*, ob. cit., pp. 45 y 46; ARAZI, *Medidas...*, ob. cit., p. 7; ARIANO DEHO, “Situación Cautelable...”, ob. cit., p. 663.

⁶⁰ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., p. 77.

⁶¹ BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 681. La idea le corresponde a Montero Aroca. Cfr. MONTERO AROCA, “Medidas...”, ob. cit., p. 431; MONROY PALACIOS, *Bases...*, ob. cit., pp. 171 y ss.

1.2 Función del *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares

El *fumus boni iuris* tiene como función permitir una correcta utilización de la tutela cautelar y disminuir la posibilidad de error judicial. Es el parámetro o garantía que permite otorgar tutela cautelar en aquellas situaciones donde aparentemente existe una situación jurídica tutelable.

Ramos Romeu señala que la dictación de medidas cautelares es un ámbito de decisión judicial que se caracteriza por la incertidumbre y el riesgo, en donde el juez tiene la necesidad de adoptar una decisión teniendo escasa información sobre el fondo de la controversia. Esta incertidumbre puede producir dos tipos de errores diferentes; que se decrete la medida cautelar y en definitiva resulta que el solicitante no tenía la razón, produciéndose con ello daños al sujeto pasivo (medida injustificada), o bien, que no se decrete la medida cautelar y resulta que en definitiva el solicitante sí tenía la razón, lo que produce un perjuicio al solicitante (ineficacia de la sentencia).⁶² En este contexto el *fumus boni iuris* es el presupuesto que nos da señales sobre quién probablemente pueda tener razón respecto del fondo del asunto.

En otras palabras, quien solicita una medida cautelar está afirmando que la duración del proceso puede producir la ineficacia de la sentencia y, en consecuencia, la frustración de “su derecho”. De esta manera, toda solicitud de tutela cautelar supone la titularidad sobre un derecho determinado. Pero el juez que debe decidir sobre la solicitud, no sabe si ese sujeto es realmente titular del derecho que invoca. El *fumus* es el presupuesto que le permite al juez dar una mirada a la situación jurídica que invoca el solicitante y otorgar tutela cautelar en aquellas situaciones que realmente merecen protección, permitiendo con esto cumplir la finalidad propia de las medidas cautelares.

Si se decreta una medida cautelar y el solicitante no es titular del derecho invocado, lo que ocurre es que se desvirtúa la finalidad de la tutela cautelar y se invade la esfera patrimonial de la contraparte de manera absolutamente injustificada. Precisamente para evitar una situación como esta, se necesita que concurra el *fumus boni iuris* en el caso

⁶² RAMOS ROMEU, *Medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 36-38.

concreto, pues la función de este presupuesto es permitirnos otorgar tutela cautelar donde aparentemente existe una situación jurídica tutelable.

Ya señalamos que el *periculum in mora* constituye no sólo un presupuesto de las medidas cautelares sino además su razón de ser, su fundamento inmediato. Toda medida cautelar se justifica en el caso concreto por la existencia del peligro de la demora. Por su parte, el *fumus boni iuris* es el parámetro o garantía que le permite al juez otorgar tutela cautelar en aquellos casos donde aparentemente existe una situación jurídica tutelable. Su función es permitir una utilización correcta de la tutela cautelar y disminuir el error judicial.

Como se puede apreciar la razón de ser del *fumus boni iuris* está estrechamente relacionada con la función del *periculum in mora*, pues ambos son elementos que están involucrados en la decisión sobre medidas cautelares, sin embargo es posible y necesario distinguir claramente entre ambos.

1.3 Dispersión terminológica relativa al *fumus boni iuris*

Una de las particularidades del *fumus boni iuris*, a diferencia de lo que ocurre con el *periculum in mora*, es la poca uniformidad terminológica que existe a la hora de referirse a este presupuesto. En principio este presupuesto se enuncia bajo la formula latina “*fumus boni iuris*”, la cual se traduce como “humo de buen derecho”. También se utilizan términos tales como “apariencia de derecho” o “verosimilitud del derecho”. Sin embargo, desde ahí en adelante a la hora de explicar este presupuesto, es posible encontrar tanto en los discursos legales como teóricos distintas denominaciones que tratan, de diferentes formas, de hacer referencia a lo mismo. Ya Calamandrei señalaba que “...la cognición cautelar se limita en todos los casos a *un juicio de probabilidades y de verosimilitud*”.⁶³ También se explica la verosimilitud como “la posibilidad razonable de que el derecho exista”,⁶⁴ o bien, como la necesidad de acompañar un título que aporte una apariencia de prueba (*semi plena probatio*).⁶⁵ En fin expresiones tales como probabilidad, cognición sumaria,⁶⁶ *cognitio*

⁶³ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., p. 77.

⁶⁴ ARAZI, *Medidas...*, ob. cit., p. 8.

⁶⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, EDUARDO, “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares” en VV. AA. *El sistema de medidas cautelares. IX reunión de profesores de Derecho Procesal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, p. 16.

prima facie,⁶⁷ juicio positivo sobre un resultado favorable,⁶⁸ acreditación, justificación,⁶⁹ juicio calificado de probabilidad,⁷⁰ son todas utilizadas para referirse al presupuesto del *fumus boni iuris*.

A nivel legal también existe dispersión terminológica. Así por ejemplo, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española se refiere a “un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”, por su parte nuestro Código de Procedimiento Civil utiliza la expresión “presunción grave del derecho que se reclama”.

En relación a esto es necesario dejar en claro que en el contexto de las medidas cautelares, todas estas denominaciones serían sinónimas, es decir, todas estas expresiones se utilizan para hacer referencia al mismo fenómeno. En este sentido Ariano Deho afirma que “expresiones tales como *fumus boni iuris*, *cognitio prima facie*, *semiplena probatio* y *juicio de verosimilitud* son todas equivalentes pues con ellas se hace referencia a idéntico fenómeno...”.⁷¹

Nosotros estimamos que la utilización de algunas expresiones como humo de buen derecho o apariencia de derecho resulta irrelevante, pues se trata de términos que no tienen mayor contenido que el que la propia doctrina les pueda otorgar, de manera que en nada aportan a la hora de determinar en que consiste este presupuesto. Sin embargo, en otros casos la utilización de expresiones tales como verosimilitud o probabilidad sí resulta determinante a la hora de comprender este presupuesto, pues hacen referencia a situaciones que son completamente diferentes. De manera que utilizar una u otra lleva a entender y aplicar este presupuesto en forma muy diferente.

En este apartado sólo nos interesa dejar establecido que para la doctrina todas estas expresiones son equivalentes y aluden a lo mismo. Más adelante en este capítulo trataremos de explicar las diferencias de estos términos y propondremos la terminología que creemos correcta.

⁶⁶ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., p. 77.

⁶⁷ ARIANO DEHO, “Situación cautelable...”, ob. cit., p. 663, nota 12.

⁶⁸ ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 927.

⁶⁹ ORTIZ PADILLO, *Medidas...*, ob. cit., p.187.

⁷⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas...*, ob. cit., p. 341.

⁷¹ ARIANO DEHO, “Situación cautelable...”, ob. cit., p. 663 nota 12.

1.4 Formas de configurar legalmente el *fumus boni iuris*

A diferencia de lo que ocurre con el presupuesto del *periculum in mora*, el cual se configura legalmente de diferentes maneras, el *fumus boni iuris* se suele concretar mediante una cláusula general. Por ejemplo, nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 298 exige al demandante “acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”. Por su parte la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española en su artículo 728.2 señala que: “El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión...”. Por su parte, el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia, que es objeto de esta investigación, es más escueto, y se refiere a la “verosimilitud del derecho invocado”.⁷²

2. Recepción del *fumus boni iuris* en Chile

Como señalamos a propósito del *periculum in mora*, el estudio de los presupuestos contemplados en el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia en Chile es prácticamente inexistente.⁷³ De manera que el *fumus boni iuris* se ha abordado fundamentalmente con ocasión de las medidas cautelares civiles y del recurso de protección.⁷⁴

⁷² También se utiliza una cláusula general en el nuevo procedimiento laboral. Artículo 444 inc. 3° del Código del Trabajo.

⁷³ No conocemos monografías o artículos monográficos que se dediquen a su estudio. Los manuales existentes sobre la materia sólo se limitan a señalar la exigencia de estos presupuestos para la dictación de la medida, sin entrar en mayor análisis o explicaciones. Cfr. MÁRQUEZ GRANIFO, *Protección procesal...*, ob. cit., pp. 196 y ss.; LÓPEZ DÍAZ, *Manual...*, ob. cit., pp. 901 y 902; SILVA MONTES, *Manual...*, ob. cit., pp. 24 y 25.

⁷⁴ *Vid. supra*. Cap. I, 2, p. 18.

2.1 Noción de *fumus boni iuris* en la doctrina nacional

Al igual que ocurre con el peligro de la demora, nuestra doctrina a la hora de referirse al presupuesto del *fumus boni iuris* no es especialmente creativa o innovadora, de manera que la referencia a Calamandrei es prácticamente imprescindible.

Para nuestra doctrina este presupuesto también se refiere a la apariencia de que la sentencia que se dictará en el proceso principal será favorable al solicitante de la tutela cautelar.⁷⁵ Se entiende que para otorgar la tutela cautelar no se requiere la certeza del derecho que invoca el actor, sino simplemente que ese derecho aparezca verosímil, probable o aparente.⁷⁶ Por ejemplo, Rojas Rodríguez señala que “la existencia del derecho reclamado en juicio debe resultar o aparecer con fuertes probabilidades de verosimilitud”.⁷⁷ Esta idea ha sido recepcionada en términos prácticamente idénticos por la jurisprudencia nacional.⁷⁸

Del mismo modo nuestra jurisprudencia y doctrina nacional, al igual que la doctrina extranjera, entiende a la verosimilitud como “un término medio, entre la certeza que se establecerá en la resolución final del proceso principal y la incertidumbre, base de la iniciación del proceso: ese término medio es la verosimilitud”.⁷⁹

En lo que dice relación con el aspecto terminológico, para referirse a este presupuesto nuestra doctrina utiliza fundamentalmente las expresiones apariencia de derecho y verosimilitud, las cuales son utilizadas como sinónimos. En cambio, nuestra jurisprudencia, a partir de lo que señala el artículo 298 de Código de Procedimiento Civil, se refiere a comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.⁸⁰

⁷⁵ QUEZADA MELÉNDEZ, *Las medidas...*, ob. cit. pp. 69 y 70; CORTEZ MATCOVICH, “Apreciación crítica...”, ob. cit., p. 139; TAVOLARI OLIVEROS, “La orden...”, ob. cit., p. 693.

⁷⁶ Marín González entiende que es necesario que la existencia del derecho aparezca como posible. Cfr. MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit., p. 251; ROMERO SEGUEL, *Curso...*, ob. cit., p. 58; CORTÉZ MATCOVICH, “Apreciación crítica...”, ob. cit., p. 139.

⁷⁷ ROJAS RODRÍGUEZ, *Medidas...*, ob. cit., p. 83.

⁷⁸ C. Tem. 15 de octubre de 1969, *RDJ*, t. 66, sec. 2ª, p. 84; C. Stgo. 12 de septiembre de 1990, *GJ*, n° 123, 1990, p. 36

⁷⁹ TAVOLARI OLIVEROS, “La orden...”, ob. cit., p. 695; Por su parte Marín González entiende que se trata de “una zona intermedia entre la convicción (que sólo se producirá en la sentencia definitiva) y la mera afirmación del derecho”. Cfr. MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit., pp. 251 y 252. En la jurisprudencia véase también: C. Sup. 5 de septiembre de 1944, *RDJ*, t. 42, sec. 1ª, p. 303.

⁸⁰ C. Sup. 5 de septiembre de 1944, *RDJ*, t. 42, sec. 1ª, p. 303; C. Tem. 15 de octubre de 1969, *RDJ*, t. 66, sec. 2ª, p. 85; C. Stgo. 6 de enero de 1986, *GJ*, n° 67, 1986, p. 50.

Sin embargo con la entrada en vigencia de la Ley de Tribunales de Familia, ha empezado a utilizarse el término verosimilitud.⁸¹

2.2 Configuración del *fumus boni iuris* en el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia

Como señalamos anteriormente, el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia exige que el juez tenga en cuenta “la verosimilitud del derecho invocado” para poder decretar medidas cautelares.

La situación es completamente diferente a la de nuestro Código de Procedimiento Civil, el cual en su artículo 298 exige que el solicitante “acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”. Como se puede apreciar, esta norma se construye sin utilizar las expresiones que comúnmente se utilizan para designar a este presupuesto. Sin embargo, nuestra doctrina nacional está conteste en entender que esta norma se refiere al *fumus boni iuris*.⁸² Por una parte, la expresión “presunción grave” se entiende referida a ese grado de convicción menor a la certeza, que es propio de las medidas cautelares.⁸³ Asimismo nuestros autores estiman que la expresión “comprobantes” no esta referida únicamente a la prueba documental sino que a cualquier otro medio de prueba.⁸⁴

La redacción del artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia, al referirse expresamente a la verosimilitud del derecho, deja en evidencia claramente que se trata del presupuesto del *fumus boni iuris*, y en principio, evita confusiones posteriores.⁸⁵

⁸¹ Dentro de lo poco que hemos encontrado, véase: C. Tem. 30 de enero de 2008, BARRIENTOS GRANDON, JAVIER, *El Código de la Familia*, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 565.

⁸² MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit., p. 252; TAVOLARI OLIVEROS, “La orden...”, ob. cit., p. 694; QUEZADA MELÉNDEZ, *Las medidas...*, ob. cit., p. 701.

⁸³ MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit., p. 252; QUEZADA MELÉNDEZ, *Las medidas...*, ob. cit., p. 70.

⁸⁴ QUEZADA MELÉNDEZ, *Las medidas...*, ob. cit., p. 70; ROJAS RODRÍGUEZ, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 85 y ss.

⁸⁵ Esto se entiende sin perjuicio de lo que diremos mas adelante respecto de la expresión verosimilitud.

3. ¿Cómo debe entenderse el *fumus boni iuris*? Nuestra opinión

A nuestro modo de ver el presupuesto del *fumus boni iuris* es el grado de cognición⁸⁶ o conocimiento sobre la pretensión invocada en el proceso principal, que es necesario para decretar la medida cautelar. De esta manera, este presupuesto está constituido por dos elementos relacionados entre sí y que es necesario analizar. Por un lado, el grado de cognición o conocimiento (apariencia), y por otro la pretensión formulada en el proceso principal (buen derecho).⁸⁷ Para efectos metodológicos nos referiremos primero al segundo elemento, la pretensión.

3.1 Pretensión. (Situación jurídica cautelable)

El presupuesto del *fumus boni iuris* hace referencia a un cierto grado de conocimiento, que debe tener el juez para decretar la medida cautelar. Este conocimiento recae sobre un objeto determinado: la pretensión que el solicitante de la tutela cautelar ha formulado en el proceso principal o que pretende formular en el proceso principal. Es decir, para decretar la medida cautelar el juez debe tener el grado de conocimiento necesario respecto de la pretensión que constituye el objeto del proceso principal. Algunos autores utilizan la expresión “situación jurídica cautelable” para hacer referencia a este elemento del *fumus boni iuris*.

Este conocimiento sobre la pretensión principal supone que el juez analice fundamentalmente la *causa petendi* y el *petitum*.

La *causa petendi* está constituida por los hechos que sirven de fundamento a la pretensión invocada. Se trata de los hechos de relevancia jurídica de los cuales se desprende el derecho o interés legítimo cuya tutela se solicita en el proceso principal y cuya eficacia se asegura con la medida cautelar. En doctrina se discute si la *causa petendi* está constituida únicamente por los hechos o también por el derecho. Esta discusión está determinada por la

⁸⁶ ARIANO DEHO, “Situación cautelable...”, ob. cit., pp. 663 y 664.

⁸⁷ En Chile Cortez Matcovich realiza igual distinción aunque con una nomenclatura diferente. Cfr. CORTÉZ MATCOVICH, “La reforma...”, ob. cit., p. 537.

mayor o menor extensión que se le atribuya al principio *iura novit curia*.⁸⁸ A nuestro modo de ver tratándose del presupuesto del *fumus boni iuris* esta discusión es irrelevante, pues en sede cautelar siempre será necesario conocer o controlar los aspectos jurídicos de la pretensión. Dicho de otra manera, el juez para analizar la concurrencia de este requisito debe analizar tanto los aspectos fácticos como los jurídicos, sea que esos aspectos jurídicos se consideren como formando parte de la *causa petendi* o bien como un elemento a controlar de carácter autónomo.

El *petitum* está constituido por la específica tutela judicial que se solicita al órgano jurisdiccional. Es decir, aquello que específicamente se pide al tribunal, ya sea la cesación de una conducta, la restitución de un bien, el resarcimiento de daños, etc.

Gascón Inchausti, simplificado las cosas, entiende que el conocimiento del juez para efectos de determinar la concurrencia de este presupuesto recae sobre dos elementos. En primer lugar, el elemento fáctico o de hecho del *fumus* (*Tatsachenfeststellung* o determinación de los hechos), que consiste en los hechos de los que se deriva el derecho cuya tutela se pretende. En segundo lugar, el elemento jurídico o de derecho del *fumus* (*Rechtliche Würdigung* o valoración jurídica), que consiste en que la tutela jurídica solicitada sea posible y sea consecuencia de los hechos alegados.⁸⁹

A nuestro modo de ver, cualquiera sea la forma de entender el contenido de la pretensión, el juez siempre deberá controlar tanto los aspectos jurídicos como fácticos, para decretar la medida cautelar. En lo que sigue de este trabajo utilizaremos la distinción realizada por Gascón Inchausti, pues para determinar cuando concurre este presupuesto, el conocimiento o control que debe realizar el juez sobre los aspectos jurídicos y fácticos de la pretensión es diferente en cada caso, de manera que esta distinción nos resulta más útil al objetivo de nuestra investigación.

⁸⁸ ROMERO SEGUÉL, ALEJANDRO, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 72-73. Para un análisis de nuestra jurisprudencia sobre la materia, con un análisis crítico, véase HUNTER AMPUERO, IVÁN, “*Iura novit curia* en la jurisprudencia civil chilena”, en *Revista de Derecho*, (Valdivia), Vol. 23, n° 2, dic. 2010, pp. 197-221.

⁸⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas...*, ob. cit., p. 342.

3.2 Grado de cognición o conocimiento

En el apartado anterior nos referimos a la pretensión principal o situación jurídica cautelable, como uno de los elementos del *fumus boni iuris*. A continuación es necesario entrar en el análisis del elemento faltante: el grado de cognición que, sobre esta pretensión, debe tener el juez para decretar la medida cautelar. Este elemento es el que resulta ser el más problemático a la hora de entender este presupuesto y es el aspecto en donde se observan el mayor grado de confusiones y errores en la doctrina. Estas dificultades se refieren a la poca uniformidad terminológica que se observa a nivel legal y doctrinario y además, a la tendencia a entender incorporado en este presupuesto aspectos que, si bien están relacionados, en estricto rigor no forman parte del mismo y es necesario distinguir claramente.

a. Confusiones recurrentes

Ya señalamos anteriormente que constituye un lugar común en la doctrina explicar el *fumus boni iuris*, como un grado de conocimiento inferior al necesario para dictar la sentencia de fondo. El *fumus* constituiría un término intermedio entre la certeza que caracteriza la sentencia definitiva y la incertidumbre propia del inicio del proceso. Sin embargo, no es infrecuente encontrarnos con autores que a la hora de explicar este presupuesto hacen referencia al carácter sumario de la cognición en sede cautelar y a los medios adecuados para acreditar este presupuesto, fundamentalmente a la prueba documental.

Por ejemplo, Calamandrei sostenía que “... las providencias cautelares deben, pues, contentarse, en lugar de con la certeza, con la *apariencia del derecho*, que puede resultar a través de una cognición mucho mas expeditiva y superficial que la ordinaria (*summaria cognitio*).⁹⁰ Por su parte Ortells Ramos refiriéndose a este presupuesto sostiene que “el juicio positivo sobre un resultado favorable al actor, que requiere la concesión de una medida cautelar...no puede llevarse al extremo de que el material (alegaciones, *pruebas*) que el juez deba tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que

⁹⁰ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., p. 77.

el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal y deba ser *aportado y tratado del mismo modo* que para este último se halla establecido. De ser así se incurriría en una doble instrucción...”.⁹¹ Como se puede apreciar, estos autores hacen referencia a una cognición que tiene el carácter de sumaria y a la necesidad de obtenerse en forma diferente a la del proceso de fondo.

Gutiérrez De Cabiedes, sostiene que para decretar una medida cautelar “se precisará la presentación de un título consistente en un documento que, *prima facie*, abone la necesidad de la adopción de la medida”.⁹² Asimismo, Ramos Mendez, señala que “no existe ningún criterio general respecto de la definición del *fumus boni iuris*. Normalmente éste debe resultar acreditado por un principio de prueba de carácter documental”.⁹³ Como se observa, ambos autores se refieren a la prueba documental para explicar la cognición que supone este presupuesto.⁹⁴

Quizás el caso mas paradigmático sea Pérez Daudí, quien frente a las dificultades que la aplicación práctica de este presupuesto ha producido en la jurisprudencia española, y frente a la imposibilidad de determinar el grado de cognición a partir de la norma legal, estima que el grado de conocimiento del órgano jurisdiccional que es necesario para decretar la medida puede delimitarse de dos formas; limitando los medios de prueba que pueden utilizarse o bien, limitando el plazo de práctica de prueba. En este caso se observa claramente como se pretende determinar el grado de cognición o conocimiento a partir de dos circunstancias (pruebas y plazos), que no pueden identificarse entre sí.

b. Distinciones necesarias: diferentes ámbitos o rubros de la prueba judicial

Estas confusiones que se observan en doctrina pueden resolverse rápidamente si se recurre a la distinción de los diferentes aspectos o rubros de la prueba judicial.

⁹¹ ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 927; Véase también del mismo autor, ORTELLS RAMOS, *Embargo...*, ob. cit., p. 37. *Cursivas nuestras*.

⁹² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Elementos...”, ob. cit., p. 16.

⁹³ RAMOS MENDEZ, *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 944.

⁹⁴ Esta vinculación con la prueba también puede apreciarse en GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, FAUSTINO, “El embargo preventivo sin documento cualificado previo”, en VV. AA., *El sistema de medidas cautelares. IX reunión de profesores de Derecho Procesal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, pp. 131 y ss. En Chile también se observa similar vinculación. Cfr. ROMERO SEGUEL, *Curso...*, ob. cit., p. 61; CORTEZ MATCOVICH, “Apreciación crítica...”, ob. cit., p. 139.

La prueba judicial genéricamente considerada puede ser abordada desde tres perspectivas diferentes. La prueba como actividad, la prueba como medio y la prueba como resultado. Estos son los tres aspectos o rubros de la prueba en juicio.⁹⁵

La prueba como actividad hace referencia a las actividades que se desarrollan al interior del proceso, destinadas a introducir los antecedentes necesarios para dar por establecidos los hechos de la causa. Se trata de actos que son realizados fundamentalmente por las partes pero también por el juez. Desde un punto de vista estrictamente procesal, esta actividad está regulada por el procedimiento probatorio. Este es el aspecto dinámico de la prueba judicial.⁹⁶

En segundo lugar, la prueba como medio consiste en todo aquello que sirve o puede servir para dar por establecido los hechos de la causa. Se trata de los elementos que permiten confirmar o falsear una afirmación sobre un hecho relevante del juicio. Este aspecto constituye el soporte o materia prima de la prueba judicial.⁹⁷

Por último la prueba como resultado se refiere a la conclusión a la que llega el juez acerca de la ocurrencia de los hechos alegados por las partes. Se trata de la etapa final en la cual el juez decide si las afirmaciones de las partes han sido suficientemente acreditadas.

Estos tres aspectos o rubros de la prueba judicial están estrechamente vinculados entre sí. La prueba genéricamente considerada se desarrolla a partir de una serie de actuaciones ejecutadas en el proceso (prueba como actividad), se apoya en los elementos que se aportan a la causa (prueba como medio), y se dirige a la obtención de una conclusión por parte del juez que conoce del juicio (prueba como resultado).⁹⁸ Sin embargo, esta vinculación no significa que estos rubros puedan llegar a identificarse como un mismo fenómeno. Se trata de aspectos que es necesario distinguir y diferenciar claramente.

En lo que respecta al presupuesto del *fumus boni iuris*, este debe entenderse referido a la prueba como resultado. Anteriormente definimos este presupuesto como el grado de conocimiento sobre los aspectos jurídicos y fácticos de la pretensión principal que es

⁹⁵ TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, 2ª ed., Madrid, 2005, pp. 447 y ss. En Chile utiliza esta distinción Claudio Meneses. Cfr. MENESES PACHECO, CLAUDIO, "Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil", en *Ius et Praxis*, (Talca), vol. 14, n° 2, 2008, pp. 45 y ss.

⁹⁶ MENESES PACHECO, "Fuentes...", ob. cit., p. 46.

⁹⁷ MENESES PACHECO, "Fuentes...", ob. cit., pp. 46 y 48.

⁹⁸ MENESES PACHECO, "Fuentes...", ob. cit., p. 48.

necesario para decretar una medida cautelar. Pues bien, es el grado de conocimiento sobre los aspectos *fácticos* el que está referido a la prueba como resultado. Es en este sentido que decimos que el *fumus boni iuris* está relacionado con la prueba como resultado.

Cuando para explicar este presupuesto los autores hacen referencia a una *summaria cognitio* o a la necesidad de que el material probatorio *no sea aportado* de la misma manera que en el procedimiento ordinario, están incurriendo en un error porque vinculan el *fumus boni iuris* con la prueba como actividad. El carácter sumario se relaciona con la necesaria rapidez y celeridad propia de las medidas cautelares y supone que la tramitación debe ser mucho más rápida y expedita que en el procedimiento ordinario. La brevedad de los plazos, la concentración de los actos y el carácter *inaudita parte* de la dictación de la medida se refieren al procedimiento pero no al grado de cognición.

Esta diferencia se observa claramente si constatamos que existen procedimientos sumarios en los cuales la cognición necesaria es la misma que en un procedimiento ordinario, como ocurre con los interdictos posesorios y el proceso de protección. Por el contrario, podría darse el caso, aunque es poco probable, que se establezca un procedimiento con plena posibilidad de actuación de las partes, y en el cual se exija un grado de cognición o conocimiento menor al requerido para el procedimiento ordinario.⁹⁹

Por esta razón creemos que tratar de explicar el *fumus boni iuris* a partir de la actividad que se desarrolla en el proceso resulta un error. Este presupuesto supone un grado de cognición y como tal está referido a la prueba como resultado.

Por su parte, tampoco parece correcto abordar este presupuesto limitándose a señalar el rol que cumple la prueba documental en su determinación, sin explicar en qué consiste el grado de cognición, pues una aproximación como esta parece identificar el *fumus boni iuris* con la prueba como medio. Es efectivo que por las características del proceso cautelar la prueba documental será la más utilizada. Lo mismo ocurre si pensamos en que las medidas cautelares se han estudiado fundamentalmente a propósito del proceso civil en el cual dicha prueba tiene una utilización predominante. Sin embargo, nada impide que pueda utilizarse

⁹⁹ Aunque el ejemplo nos resulta un tanto forzado, pensamos en la acción civil en el proceso penal. Para dar por establecido el delito se requiere superar el estándar de la duda razonable. Sin embargo tratándose de la acción civil sólo se requiere superar el estándar de la probabilidad prevalente. Como se observa el grado de cognición es menor en el caso de la acción civil.

otros medios de prueba. Es más, el derecho a la prueba recomienda que no exista ningún tipo de limitación en este aspecto.

Por estas razones estimamos que también resulta un error pretender desarrollar el concepto de *fumus boni iuris* haciendo referencia únicamente al rol que juega la prueba documental sin definir o dilucidar el grado de cognición. El grado de conocimiento que supone el *fumus*, no está referido a la prueba como medio sino a la prueba como resultado y es en la prueba como resultado donde debe buscarse su definición y explicación.

Habiendo sostenido que el presupuesto del *fumus boni iuris* no puede explicarse a partir del procedimiento seguido en sede cautelar (prueba como actividad), ni a partir de los medios para acreditarlo (prueba como medio), sino que únicamente debe entenderse referido a la prueba como resultado, estamos en condiciones para abordar en que consiste este grado de cognición o conocimiento.

c. ¿En qué consiste este grado de cognición o conocimiento?

Tratar de determinar en que consiste el grado de conocimiento que supone el *fumus boni iuris* es uno de los aspectos más problemáticos de la teoría cautelar. Sin embargo, creemos que esta tarea es posible si se aborda la problemática desde una concepción racionalista de la prueba judicial.

El discurso tradicional de la doctrina para explicar en que consiste este grado de cognición señala que en sede cautelar no es necesario que el juez alcance la certeza para decretar la medida, pues la certeza es exigida al juez en el proceso de fondo.¹⁰⁰ Tratándose de medidas cautelares sólo se exigiría una apariencia, esto es, que la pretensión aparezca como verosímil o probable. En otras palabras, el presupuesto del *fumus boni iuris* constituiría un término intermedio entre la incertidumbre propia del inicio del proceso y la certeza que se alcanza al final con la sentencia. Este término intermedio sería la verosimilitud.¹⁰¹

¹⁰⁰ Serra Domínguez, en forma excepcionalísima, niega que en el proceso de fondo se alcance la certeza. Cfr. SERRA DÓMINGUEZ, “Teoría general...”, ob. cit., pp. 36 y 37.

¹⁰¹ Véase por ejemplo, MONTERO AROCA, “Medidas...”, ob. cit., p. 431; ARIANO DEHO, “Situación Cautelable...” ob. cit., p. 663; en Chile TAVOLARI OLIVEROS, “La orden...”, ob. cit., p. 695. Para más explicaciones y referencias, *Vid. supra*. Cap II, 1.1, pp. 28 y 29.

Esta explicación descansa fundamentalmente en tres afirmaciones: i) que en el proceso de fondo al juez se le exige (y este alcanza) la certeza de los hechos; ii) que verosimilitud y probabilidad significan lo mismo, y iii) que la verosimilitud o probabilidad supondrían un grado de conocimiento menor al del proceso de fondo.

Por nuestra parte, estimamos que esta explicación es sumamente cuestionable, pues se sustenta en dos afirmaciones que creemos equivocadas i) y ii), y en una tercera que merece ser matizada iii). En lo que sigue de este trabajo intentaremos dar razón de nuestra posición explicando cuales son los problemas que plantean estas tres afirmaciones.

i) No es efectivo que en el proceso de fondo se alcance la certeza respecto de los hechos

La afirmación, muy frecuente en el contexto de las medidas cautelares, de que en el proceso de fondo se alcanza la certeza, supone que el proceso judicial está orientado a la obtención de la verdad. La concepción racionalista de la prueba judicial, que es el enfoque metodológico que seguimos en esta investigación, también postula la búsqueda de la verdad como uno de los objetivos del proceso judicial,¹⁰² sin embargo, no se trataría de una verdad absoluta sino de una verdad probable.¹⁰³

Epistemológicamente hablando parece haber bastante consenso en que, salvo algunas áreas de la lógica y de la metafísica, en el ámbito del conocimiento humano no es posible alcanzar verdades absolutas e indiscutibles.¹⁰⁴ La verdad es fundamentalmente relativa, y es relativa en un doble sentido. Es relativa a los medios o instrumentos de que se dispone para establecerla, pues estos medios son siempre limitados, y además, es relativa en relación al contexto en el que se inserta. Toda determinación de hechos, y toda búsqueda de la verdad, está determinada por un conjunto de nociones, conceptos, vocabulario, lenguaje, que constituyen su marco de referencia.¹⁰⁵ Estas consideraciones que son válidas para el

¹⁰² TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., pp. 21 y ss., en especial, p. 62 y ss.; FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 29 y ss.

¹⁰³ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., pp. 176, 190 y 74; FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, ob. cit., p. 26. Esta misma aproximación, rechazando la idea de verdad absoluta, y considerando a la verdad procesal como “probable” o “aproximada”, es sostenida en Chile por Meneses Pacheco. Cfr, MENESES PACHECO, “Fuentes...”, ob. cit., p. 72.

¹⁰⁴ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 178.

¹⁰⁵ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., pp. 74 y 75.

conocimiento en general, son desde luego válidas también para el proceso y la prueba judicial.

Sin embargo, esta relatividad del concepto de verdad no significa la imposibilidad de establecer racionalmente la verdad de los hechos, en el conocimiento en general y en el proceso en particular.¹⁰⁶ Lo que ocurre es que ahora el problema de la verdad es redefinido de una manera diferente. Ahora de lo que se trata es de establecer bajo qué condiciones podemos considerar a un conocimiento esencialmente relativo como verdadero, o bien, cuál es el grado de aceptabilidad que debe tener el conocimiento relativo para que podemos considerarlo como verdadero. O dicho de otra manera, “el problema de la determinación de los hechos se plantea racionalmente en términos de modalidades y técnicas para obtener la mejor verdad relativa, es decir, la mayor aproximación de la determinación de los hechos a la realidad”.¹⁰⁷ De esta manera, la concepción racionalista de la prueba postula que es necesario dejar atrás el concepto de certeza o verdad absoluta y utilizar el concepto de probabilidad. Si la determinación de los hechos “no puede fundamentarse en alguna <<verdad absoluta>>, al menos puede conseguir un sustituto aceptable, constituido por alguna verdad <<probable>>”.¹⁰⁸

Con estas sucintas explicaciones es posible dejar establecido que la primera afirmación (1) es incorrecta. En el proceso de fondo no se alcanza la verdad absoluta, sino que esa verdad es relativa, o dicho de mejor manera, en el proceso de fondo la determinación de los hechos no se funda en la certeza sino en la probabilidad.

ii) Verosimilitud y probabilidad no son lo mismo

Como señalamos anteriormente, la doctrina estima que verosimilitud y probabilidad serían términos sinónimos y que harían referencia al mismo fenómeno. Esta equiparación o identificación fue introducida por Calamandrei a través de un famoso ensayo en 1955¹⁰⁹, el cual ha tenido mucha influencia en la doctrina procesal italiana, así como en la doctrina

¹⁰⁶ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., pp. 77, 178.

¹⁰⁷ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 182.

¹⁰⁸ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 191.

¹⁰⁹ CALAMANDREI, PIERO, “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, en *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Estudios sobre el proceso civil*, trad. S. Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, t. III.

procesal fuera de Italia.¹¹⁰ En el ámbito de las medidas cautelares, especialmente en lo que al *fumus boni iuris* se refiere, esta identificación es aceptada y utilizada mayoritariamente por la doctrina procesal.¹¹¹

Sin embargo, esta identificación entre verosimilitud y probabilidad presenta dos problemas fundamentales que resultan insuperables; (1) uno de carácter terminológico que se encuentra en el origen de esta identificación; (2) y el otro de carácter metodológico o de aproximación al fenómeno probatorio, los cuales hacen necesario que debamos rechazar esta equiparación o equivalencia.

(1) Taruffo afirma que el análisis de la verosimilitud en Italia se funda en un equívoco introducido por Calamandrei, el cual permanecería inadvertido hasta el día de hoy. Este error sería de carácter terminológico y en consecuencia redundaría en un error conceptual. El problema consiste en que el análisis de Calamandrei parte del término alemán *Wahrscheinlichkeit* el cual fue traducido por verosimilitud. Sin embargo, en la lengua alemana el término *Wahrscheinlichkeit* sirve para designar dos conceptos diferentes, uno de ellos es el de verosimilitud, y el otro es el de probabilidad. Esto no ocurre, por ejemplo, en lengua castellana en donde existen palabras diferentes para referirse a cada uno de estos conceptos.¹¹² En consecuencia, el error consistiría en traducir este término haciendo referencia únicamente a uno de los conceptos a los que se refiere (verosimilitud), olvidando el segundo aspecto del término (probabilidad). Dicho de otra manera, lo correcto hubiese sido dejar en claro que el término *Wahrscheinlichkeit* a veces hace referencia a la verosimilitud y otras veces a la probabilidad.

Este error terminológico se traduce en un importante problema conceptual que consiste en la ambigüedad en el uso del término verosimilitud, ya que “se reconducen al mismo dos significados distintos: a) según el primero, verosimilitud se refiere a algo que

¹¹⁰ En lo que sigue nos basamos en: TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., pp. 183 y ss.

¹¹¹ Véase por ejemplo, ARIANO DEHO, “Situación cautelable...” ob. cit., p. 663, en especial nota 12. Para más referencias *Vid. supra*. Cap II, 1.3, b, pp. 31 y ss. Fuera del ámbito de las medidas cautelares también se puede observar esta confusión en los términos. Marinoni refiriéndose a la tutela anticipada utiliza la expresión “verosimilitud preponderante”, de lo cual se desprende claramente que está utilizando el término verosimilitud para referirse a la probabilidad, pues es en el contexto de la probabilidad y la elección de hipótesis de hecho que se utiliza el estándar de prueba de la probabilidad preponderante o prevaleciente. Cfr. MARINONI, LUIZ GUILHERME, “Tutela anticipada: prueba, convicción y justificación”, en *Revista de Ciencias Sociales*, (Valparaíso), n° 55, 2° semestre 2009, pp. 233 y ss.

¹¹² TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 184.

tiene la <<apariencia de ser verdadero>>, afecta a la alegación del hecho, y es una valoración independiente y preliminar respecto al procedimiento probatorio; b) en el segundo sentido, verosimilitud equivale a probabilidad, advirtiendo, sin embargo, que en el proceso la verosimilitud-probabilidad se usa como <<sustituto de la verdad>>”.¹¹³

Sobre este punto, Monroy Palacios afirma que no existiría mayor problema en acudir indistintamente a los términos verosimilitud o probabilidad mientras se tenga claridad respecto a la categoría procesal a la que estamos aludiendo.¹¹⁴ Por nuestra parte discrepamos de esta afirmación, pues el problema es precisamente ese; que en la mayoría de los casos, cuando se usa la expresión verosimilitud, no se sabe a cual concepto se está haciendo referencia o bien no se lo se explica claramente.

Ambos significados son diferentes y “por tanto no pueden ser usados conjunta y alternativamente, como si no hubiese diferencia entre ellos, en un contexto que tenga pretensiones de ser científicamente aceptable”.¹¹⁵ Las diferencias existentes entre ambos no constituyen simples matices, estas diferencias no son para nada irrelevantes, por lo que, aun cuando una lengua como la alemana los designe con el mismo término, la diferencia entre ambos resulta necesaria.

(2) En segundo lugar, la afirmación de que verosimilitud y probabilidad son lo mismo, es propia de una aproximación al fenómeno de la prueba que pone su atención única o preferentemente en los aspectos jurídicos de la misma, lo que Taruffo denomina una concepción “cerrada” de la prueba jurídica. Según este autor, esta concepción cerrada es un discurso jurídico que entiende que el fenómeno probatorio se agota exclusivamente en las normas jurídicas que regulan la actividad probatoria, “o al menos, que sólo vale la pena ocuparse de los aspectos del fenómeno (que son) regulados por las normas... Asimismo, para esta concepción, la regulación jurídica de la prueba y el proceso constituyen un contexto autosuficiente y autónomo respecto de cualquier otro sector de la experiencia...”¹¹⁶ de modo que no sería necesario recurrir a otros ámbitos del saber humano.

¹¹³ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., pp. 184, 503 y ss.

¹¹⁴ MONROY PALACIOS, *Bases...*, ob. cit., p. 173, nota 187.

¹¹⁵ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 185.

¹¹⁶ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., pp. 343 y 344.

En un contexto como este resulta entendible que los autores, al tratar de explicar el presupuesto del *fumus boni iuris* desde una perspectiva estrictamente jurídica, no hayan percibido ningún tipo de diferencia entre probabilidad y verosimilitud.

Sin embargo, la concepción racionalista adopta lo que Taruffo denomina una concepción “abierta” de la prueba judicial. Esta concepción abierta entiende que la prueba es un fenómeno que pertenece fundamentalmente al ámbito de la lógica y de la racionalidad, “mientras que sólo algunos aspectos de este fenómeno están previstos y regulados por normas”.¹¹⁷ Es más, las normas jurídicas tendrían una utilidad muy discutible en la actividad probatoria, lo que redundaría en una tendencia a disminuir cada vez más la regulación de la prueba. Por lo anterior resulta legítimo y necesario recurrir a los conceptos y métodos provenientes de otros sectores de experiencia, sean de carácter científico, provenientes del sentido común o de la racionalidad general. De esta manera, el concepto de prueba y de otros aspectos relacionados con ella debe buscarse en una perspectiva epistemológica antes que en una perspectiva exclusivamente jurídica.¹¹⁸

En el ámbito epistemológico resulta bastante claro que verosimilitud y probabilidad son conceptos totalmente diferentes. La verosimilitud es una cualidad que puede predicarse respecto de una aserción, y suele definirse como la capacidad de la aserción “para representar una cierta realidad, como la aproximación de la representación al objeto representado o como la cercanía de la aserción a la realidad de la que se ocupa”.¹¹⁹ En términos simples, “la verosimilitud indica el grado de capacidad representativa de una descripción respecto a la realidad”.¹²⁰

Por su parte, en el uso común del término (uso no estrictamente epistemológico), la verosimilitud suele ser equivalente a “normalidad”, es decir, se considera verosímil “aquello que parece corresponderse con la normalidad de comportamientos o sucesos del tipo del que es objeto de valoración”.¹²¹ O dicho de otra manera, un enunciado sobre

¹¹⁷ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., pp. 344 y 345.

¹¹⁸ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 346.

¹¹⁹ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 185.

¹²⁰ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., pp. 185 y ss., 203 y ss.

¹²¹ TARUFFO, MICHELE, “Tres observaciones sobre: Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de Larry Laudan”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, (España), n° 28, 2005, pp. 123 y 124; TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 505.

hechos se considera verosímil cuando es capaz de describir el funcionamiento normal las cosas.

La noción de probabilidad resulta un poco mas compleja de explicar, principalmente porque existen diferentes concepciones de probabilidad muy diferentes entre si. Sin embargo, es posible dar una noción mínima de probabilidad que nos permita diferenciarla de la verosimilitud. En primer lugar partamos señalando que la concepción de probabilidad que se utiliza en el ámbito de la prueba judicial, es el de probabilidad lógica o inductiva.¹²²

La probabilidad lógica o inductiva constituye fundamentalmente una relación lógica entre hipótesis de hecho y elementos de confirmación.¹²³ Puede ser definida como el grado de confirmación que los medios de prueba disponibles otorgan a una afirmación sobre hechos. La probabilidad así entendida mide el grado de aceptabilidad o fundamentación que puede atribuirse a una hipótesis relativa a hechos sobre la base de los elementos de confirmación de que se dispone para sustentarla.¹²⁴

Como se puede apreciar, se trata claramente de términos diferentes.¹²⁵ La verosimilitud es la aproximación, representación, o la cercanía, de una afirmación respecto del hecho al cual se refiere. En cambio la probabilidad de una afirmación se refiere a la presencia de elementos de confirmación que permitan considerarla como verdadera. Una aserción es verosímil cuando es capaz de aproximarse, de representar o de acercarse al objeto al cual se refiere, en cambio, una afirmación es probable cuando existen elementos de prueba que permiten considerarla aceptable o fundada.

¹²² TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., pp. 223 y ss.; FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, ob. cit., pp. 93 y ss., en especial 120 y ss.

¹²³ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 240.

¹²⁴ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 224.

¹²⁵ Para una explicación de las diferencias entre verosimilitud y probabilidad en la doctrina nacional, aunque tomando nuestro mismo autor de referencia, véase AVILÉS MELLADO, LUIS, "Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional", en *Revista de Estudios de la Justicia*, 4 (2004), pp. 180 y 181. Por su parte, Cortez Matcovich parte de la base de que en nuestra doctrina y jurisprudencia la expresión verosimilitud se toma como sinónima de probabilidad, y además reconoce que la expresión verosimilitud, tiene un concepto propio y diferente, sin embargo, cae en la contradicción de aceptar que ambos conceptos son aplicables a las medidas cautelares. Véase CORTEZ MATCOVICH, "Apreciación crítica...", ob. cit., pp. 139 y ss. Por nuestra parte estimamos que de las diferencias apuntadas se desprende que el *fumus boni iuris* debe estar referido a uno o al otro pero en ningún caso a ambos. Este argumento se desarrollara en el apartado siguiente.

Además, la verosimilitud está referida exclusivamente a la alegación del hecho y no a la prueba del mismo.¹²⁶ Se trata de una cuestión que se refiere exclusivamente a la aserción sin tomar en consideración elementos externos. La verosimilitud de un enunciado sobre hechos puede ser determinada sobre la base del sólo enunciado sin necesitar elementos externos. Como decíamos anteriormente, de lo que se trata es de establecer si esa aserción sobre hechos se acerca a los hechos a los que se refiere. En cambio, la probabilidad sí está referida a la prueba del hecho y sí considera elementos externos. La probabilidad no puede ser determinada sobre la base del sólo enunciado, necesita de elementos externos, porque por definición, se refiere al grado de confirmación que los elementos de prueba otorgan a la afirmación sobre hechos.

Por último, se puede constatar fácilmente que una afirmación verosímil puede no ser probable o no ser verdadera.¹²⁷ Así por ejemplo, la afirmación “en Atacama el día está despejado y muy caluroso”, es absolutamente verosímil, pues se acerca a la situación de hechos normal. Sin embargo, esa afirmación puede ser falsa si se cuentan con registros meteorológicos, testigos y grabaciones que demuestran que en Atacama el día está lluvioso y muy helado. Por su parte una afirmación inverosímil (o no verosímil) puede ser verdadera. Por ejemplo, la afirmación “mi sobrino de 8 años se ha titulado de la universidad” es inverosímil, pues no representa o no se acerca a la normalidad de los hechos. Sin embargo, esta afirmación puede resultar verdadera, si se cuentan elementos que la confirmen, como por ejemplo, *test* que midan su coeficiente intelectual, registros y documentos universitarios que acrediten el estudio y aprobación de una carrera universitaria, y personas que atestigüen su capacidad intelectual y su paso por la universidad, etc.

En conclusión, podemos decir que existen buenas razones para no considerar verosimilitud y probabilidad como términos sinónimos o equivalentes. Por el contrario, una mínima claridad de análisis aconseja distinguir claramente entre ambos conceptos. Sin embargo, el problema no termina aquí, pues habiendo distinguido claramente entre ambos conceptos, resulta necesario ahora determinar a cuál de estos conceptos está referido el *fumus boni iuris*.

¹²⁶ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 506.

¹²⁷ TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., pp. 186 y 187, 506 y 507.

iii) ¿Qué quiere decir que en el ámbito de las medidas cautelares se exija un grado de cognición o conocimiento menor al del proceso de fondo?

De acuerdo a la doctrina procesal el presupuesto del *fumus boni iuris* es un grado de cognición o conocimiento menor al del proceso de fondo. Si tomamos las conclusiones a las que llegamos en los dos subapartados anteriores, es decir, que en el proceso de fondo no se alcanza una certeza absoluta de los hechos, sino que sólo se alcanza una verdad probable, y además, que probabilidad y verosimilitud no son lo mismo, se puede concluir fácilmente que el *fumus boni iuris* está constituido o se refiere a la probabilidad.¹²⁸

La línea argumentativa es la siguiente: si verosimilitud y probabilidad no son lo mismo, estimamos que el *fumus boni iuris* debería estar referido a uno o al otro pero no a ambos. Ahora bien, para que este grado de conocimiento pueda ser menor al del proceso de fondo, debe tratarse de un conocimiento de la misma naturaleza. Si el conocimiento en el proceso de fondo se traduce en una verdad probable, este grado de conocimiento menor, que supone el *fumus boni iuris*, es un conocimiento menos probable.

Siguiendo este mismo argumento, el presupuesto del *fumus boni iuris* no puede consistir en la verosimilitud. Algo que es diferente no puede constituir algo menor. La verosimilitud admite graduaciones al igual que la probabilidad, pero estas graduaciones se refieren a cosas diferentes. Si la verdad de los hechos en el proceso se resuelve en una cuestión de probabilidad, este grado de conocimiento menor, que supone el *fumus boni iuris*, no puede consistir en la verosimilitud porque la verosimilitud tiene una condición diferente y algo diferente no puede ser algo menor.

Pero además existen dos argumentos más que permiten concluir que este grado de cognición o conocimiento menor que supone el *fumus boni iuris* no puede consistir en la verosimilitud.

En primer lugar, la verosimilitud no supone medios de prueba. Recordemos que la verosimilitud de un enunciado se establece sobre la base del sólo enunciado sin que sean

¹²⁸ Serra Domínguez, niega que en el proceso de fondo se alcance la certeza, razón por la cual concluye que tratándose de medidas cautelares el juicio de hecho se resuelve en una cuestión de probabilidad. Sin embargo, no parece claro que el autor logre captar la diferencia epistemológica entre los conceptos de verosimilitud y probabilidad. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, “Teoría general...”, ob. cit., pp. 36 y 37.

necesarios elementos externos. En cambio, los análisis doctrinarios¹²⁹ así como las normas legales¹³⁰ que establecen este presupuesto, parten de la base de que el *fumus boni iuris* se debe alegar y probar. Este argumento encuentra una dificultad en relación al artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia, pues dicha norma sólo exige que se tome en cuenta la verosimilitud, sin hacer alusión a la idea de medios externos (medios de prueba) destinados a acreditarla. Sin embargo, los argumentos señalados anteriormente siguen siendo aplicables (no puede ser algo menor algo diferente), del mismo modo que también es aplicable el argumento que se señalará a continuación.

En segundo lugar, la concepción racionalista de la prueba judicial estima que el proceso judicial, y la prueba en particular, deben estar orientados a la búsqueda de la verdad. Toda decisión judicial para ser considerada justa o legalmente justificada requiere como condición necesaria (obviamente no suficiente) el establecimiento de los hechos efectivamente ocurridos. Esta orientación desde luego que es aplicable a los hechos que son establecidos en sede cautelar. Si la medida cautelar debe ser decretada cuando concurren los presupuestos necesarios para su adopción, resulta obvio que esos presupuestos deben ser alegados y probados. Deben existir medios de prueba que permitan al juez considerar como probables la concurrencia de los presupuestos en el caso concreto. Por lo tanto, la decisión sobre medidas cautelares no puede basarse simplemente en la mera alegación del solicitante y en su capacidad para representar “hechos normales”, para entender que concurren los presupuestos en un caso concreto, es necesario que se presenten medios de prueba destinados a acreditarlos.¹³¹

A partir de lo razonado en este subapartado, podemos concluir que en el proceso de fondo el juez no logra alcanzar la certeza de los hechos, sino que sólo alcanza una verdad

¹²⁹ Por ejemplo: RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento...*, ob. cit., p. 530; SERRA DOMÍNGUEZ, “Teoría general...”, ob. cit., p. 37; ARIANO DEHO, “Situación cautelable...”, ob. cit., p. 665; PÉREZ DAUDÍ, “Las medidas cautelares...”, ob. cit., p. 1063. En Chile ROMERO SEGUEL, *Curso...*, ob. cit., p. 61; MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit., pp. 251 y ss. CORTEZ MATCOVICH, “Apreciación crítica...”, ob. cit., pp. 139 y ss.

¹³⁰ Así por ejemplo, El Código de Procedimiento Civil en su artículo 298 exige que “se acompañen comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”. Por su parte el artículo 728.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, se establece que el solicitante “habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales...”.

¹³¹ Sobre estas consideraciones aunque referidas en general a las diferentes formas de tutela sumaria, véase TARUFFO, MICHELE, “Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria”, trad. Maximiliano Aramburo Calle, en *Páginas sobre la justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 269 y ss., en especial p. 280.

probable. Además dejamos establecidos que los conceptos de verosimilitud y probabilidad no son sinónimos y que existen buenas razones para considerarlos diferentes. Por último, dejamos establecidos que a la hora de entender en que consiste este grado de conocimiento menor que supone el *fumus boni iuris*, este debía entenderse referido a la probabilidad, y por lo mismo rechazar la utilización del concepto de verosimilitud en el contexto de medidas cautelares.

Sin embargo, estas conclusiones no dan por resuelto el problema. Aún queda por determinar qué se quiere decir cuando se afirma que el *fumus boni iuris* supone un grado de cognición o conocimiento menor o menos probable al del proceso de fondo. Ahora la problemática puede definirse de la siguiente manera: ¿cuándo o bajo qué condiciones se pueden dar por establecidos los hechos en sede cautelar?, o dicho de otra forma, ¿cuándo se pueden considerar como probables los hechos afirmados en sede cautelar? Para responder esta pregunta, en primer lugar, resulta necesario determinar qué ocurre con el proceso de fondo. Es decir, ¿cuándo o en qué condiciones se dan por establecidos los hechos en el proceso de fondo? Sólo una vez determinado que ocurre en el punto de referencia (proceso de fondo), podremos explicar en que consiste este grado de cognición o conocimiento menor en sede cautelar.

En términos simples, lo que determina cuándo pueden darse por establecidos los hechos es el estándar de prueba. El estándar de prueba del proceso de fondo en materia civil es el estándar de la probabilidad prevalente. Si tratándose del *fumus boni iuris* se exige un grado de cognición o conocimiento menor, el estándar de prueba deberá ser menor o menos exigente al estándar de la probabilidad prevalente. Sobre estos estándares de prueba nos referiremos con mayor profundidad en el capítulo final de esta investigación.¹³²

d. El grado de cognición o conocimiento sobre los aspectos jurídicos de la pretensión

El desarrollo de nuestra investigación nos llevó a concluir que el *fumus boni iuris* podía definirse como el grado de cognición o conocimiento sobre los aspectos jurídicos y fácticos de la pretensión que es necesario para decretar una medida cautelar.

¹³² Vid. *infra*. Cap IV, 3, pp. 74 y ss.

Todo el análisis desarrollado anteriormente con el objeto de esclarecer las recurrentes confusiones existentes a la hora de conceptualizar este presupuesto, así como los intentos por referir este presupuesto a la probabilidad y excluir la verosimilitud, debe entenderse referido a los aspectos fácticos de la pretensión y no a los aspectos jurídicos.

De hecho, esta circunstancia demuestra una vez más las complejidades del asunto que estamos tratando. La doctrina normalmente tiende a centrar el análisis del presupuesto del *fumus boni iuris* en el conocimiento de sus aspectos fácticos, olvidando la cognición o control sobre los aspectos jurídicos de la pretensión.

Lo que nos interesa dejar en claro en este lugar es que las nociones de verdad probable o probabilidad y su relación con el estándar de prueba deben entenderse referidas a los hechos alegados en sede cautelar, a los aspectos fácticos de la pretensión. Por el contrario, los aspectos jurídicos de la pretensión, más precisamente las normas jurídicas que el solicitante invoca, no pueden analizarse bajo los parámetros de la probabilidad o el estándar de prueba.

Los argumentos jurídicos que invoca el solicitante, podrán ser pertinentes o no. El juez podrá estimar que una norma invocada es aplicable o derrotable en el caso concreto, pero no podrá considerarla probable o verosímil. Dicho de otra manera, es necesario distinguir el razonamiento fáctico o probatorio del razonamiento jurídico.

El grado de conocimiento sobre los aspectos jurídicos de la pretensión supone un análisis complejo sobre diferentes cuestiones referidas al razonamiento jurídico, las cuales no pueden ser abordadas en este lugar con la profundidad y rigurosidad requeridas. Nuestra investigación se centra en los aspectos fácticos referidos a los presupuestos de las medidas cautelares, por esa razón, nos limitamos a dejar establecida la advertencia de que el *fumus boni iuris* no puede reducirse únicamente a los aspectos fácticos. El análisis de este presupuesto debe referirse también a sus aspectos jurídicos.

III. CAUCIÓN O CONTRACAUTELA: ¿CONSTITUYE REALMENTE UN PRESUPUESTO PARA DECRETAR UNA MEDIDA CAUTELAR?

El artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia no contempla a la caución como uno de los presupuestos necesarios para decretar una medida cautelar.¹³³ Esta circunstancia es totalmente coincidente con nuestra tradición legislativa. Por regla general las leyes procesales que regulan medidas cautelares no consideran a la caución como un presupuesto, y a veces ni siquiera se refieren a ella. La excepción la constituye nuestro Código de Procedimiento Civil, aunque la regulación es bastante periférica.¹³⁴

En cambio, desde el punto de vista teórico constituye un lugar común en la doctrina, tanto extranjera como nacional, considerar a la caución como uno de los presupuestos necesarios para decretar una medida cautelar. Por nuestra parte creemos que la caución no debería considerarse un presupuesto de las medidas cautelares. Sin embargo, para poder llegar a esta conclusión, el estudio de la caución en el contexto de la tutela cautelar resulta ineludible. En lo que sigue de este capítulo analizaremos la caución desde un punto de vista teórico (apartado 1), en seguida examinaremos la recepción de la caución en nuestro país, tanto desde un punto de vista legal como doctrinario (apartado 2), y para finalizar trataremos de determinar si la caución debe o no considerarse un presupuesto para la adopción de las medidas cautelares (apartado 3).

¹³³ Tampoco existe referencia a la caución como presupuesto cautelar en las demás normas de dicha ley.

¹³⁴ En el Código de Procedimiento Civil la caución no constituye un presupuesto general para la adopción de medidas cautelares. Sólo es exigible tratándose de medidas no contempladas expresamente por la ley, tratándose de medidas prejudiciales precautorias, y en la situación especial de la falta de los comprobantes del artículo 299 de dicho código.

1. La caución o contracautela en la doctrina procesal

1.1 Concepto de caución

La caución o contracautela¹³⁵ es la garantía que el sistema cautelar contempla para asegurar la reparación de los perjuicios que puedan causarse al sujeto pasivo de una medida cautelar injustificada.

La doctrina tiende a explicar la posición de la caución en el sistema cautelar a partir de la incertidumbre y la posibilidad de error inherente a las medidas cautelares.¹³⁶ Una de las características de la decisión cautelar es la incertidumbre que tiene el juez respecto a la situación jurídica que invoca el solicitante. Fundamentalmente existe incertidumbre sobre la posibilidad de que el solicitante tenga razón en el proceso principal. Si se decreta una medida cautelar y resulta que en definitiva el solicitante tenía la razón, esa medida estaba justificada, de manera que la reparación no es necesaria. Sin embargo, el problema surge cuando se decreta una medida cautelar y resulta que en definitiva el solicitante no tenía la razón. En este caso, la medida cautelar solicitada resulta injustificada y produce perjuicios que es necesario reparar. Para asegurar esta reparación el sistema cautelar contempla el mecanismo de la caución.

Si existiera certeza de que el solicitante tiene razón la caución sería innecesaria, pues esa medida cautelar estaría justificada desde el comienzo. Asimismo, si existiera seguridad de que la medida no va a producir perjuicios al sujeto pasivo, la caución también sería innecesaria. Sin embargo, la decisión sobre medidas cautelares no se caracteriza por la certeza sino por la incertidumbre, de manera que la posibilidad de producir perjuicios al sujeto pasivo siempre existe. Frente a esta posibilidad de que surja responsabilidad patrimonial, la caución actúa como mecanismo que garantiza la reparación.

¹³⁵ La expresión le corresponde a Chiovenda. Cfr. CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. E. Gómez Orbaneja, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1936, v. I, p. 299.

¹³⁶ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., p. 76; ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 930; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 945; ARMENGOT VILAPLANA, FRANCISCA, “La caución. Presupuesto para la adopción de medidas cautelares”, en *Práctica de Tribunales*, (España), n° 30, Sept. 2006, p. 19; GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas...*, ob. cit., p. 372; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 682.

1.2 Función de la caución en el sistema cautelar

Ya señalamos que en la adopción de una medida cautelar siempre existe la posibilidad de error derivado de la incertidumbre que le es propia. Esos errores en la dictación producen o pueden producir perjuicios los cuales es necesario reparar. Quien sufre estos perjuicios puede perseguir la reparación de acuerdo al sistema de responsabilidad derivado del uso de las medidas cautelares que establezca la ley. Sin embargo, esta persecución estará sujeta a las contingencias propias de todo proceso y a la posibilidad de que el solicitante pueda responder. La existencia de una caución constituida con carácter previo a la dictación de la medida, cumple la función de garantizar la reparación de los perjuicios que una medida injustificada produce al sujeto pasivo de la misma.

Algunos autores justifican la existencia de la caución en la falta de contradicción o bilateralidad con carácter previo a la dictación de la medida.¹³⁷ En este sentido la caución permitiría equiparar la posición de las partes. Por un lado, la medida se decreta inaudita parte y por la otra, se constituye la caución a favor del sujeto pasivo. A nuestro modo de ver la caución no está relacionada directamente con la falta de contradicción o bilateralidad. Bien puede darse el caso que una medida se decrete previa audiencia de la contraparte y aún así, resulte en definitiva injustificada produciendo daños y perjuicios que deben ser reparados. Sin embargo, detrás de esta equiparación entre la caución y la falta de contradicción o bilateralidad existe una intuición que sí es efectiva. Lo que ocurre es que el sistema cautelar debe tener en cuenta y proteger los intereses de ambas partes. La caución es uno de los mecanismos a través de los cuales el sistema cautelar protege también los intereses del sujeto pasivo de la medida, sin embargo, no es el único.¹³⁸

Otros autores justifican la caución como un mecanismo que permitiría reparar al sujeto pasivo frente a medidas abusivas o que tiendan a coaccionarlo ilegítimamente.¹³⁹ Es decir, no bastaría que en definitiva el proceso se fallara a favor del sujeto pasivo sino que

¹³⁷ MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas...*, ob. cit., pp. 55 y ss.; V.V. A. A., *Medidas...*, ob. cit., pp. 9 y 10; Ramos Méndez se refiere a la ventaja inicial de la que goza el sujeto activo que obtiene la medida. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 945.

¹³⁸ Otros mecanismos de protección de los intereses del sujeto pasivo son la proporcionalidad, la provisionalidad, la caución sustitutoria, etc. Frente a la falta de contradicción o bilateralidad la ley concede al sujeto pasivo el mecanismo de la oposición.

¹³⁹ V.V. A. A., *Medidas...*, ob. cit., pp. 9 y 10; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 945.

sería necesario que dicha medida se muestre como ilegítima. Sin embargo, esta circunstancia estará determinada por el sistema de responsabilidad derivado de las medidas cautelares que establezca la ley. Sobre el sistema de responsabilidad y su relación con la caución nos referiremos a continuación.

1.3 La caución y el sistema de responsabilidad

Ramos Romeu sostiene que la caución sólo puede entenderse a partir de un sistema de responsabilidad.¹⁴⁰

La caución como garantía para asegurar la reparación de los perjuicios que puede ocasionar una medida cautelar injustificada sólo se explica en un sistema en el cual existe la posibilidad de perseguir esa reparación. Si no existiera la posibilidad de perseguir la reparación patrimonial, la caución no se justificaría. De esta manera, es necesario conocer previamente el sistema de responsabilidad para poder llegar a comprender el mecanismo de la caución. Esta idea parece una obviedad, sin embargo, ha pasado inadvertida por la doctrina prácticamente sin excepciones.

La excepción la constituye Ramos Romeu, a quien seguimos en este apartado, quien afirma que “ha devenido práctica usual el tratar ambas instituciones de forma separada e inconexa,¹⁴¹ abordar sólo el estudio de la caución sin tratar para nada la responsabilidad, o investigar aspectos de una bajo el rótulo de la otra y considerar propuestas para una incompatibles con el funcionamiento de la otra, a lo que hay que añadir los estudios que analizan las cauciones de forma autónoma”.¹⁴²

Según el autor, la doctrina tiende a poner “el carro delante de los bueyes”, haciendo recaer sobre la caución todo el peso para obtener un funcionamiento adecuado de la tutela

¹⁴⁰ RAMOS ROMEU, *Medidas...*, ob. cit., p. 301.

¹⁴¹ Por ejemplo, véase BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional...*, ob. cit., pp. 682 y 683; 705 y 706; MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas...*, ob. cit., pp. 55-64 y 139-148; ARAZI, y otros, *Medidas...*, ob. cit., pp. 9-15 y 37-42; Monroy Palacios, se limita a conectar la responsabilidad con la caución, sin embargo no explica cuando es deseable la caución y los problemas que genera. Cfr. MONROY PALACIOS, *Bases...*, ob. cit., pp. 199-205 y 329- 333; ARMENGOT VILAPLANA, “La caución...”, ob. cit., *Passim*.

¹⁴² RAMOS ROMEU, *Medidas...*, ob. cit., p. 302.

cautelar, olvidando por completo el sistema de responsabilidad”.¹⁴³ Esto produce un “pensamiento único” en torno a la caución, “un convencimiento compartido, generalizado y acríptico acerca de sus bondades y su necesidad...”.¹⁴⁴ La doctrina partiría del supuesto implícito de que el sistema de responsabilidad no funciona o funciona mal, y que la caución es siempre deseable, sin embargo, no justifica mayormente estas intuiciones.

Por estas circunstancias, Ramos Romeu entiende que es necesario explicar (a) cuál es el problema del sistema de responsabilidad que hace deseable la caución, y (b) cuáles son los problemas que la utilización de la caución trae aparejado.

Sin perjuicio de lo que se desarrollará más adelante,¹⁴⁵ es necesario hacer una aproximación mínima al sistema de responsabilidad. El sistema de responsabilidad hace responsable al solicitante de la medida cautelar de todos los daños y perjuicios que ocasiones una medida injustificada. Lo que ocurre es que al decidir sobre la medida el juez no tiene toda la información necesaria. No sabe cuáles son los daños que se evitan ni cuáles son los que se ocasionan, ni tampoco sabe si el solicitante tiene razón respecto de la pretensión de fondo. Frente a este escenario, al hacer responsable al solicitante de los perjuicios que ocasione la medida injustificada, el sistema de responsabilidad se apropia de la información que este tiene y de la cual carece el juez. Haciendo responsable al solicitante, se crean los incentivos suficientes para que sólo se solicite una medida cuando se espera obtener la razón. Un sujeto no solicitará infundadamente una medida si sabe que aquello le ocasionará responsabilidad a favor del sujeto pasivo. Por esta razón, en un sistema de responsabilidad, el juez que carece de información puede tener cierta seguridad de que las medidas solicitadas sí resultarán justificadas.¹⁴⁶

a. ¿Cuándo es deseable la caución?

Para que el sistema funcione, entre otras cosas, es necesario que el solicitante de la medida sea una persona solvente, pues sólo de esa manera nos aseguramos que en definitiva él va a

¹⁴³ RAMOS ROMEU, *Medidas...*, ob. cit., p. 300. Esta circunstancia sería un reflejo de la tendencia doctrinaria de poner su atención en el sistema de control judicial, descuidando el sistema de responsabilidad derivado de la tutela cautelar. *Ibid.* p. 178.

¹⁴⁴ RAMOS ROMEU, *Medidas...*, ob. cit., p. 300.

¹⁴⁵ *Vid. infra.* Cap, IV, 1.1, pp. 67 y ss.

¹⁴⁶ RAMOS ROMEU, *Medidas...*, ob. cit., pp. 177 y ss.

responder frente a una medida injustificada, y sólo de esa manera el sistema de incentivos funciona. Sin embargo, puede ocurrir que el sujeto que solicita la medida no sea solvente. En una situación como esta el sistema de incentivos desaparece, pues como no va a poder responder por la medida, el sujeto no va a tener ningún reparo para solicitar medidas injustificadas. De esta manera, es la *insolvencia* del solicitante y sólo ella, la que justifica la utilización del mecanismo de la caución. Mediante la constitución de una caución en forma previa a la dictación de la medida nos aseguramos de que el solicitante es solvente y que el sistema de incentivos funcione.¹⁴⁷ En este escenario, la caución cumple la función de constituir una garantía que asegure la reparación de los daños y perjuicios que ocasiona una medida injustificada. Esta es la explicación que permite justificar a la caución dentro del contexto del sistema de responsabilidad.

b. Problemas de la caución

La caución también ocasiona algunos problemas. La caución tiene el mérito de evitar que personas insolventes soliciten medidas injustificadas. Pero también evita que personas insolventes puedan solicitar medidas justificadas. Una persona insolvente, que sabe que tiene razón y que la medida cautelar que solicita es justificada, no podrá obtenerla si en forma previa se le exige la constitución de una caución. A esto se podría agregar la demora en la tramitación que genera el ofrecimiento de la caución, su constitución por el solicitante y control de la misma por parte del juez.¹⁴⁸ Como se observa, la utilización de la caución no resulta gratuita y no es siempre deseable. Con esta explicación se logra refutar el “pensamiento único” de que la caución sólo genera beneficios y es siempre deseable.

Este apartado sólo tenía por objeto poner de manifiesto la estrecha relación existente entre la caución y el sistema de responsabilidad el cual tradicionalmente es olvidado por la doctrina. Los límites de este trabajo no nos permiten detenernos en las diferentes problemáticas materiales y procesales que supone el sistema de responsabilidad, tales como, el sistema de atribución de responsabilidad (por culpa u objetiva), los daños indemnizables, las hipótesis que generan responsabilidad, el procedimiento para perseguir

¹⁴⁷ RAMOS ROMEU, *Medidas...*, ob. cit., pp. 299 y ss.

¹⁴⁸ RAMOS ROMEU, *Medidas...*, ob. cit., pp. 305 y 306.

esta responsabilidad, etc.¹⁴⁹ Tampoco se profundizará en otros aspectos relacionados con la caución tales como, la tramitación, la cuantía, el tipo de caución o su modificación, pues exceden del objeto de esta investigación.¹⁵⁰ Asimismo, adelantando lo que se dirá mas adelante, creemos que la caución no debe considerarse un presupuesto de las medidas cautelares, o bien, no debe considerarse un presupuesto en la mismos términos que el *periculum in mora* o el *fumus boni iuris*.

2. Recepción de la caución o contracautela en Chile

2.1 La caución en el sistema procesal civil chileno

En Chile la regla general es que la legislación procesal no considere a la caución como un presupuesto de las medidas cautelares. En muchos casos ni siquiera se la contempla.¹⁵¹ La Ley de Tribunales de Familia sigue esta misma orientación, pues no hace referencia a la caución como presupuesto para adoptar una medida cautelar en su artículo 22 ni en ninguna otra norma.

La excepción la constituye nuestro Código de Procedimiento Civil el cual sí contempla la figura de la caución, aunque la regulación es bastante escasa. En este código la caución no constituye un presupuesto general de las medidas cautelares pues sólo se exige en ciertos casos especiales: *a)* En primer lugar, tratándose de medidas no autorizadas expresamente en la ley, el artículo 298 contempla la caución, aunque en este caso resulta facultativo para el juez exigir las; *b)* El artículo 299 exige caución cuando no puedan acompañarse los comprobantes que exige la ley (*fumus boni iuris*), pero en este caso la caución es temporal y opera como sustituto de dichos comprobantes, de manera que una vez presentados los comprobantes se deja sin efecto la caución; *c)* por su parte el artículo 279 exige caución cuando se solicita una medida cautelar con el carácter de prejudicial. Sin embargo, en este caso la caución también resulta temporal, porque una vez cumplida la

¹⁴⁹ Sobre estos aspectos véase RAMOS ROMEU, *Medidas...*, ob. cit., pp. 177 y ss.

¹⁵⁰ Para un estudio en profundidad véase RAMOS ROMEU, *Medidas...*, ob. cit., pp. 299 y ss.

¹⁵¹ Así por ejemplo, el nuevo procedimiento laboral no la regula. Tampoco lo hacía el antiguo procedimiento laboral. La Ley 14.908 sobre Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, no la contempla. La Ley de propiedad industrial tampoco se refiere a ella.

exigencia de presentar la demanda dentro de los 10 días siguientes se deja sin efecto la caución.

Como se puede observar, en nuestro ordenamiento procesal la caución tiene asignado un lugar bastante periférico, pues las leyes por regla general no la regulan. Cuando se la contempla, no se la exige como regla general sino en casos particulares, y en alguno de estos sólo opera en forma temporal.

Esta circunstancia trajo como consecuencia que nuestra doctrina tampoco considerara la caución como presupuesto de las medidas cautelares. Así, por ejemplo, las obras clásicas de fines del siglo pasado sobre medidas cautelares, no la mencionan como tal.¹⁵² Sin embargo, desde una perspectiva teórica más contemporánea nuestra doctrina sí considera a la caución como presupuesto general para la concesión de las medidas cautelares.¹⁵³ Incluso algunos autores abogan por su consideración a nivel legislativo.¹⁵⁴

2.2 La caución según la doctrina nacional

Como el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia no contempla la caución como un presupuesto, no conocemos en Chile nada que se haya escrito referido a la caución en el contexto del procedimiento de familia. Por esta razón, hacemos la advertencia de que la caución se ha estudiado en Chile fundamentalmente a propósito de las medidas cautelares civiles, de manera que lo que a continuación se exponga, debe entenderse referido a ese contexto.

Para nuestra doctrina nacional, la caución o contracautela también constituye una garantía que el sistema establece para asegurar la reparación de los perjuicios que causa una

¹⁵² Me refiero a ROJAS RODRÍGUEZ, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 63 y ss.; QUEZADA MELÉNDEZ, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 68 y ss. Más recientemente, algunos autores tampoco la consideran como presupuesto. ORELLANA TORRES, *Manual...*, ob. cit., pp. 176 y ss.

¹⁵³ MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit., pp. 255 y ss.; TAVOLARI OLIVEROS, “La orden...”, ob. cit., pp. 696 y 697; CORREA SELAMÉ, *Curso...*, ob. cit., p. 56; BORDALÍ SALAMANCA, “Diversos significados...”, ob. cit., p. 56.

¹⁵⁴ CORTEZ MATCOVICH, “La reforma...”, ob. cit., pp. 540 y ss. El mismo autor, hace proposiciones relativas a la caución en la regulación del proyecto de Código Procesal Civil. Véase CORTEZ MATCOVICH, “Apuntes...”, ob. cit., pp. 208 y ss.; Del mismo autor “Apreciación crítica...”, ob. cit., pp. 145 y ss.

medida injustificada.¹⁵⁵ Sin embargo, Romero Seguel, utiliza la expresión “contracautela” en un sentido amplio, para referirse a todos “los derechos que se le reconocen al sujeto afectado por la concesión de una medida cautelar”. Y dentro de estos distintos derechos se refiere a la fianza o garantía.¹⁵⁶ Hacemos la advertencia porque esta postura es excepcional ya que la regla general es que las expresiones caución y contracautela se utilicen para referirse a esta garantía específica destinada a asegurar la reparación de los daños que causa una medida injustificada y no para referirse a todos los derechos del sujeto pasivo.

En lo que se refiere a la función de la caución en el sistema cautelar, nuestra doctrina nacional al igual que la extranjera, tiende a mostrar cierta confusión. Se suele señalar que la caución permitiría por una parte la reparación patrimonial y por la otra reestablecer el equilibrio entre las partes tras la dictación de la medida, sobre todo en aquellos casos que la medida se concede *inaudita* parte. Así por ejemplo, Tavolari Oliveros señala que “por las circunstancias de decretarse la medida precautoria *inaudita altera pars* y, en resguardo de la igualdad de las partes en el proceso y ante la ley, los ordenamientos han previsto la necesidad de reclamar del peticionario de la cautela, una garantía de los resultados del beneficio que se le concede”.¹⁵⁷

Ya señalamos anteriormente que la función que está directamente llamada a cumplir la caución, es la de constituir una garantía que asegure la reparación patrimonial en caso de medidas injustificadas. Pero la idea de equilibrar las posiciones de las partes desborda la figura de la caución. Un sistema cautelar adecuado y razonable debe tener en cuenta y proteger los intereses de ambas partes. En esta lógica, la caución constituye sólo uno de los elementos a través de los cuales se busca proteger también al sujeto pasivo, pero no es el único. Además se debe tener en cuenta que la caución no siempre resulta deseable, y en muchas ocasiones es suficiente el sistema de responsabilidad para proteger los intereses del sujeto pasivo.

Tampoco parece existir claridad en nuestra doctrina a la hora de determinar si la caución y la responsabilidad es necesaria simplemente frente a medidas que resultan

¹⁵⁵ CORTEZ MATCOVICH, “La reforma...”, ob. cit., p. 510; Del mismo autor “Apreciación crítica...”, ob. cit., p. 146; TAVOLARI OLIVEROS, “La orden...”, ob. cit., p. 696. En nuestra jurisprudencia véase: C. Pta. A. 28 de enero de 1992, *RDJ*, t. 89, sec. 2ª, p. 7; C. Pdte. A. C., 13 de mayo de 1987, *RDJ*, t. 84, sec. 2ª, p. 67.

¹⁵⁶ ROMERO SEGUEL, *Curso...*, ob. cit., pp. 65 y 66.

¹⁵⁷ TAVOLARI OLIVEROS, “La orden...”, ob. cit., p. 696. Véase también ROMERO SEGUEL, *Curso...*, ob. cit., pp. 65 y ss.; MARIN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit., p. 255.

injustificadas, o sólo tratándose de medidas abusivas y que tiendan a presionar ilegítimamente al sujeto pasivo.¹⁵⁸

En cuanto a la relación entre la caución y el sistema de responsabilidad, podemos decir que al igual que la doctrina extranjera, nuestros autores se han enfocado fundamentalmente en la caución olvidando por completo el sistema de responsabilidad. Existe un pensamiento único en torno a las bondades de la caución, y a la necesidad de exigirla como presupuesto, sin considerar ni explicar a la caución dentro de un determinado sistema de responsabilidad.

Esta circunstancia se explica fácilmente. Si la regulación de la caución es prácticamente inexistente, las referencias legales a la responsabilidad son menores aún.¹⁵⁹ Si esta situación produjo un descuido a nivel doctrinario en lo referido al estudio de la caución, esta circunstancia se agrava tratándose del sistema de responsabilidad. Quizás la única excepción la constituye Cortez Matcovich, quien se ha referido al sistema de responsabilidad abogando por su consideración a nivel legal y haciendo algunas propuestas a su respecto.¹⁶⁰ De esta manera, queda aún mucho camino por recorrer en todo lo referido al sistema de responsabilidad derivado del empleo de la tutela cautelar. La existencia y estudio de un sistema de responsabilidad resulta inevitable en un sistema cautelar.

3. La caución como presupuesto de las medidas cautelares

En un comienzo Calamandrei consideraba a la caución como una medida cautelar. De hecho a la hora de clasificar las diferentes providencias cautelares las consideraba un como un tipo especial de medidas. El autor consideraba a la caución como la cautela del demandado para perseguir la reparación patrimonial de los daños derivados de una medida injustamente acordada. Se refería a la cautela de la cautela, o contra – cautela.¹⁶¹

¹⁵⁸ CORTEZ MATCOVICH, “Apreciación crítica...”, ob. cit., pp. 145 y 146; TAVOLARI OLIVEROS, “La orden...”, ob. cit., pp. 696 y 697; MARIN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit., p. 256.

¹⁵⁹ Sólo conocemos una norma que en nuestro ordenamiento hace alguna referencia a la responsabilidad. El artículo 280 del Código de Procedimiento Civil en su inciso segundo considera doloso el procedimiento del solicitante de una medida prejudicial precautoria, cuando este no cumple con las cargas que en dicho artículo se le imponen.

¹⁶⁰ CORTEZ MATCOVICH, “La responsabilidad...”, ob. cit., pp. 257 y ss. Véase también MARÍN GONZÁLEZ, *Las Medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit., pp. 222 y ss.

¹⁶¹ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., pp. 63-64.

Sin embargo, en la actualidad la mayoría de la doctrina no considera a la caución como un tipo especial de medida sino como presupuesto de las medidas cautelares.¹⁶² La particularidad es que frente a legislaciones que no consideran a la caución como un presupuesto general o sólo la regulan para ciertos casos específicos, es la doctrina la que adelantándose a la legislación, a propuesto la regulación de la contracautela como un presupuesto general para la adopción de toda medida cautelar. Es decir, según la doctrina mayoritaria, las medidas cautelares deberían decretarse sobre la base de tres presupuestos, el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y la caución.¹⁶³

La doctrina española, a partir de la regulación de la tutela cautelar en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil española, distingue entre el ofrecimiento de la caución y la constitución de la misma. De esta manera el ofrecimiento de la caución constituiría un presupuesto para la adopción de las medidas cautelares, mientras que la constitución de la caución constituiría un presupuesto necesario para la efectividad o ejecución de la medida.¹⁶⁴

Como adelantamos anteriormente, nosotros estimamos que la caución no debería constituir un presupuesto para la adopción de las medidas cautelares, o bien no debería considerarse un presupuesto en la misma medida que el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

Sabemos que la caución se inserta dentro de un sistema de responsabilidad, y en este contexto sólo se hace necesaria frente a la insolvencia del solicitante. Sólo si quien solicita una medida cautelar no tiene patrimonio para responder se hace necesario el otorgamiento de una caución para garantizar la reparación. Por el contrario, si el solicitante es una

¹⁶² BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 682; GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas...*, ob. cit., pp. 372 y 373; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 945; ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal...*, ob. cit., pp. 924, 930 y ss.; PÉREZ DAUDÍ, “Las medidas cautelares en el código...”, ob. cit., p. 1065; Martínez Botos lo considera uno de los requisitos de la pretensión cautelar. Cfr. MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas...*, ob. cit., pp. 55 y ss.

¹⁶³ En su momento Serra Domínguez señaló que: “Aunque en el derecho positivo español sólo en forma subsidiaria se establezca la fianza como presupuesto...es lo cierto que modernamente... se va abriendo camino a la tendencia favorable a la prestación de fianza para poder adoptar una medida cautelar”. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, “Teoría general...”, ob. cit., pp. 41 y 42. Mucho tiempo después la nueva Ley de Enjuiciamiento civil española, recogería esta tendencia doctrinaria, regulando en un mismo artículo los tres presupuestos, en el artículo 728 bajo el nombre “Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución”.

¹⁶⁴ BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional...*, ob. cit., p. 682; PÉREZ DAUDÍ, “Las medidas cautelares en el código modelo...”, ob. cit., p. 1065; ARMENGOT VILAPLANA, “La caución. Presupuesto...”, ob. cit., pp. 30 y ss. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas...*, ob. cit., p. 202.

persona solvente, la caución no resulta necesaria. De manera que muchas veces bastará simplemente el sistema de responsabilidad para proteger al sujeto pasivo de una medida injustificada sin que sea necesaria la caución. En otras palabras, los perjuicios que puedan derivar de la decisión pueden hacerse descansar únicamente en el sistema de responsabilidad, o bien, junto al sistema de responsabilidad, incorporar además, el mecanismo de la caución.

Además como señala Ramos Romeu, la caución no es siempre deseable. La utilización de la caución genera problemas que no resultan para nada irrelevantes pues la caución impide que personas insolventes puedan obtener medidas que estén justificadas. Es decir, la caución puede constituir una barrera a la entrada para que personas sin mayor patrimonio puedan acceder a la tutela cautelar. Además la constitución, la determinación del monto y el control de la caución por parte del juez producen una demora que puede jugar en contra de la eficacia que busca toda medida cautelar.

Por estas razones estimamos que las medidas cautelares deberían decretarse sobre la base de dos circunstancias. En primer lugar, la existencia de hechos o circunstancias que traen consigo el peligro de que la sentencia que se dicte en el proceso principal resulte ineficaz (*periculum in mora*). Y en segundo lugar, sobre la base de cierto grado de conocimiento de la pretensión que se propone formular el solicitante, para determinar si existe la probabilidad de que esa pretensión sea acogida en el proceso de fondo (*fumus boni iuris*). Estos son los hechos y circunstancias que debería evaluar el juez a la hora de decretar una medida.

Por el contrario, creemos que el juez no debería tomar en consideración el ofrecimiento y monto de la caución en forma previa al otorgamiento de la medida cautelar. La forma y monto de la caución son cuestiones que deberían incidir cuando la decisión ya está tomada, como elementos relativos a su concreción.¹⁶⁵

En otras palabras, estimamos que la caución no debería formar parte de los hechos o circunstancias que el juez toma en consideración para decidir si la medida debe ser dictada o no. La caución es un aspecto que el juez debería tomar en consideración para llevar a efecto una medida cuya concesión ya está decidida.

¹⁶⁵ Monroy Palacios, estima que la caución “constituye en realidad un requisito de actuación (de ejecución, en sentido lato) de la medida, mas no de procedencia”. Cfr. MONROY PALACIOS, *Bases...*, ob. cit., p. 203.

IV. ¿CUÁNDO DEBE DECRETARSE UNA MEDIDA CAUTELAR? ELEMENTOS A CONSIDERAR

1. Responsabilidad *versus* control judicial

Como se explicó anteriormente,¹⁶⁶ la dictación de una medida cautelar es un ámbito de decisión judicial que se caracteriza por la incertidumbre y el riesgo. No sabe cuáles son los daños que se evitan ni cuáles son los daños que se ocasionan, tampoco se sabe si el solicitante tiene razón respecto de la pretensión de fondo. El juez tiene la necesidad de adoptar una decisión, teniendo escasa información sobre el fondo de la controversia. Esta incertidumbre puede producir dos tipos de errores diferentes; que se decrete la medida cautelar y en definitiva resulte que el solicitante no tenía la razón, produciéndose con ello daños al sujeto pasivo (medida injustificada), o bien, que no se decrete la medida cautelar y resulte que en definitiva el solicitante sí tenía la razón, lo que produce un perjuicio al solicitante (ineficacia de la sentencia).¹⁶⁷

Este es el escenario propio de las medidas cautelares. O dicho de otro modo, estos son los elementos que constituyen en esencia la problemática que debe ser abordada por la regulación cautelar. Desde el punto de vista histórico, en nuestra tradición jurídica se han consolidado fundamentalmente dos formas de regulación de la tutela cautelar para hacerse cargo de esto: el sistema de responsabilidad y el sistema de control judicial.¹⁶⁸

1.1 El sistema de responsabilidad

Frente a este escenario que se caracteriza por la incertidumbre, el sistema de responsabilidad hace recaer en el solicitante de la medida cautelar, la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que pueda causar en el sujeto pasivo una medida injustificada. De esta forma, el sistema de responsabilidad se apropia de la información que

¹⁶⁶ *Vid. supra.* Cap. II. 1.2, p. 30.

¹⁶⁷ RAMOS ROMEU, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 36 y 37.

¹⁶⁸ RAMOS ROMEU, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 54-63; En otros sistemas jurídicos se ha experimentado con la responsabilidad penal o sancionatoria. Cfr. *Ibíd.*, pp. 63. Incluso se podría aventurar otras formas de regulación. *Ibíd.* pp. 39-42.

tiene el solicitante y de la cual carece el juez, pues haciéndolo responsable, se crean los incentivos suficientes para que sólo se solicite una medida cuando se espera obtener la razón. Un sujeto no solicitará infundadamente una medida cautelar si sabe que aquello le ocasionará responsabilidad patrimonial a favor del sujeto pasivo. Por esta razón, en un sistema de responsabilidad, el juez que carece de la información necesaria para resolver puede tener cierta seguridad de que las medidas solicitadas sí resultarán justificadas.¹⁶⁹

En este sistema es necesario que el solicitante asuma la responsabilidad por todos los daños que ocasiona la medida, pues de esta forma se crean los incentivos suficientes para que sólo se soliciten medidas justificadas. En caso de error judicial, la protección del sujeto pasivo quedará entregada para un momento posterior y dependerá de las facultades económicas que tenga el solicitante para responder de los daños.

1.2 El sistema de control judicial

Por su parte, el sistema de control judicial se caracteriza por entregar al juez la labor de controlar las solicitudes de medidas cautelares para que sea él quien determine, en el caso concreto, cuando una medida está justificada. Este control puede ser entregado al juez en forma totalmente discrecional, o bien, el legislador puede establecer ciertos parámetros legales cuya concurrencia sea controlada en el caso concreto.

El sistema de control judicial surge con la escuela italiana clásica de principios del siglo XX. Estos autores, a partir de ciertas normas específicas, derivaron los presupuestos de la tutela cautelar, generalizando su exigencia para la adopción de toda medida cautelar.¹⁷⁰ Estos presupuestos constituyen los antecedentes necesarios que deben ser controlados por el juez para decretar una medida cautelar. Sin embargo, se debe advertir que si bien es cierto los presupuestos de las medidas cautelares constituyen el aspecto más importante del control judicial, no constituyen los únicos elementos a controlar. El control judicial también recae o puede recaer sobre otros aspectos tales como la proporcionalidad, la idoneidad, la necesidad, la identidad de la medida con la tutela de fondo, etc. Sin

¹⁶⁹ RAMOS ROMEU, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 40, 177 y ss.

¹⁷⁰ Para una descripción del desarrollo histórico de la tutela cautelar, véase RAMOS ROMEU, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 54 y ss.

perjuicio que el control también pueda extenderse a otros aspectos más específicos tales como el monto y naturaleza de la caución, la solvencia del solicitante, la caución sustitutoria, etc.

Como se puede apreciar el tema relativo al control judicial es bastante amplio y comprende diferentes aspectos. Nuestro trabajo pone su atención en los presupuestos de las medidas cautelares, más precisamente en sus aspectos probatorios, los cuales constituyen sólo una parte o un aspecto mas reducido dentro del tema mas general del control judicial.

Este sistema supone que las partes entreguen al juez la información necesaria para tener conocimiento sobre el conflicto y así sólo decretar medidas justificadas lo cual no siempre ocurrirá. Por su parte, el control judicial permite una protección al sujeto pasivo antes de adoptar la decisión, pero esto no impide que el error judicial se pueda resarcir en forma posterior.¹⁷¹

En definitiva, se trata de dos formas de regulación distintas las que, mediante mecanismos diferentes, tratan de alcanzar el mismo objetivo:¹⁷² lograr que sólo se decreten medidas cautelares justificadas.

1.3 Ventajas comparativas del sistema de responsabilidad

Ambos sistemas tienen sus ventajas e inconvenientes, sin embargo, existen a lo menos tres aspectos que inclinarían la balanza a favor del sistema de responsabilidad.

(1) En cuanto a los costos administrativos de la tutela cautelar, podemos decir que el sistema de responsabilidad genera menos costos que el sistema de control judicial. El control supone costos para las partes al formular la solicitud y costos para el juez a la hora de decidir sobre cada medida. En cambio, la responsabilidad sólo genera costes administrativos en la eventualidad que la medida resulte injustificada y que se solicite judicialmente la reparación patrimonial.

(2) En cuanto a la celeridad necesaria en sede cautelar, el sistema de responsabilidad permite la adopción más pronta de las medidas cautelares, pues en este sistema no es

¹⁷¹ RAMOS ROMEU, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 40, 421 y ss.

¹⁷² Sin embargo, se debe dejar establecido que un sistema cautelar podría buscar objetivos diferentes, lo cual redundaría en que ambos sistemas se esturaran de manera diferente. Cfr. RAMOS ROMEU, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 42 y ss.

necesaria la entrega ni recepción de información probatoria, lo cual permite garantizar la efectividad de la tutela judicial. En cambio el sistema de control judicial, en la medida que supone la entrega de información probatoria por las partes y la recepción de esta por parte del juez, ocasiona una demora que puede jugar en contra de esta efectividad.

(3) Por último, en lo que se refiere a la posibilidad de error judicial, podemos afirmar que este es más probable bajo un sistema de control judicial que bajo un sistema de responsabilidad. El sistema de control judicial, supone la adopción de una decisión sin tener todos los antecedentes necesarios, además exige que las partes proporcionen esta información y que esta información sea fiable, lo cual nos siempre ocurrirá. En cambio el sistema de responsabilidad, opera a *posteriori*, una vez que la medida ha sido adoptada y ha quedado en evidencia su falta de justificación. Esta circunstancia permite obtener más información, decidir con más tiempo y con más seguridad sobre los diferentes aspectos involucrados en la reparación patrimonial del sujeto pasivo.

Sin embargo, el sistema de responsabilidad puede no funcionar o bien funcionar mal lo que aconseja un cierto grado de control judicial. Por ejemplo, existen daños irreparables que el sistema de responsabilidad no puede cubrir, la medida cautelar puede ocasionar daños a terceros que no han participado en el juicio, o bien, pueden existir solicitantes insolventes, con lo cual la posibilidad de reparación desaparece, haciendo ineficaz el sistema de incentivos que supone la responsabilidad. Por esta razón, la regulación del sistema cautelar debería articular y coordinar ambos mecanismos, minimizando sus problemas y potenciando sus ventajas.¹⁷³ O dicho de otra manera, la regulación cautelar debería partir y tomar en consideración el ámbito de regulación al cual está dirigido, y a partir de éste construir un sistema que equilibre adecuadamente tanto el sistema de responsabilidad como el sistema de control judicial.

¹⁷³ RAMOS ROMEU, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 179 y ss., 426 y ss.

2. El grado de control judicial

2.1 El objeto del control judicial y su relación con el grado de control

Decíamos anteriormente que el sistema de control judicial entrega al juez la labor de examinar las solicitudes de medidas cautelares, para lograr de esta forma, que sólo se adopten medidas justificadas. Este control recae fundamentalmente en los presupuestos de las medidas cautelares, y también en otros aspectos tales como la proporcionalidad, la necesidad, la idoneidad de la medida, etc. Sin perjuicio que este control pueda extenderse además a materias más específicas como el monto de la caución, la solvencia del solicitante, etc. Todos estos parámetros constituyen lo que podría denominarse el objeto del control judicial.

Estrechamente vinculado con el objeto de control, se encuentra el tema relativo al grado de control que debe efectuar el juez en sede cautelar. El grado de control judicial y su relación con el objeto de control, es un asunto que no puede ser abordado en plenitud en este lugar, pues nos distraería del objeto de atención de nuestro trabajo. Sin embargo, resulta necesario referirse a algunos aspectos involucrados en el grado de control judicial, aunque sea sólo de manera superficial, por dos razones; *a)* los presupuestos de las medidas cautelares se insertan dentro del sistema de control judicial y *b)* los aspectos probatorios referidos a los presupuestos de las medidas cautelares reproducen en una escala más específica, la problemática existente en torno al grado de control judicial.

2.2 Diferentes grados de control judicial

La problemática relativa al grado de control judicial puede reducirse a la siguiente pregunta: ¿Cuál es el grado de control que debe efectuar el juez sobre la solicitud de medidas cautelares y cuáles son los parámetros que determinan el grado de control necesario?

Teóricamente hablando, el grado de control puede ser de dos tipos; un control *intenso*, o bien, un control *superficial*. Además podríamos contemplar una hipótesis de *ausencia o inexistencia* de control. El control intenso supone que el juez cuenta con un

grado de información elevado sobre los diferentes aspectos en que se funda su decisión. Por su parte, el control superficial permite que el juez pueda adoptar una decisión teniendo un grado de conocimiento relativamente bajo. Finalmente, el control ausente o inexistente supone que el juez pueda adoptar la decisión sin tener conocimiento e información respecto de la materia sobre la cual decide. Así por ejemplo, podría adoptar una medida cautelar sin tener ninguna información sobre la proporcionalidad de medida, su naturaleza, los daños que trata de evitar, la pretensión del solicitante, etc.

La doctrina tradicionalmente entiende que tratándose de medidas cautelares el control que efectúa el juez es menor al exigido en el proceso principal, de manera que tanto el control intenso como el control superficial se encontrarían por debajo del parámetro de control o conocimiento del proceso principal. Esta circunstancia permite plantear la posibilidad de que exista además, un control que sea igual al que realiza el juez en el proceso de fondo, el cual llamaremos control *equivalente*.

El grado de control es algo totalmente diferente al objeto de control. El grado de control es una cuestión de profundidad o calidad de la información y del conocimiento del juez. En cambio, el objeto de control se refiere a una cuestión de extensión o cantidad, es decir, a los elementos sobre los cuales recae el control.

Sin embargo, ambos están estrechamente vinculados. Desde luego el control se ejerce sobre el objeto. Pero además, es muy probable que un sistema cautelar que contemple un grado de control intenso, contemple además, más elementos a controlar. Por su parte, un sistema que contemple un grado de control superficial, probablemente contemple menos parámetros a controlar. Sin embargo, esta circunstancia es meramente tendencial y no necesaria. Por ejemplo, podría existir un sistema que contemple un control intenso, pero sólo respecto de un elemento, como puede ser, la proporcionalidad. Esto es lo que podríamos llamar un control *parcial*.

El grado de control judicial puede producir dos tipos de discusiones jurídicas. En primer lugar se podría discutir de *lege lata*, cuál es el grado de control que establece una norma determinada. O bien, se podría discutir de *lege ferenda*, cuál es el grado de control que es más conveniente o adecuado, para un determinado tipo de conflicto, o ámbito de regulación. Estas discusiones son de orden general y no pueden ser abordadas aquí con la

detención y profundidad necesarias, sin embargo, en este apartado nos interesa dejar planteados, a lo menos genéricamente, los términos de la discusión.

2.3 Determinación del grado de control judicial

Para la determinación del grado de control judicial se deben tomar en consideración diferentes aspectos involucrados en la dictación de una medida cautelar.

El punto de partida lo otorga el sistema de responsabilidad. Como el sistema de responsabilidad a veces no funciona o no funciona bien, resulta aconsejable complementarlo con un sistema de control judicial. Pero si el sistema de responsabilidad funcionara perfectamente, establecería los incentivos suficientes para que sólo se adoptaran medidas óptimas o justificadas, de manera que el control judicial no sería necesario. En una hipótesis como esta podríamos aceptar un control *ausente o inexistente*. Sin embargo, una situación como esta es poco probable de modo que normalmente será necesario algún grado de control judicial.

Otro de los aspectos a considerar a la hora de establecer el grado de control judicial es el ámbito de regulación del cual se trate. No son lo mismo la litigación civil, la de libre competencia o la de familia. Así por ejemplo, conflictos civiles en que sólo se discute respecto de derechos patrimoniales podrán justificar un control superficial, en cambio, los conflictos de familia versan normalmente sobre derechos extrapatrimoniales, que pueden ser irreparables en dinero, lo que ameritaría un control intenso de la solicitud. Tampoco son los mismos los conflictos en los cuales se discuten intereses particulares (civiles o familia), con conflictos donde están involucrados los intereses de la generalidad de la población o intereses supraindividuales (consumidores, libre competencia, etc.). Estos últimos, ameritarían también un control intenso.

También se pueden agregar otros aspectos involucrados, como la naturaleza de la medida, la solvencia del solicitante, etc.¹⁷⁴

¹⁷⁴ No es lo mismo una anotación preventiva de la demanda, que sólo ocasiona molestias temporales, que un embargo preventivo, que puede causar grandes daños. Sin embargo, esto nos conecta con el tema relativo a la rigidez o flexibilidad del control judicial. ¿El control es establecido por la ley o por el juez? ¿Se establece un sólo sistema de control, o varias dependiendo de la materia? ¿Puede el juez modificar el grado de control en el

Habiendo establecido en términos generales los términos de la discusión, pasaremos a abordar en los numerales siguientes de este capítulo, dos cuestiones relativas al grado de control que están estrechamente relacionadas con los aspectos probatorios de los presupuestos de las medidas cautelares.

3. El estándar de prueba en sede cautelar

3.1 ¿Qué es un estándar de prueba?

El tema de los presupuestos de las medidas cautelares está referido fundamentalmente a una cuestión de hechos. Tanto el *periculum in mora* como el *fumus boni iuris* se refieren esencialmente a hechos que deben ser alegados y probados para que el juez pueda decretar la medida solicitada.¹⁷⁵ Por esta razón, gran parte del problema relativo a la dictación de una medida cautelar se reduce a determinar cuándo y bajo qué condiciones se deben dar por establecidos los hechos en sede cautelar. Lo que determina cuándo se deben dar por establecido los hechos es el estándar de prueba.

En el apartado referido al *fumus boni iuris* señalamos que en el proceso judicial, así como en cualquier otro ámbito del conocimiento humano, no es posible alcanzar verdades absolutas. El conocimiento se caracteriza por ser relativo y esencialmente falible. El establecimiento de los hechos en sede judicial, como en cualquier otro ámbito de la experiencia humana, siempre supone un cierto grado de incertidumbre.¹⁷⁶ Por esta razón, “los resultados alcanzados en la prueba de un enunciado sólo pueden expresarse en términos de probabilidad”.¹⁷⁷ De esta manera, el asunto se reduce a determinar qué grado

caso concreto?, etc. No podemos profundizar mayormente en estas cuestiones. Para mayores detalles véase RAMOS ROMEU, *Las medidas...*, ob. cit., p. 432.

¹⁷⁵ Durante esta investigación dejamos establecido que el *periculum* consiste en el riesgo o amenaza de que la duración del proceso afecte la eficacia de la sentencia y produzca la frustración de los derechos del litigante. Es decir, el *periculum* está constituido fundamentalmente por hechos o circunstancias de hecho. Por su parte, el *fumus boni iuris* fue definido como el grado de cognición o conocimiento sobre los aspectos jurídicos y fácticos de la pretensión que es necesario para decretar una medida cautelar. El control sobre los aspectos fácticos de la pretensión, es el que está referido a hechos. Fundamentalmente a los hechos alegados por el solicitante en el proceso de fondo.

¹⁷⁶ *Vid. supra*. Cap. II, 3.2, c, i, pp. 43 y ss.

¹⁷⁷ GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (España), nº 28, 2005, p. 12.

de probabilidad es necesario para considerar como probado un hecho. La respuesta a esta interrogante la otorga el estándar de prueba. Es el estándar de prueba el que determina cuando una hipótesis sobre hecho puede considerarse como probada.¹⁷⁸

Desde un punto de vista epistemológico, los estándares de prueba pueden definirse como “los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho, o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadero la hipótesis que lo describe”.¹⁷⁹ “Un estándar de prueba tiene la intención de indicar al investigador... cuándo está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuando la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos”.¹⁸⁰

Sin embargo, se debe advertir que la determinación de un estándar de prueba no sólo depende de la racionalidad epistemológica, sino que además, de consideraciones político-valorativas.¹⁸¹ Un estándar de prueba lo que hace es determinar qué grado de error es aceptable a la hora de establecer los hechos y esta elección es esencialmente política. Así, por ejemplo, un estándar de prueba especialmente alto, como el del proceso penal, refleja que en este contexto se considera tolerable un tipo de error (la absolución de culpables), el cual se hace recaer en la acusación, en cambio, se considera menos tolerable un segundo tipo de error (la condena de inocentes). En definitiva un estándar de prueba es un mecanismo de determinación y distribución del error judicial.

En el ámbito jurídico existen fundamentalmente dos estándares de prueba. Tratándose del proceso civil, opera el estándar de la probabilidad prevalente o “más probable que no”.

¹⁷⁸ Sobre los estándares de prueba véase LAUDAN, LARRY, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (España), n° 28, 2005, p. 93 y ss.; TARUFFO, MICHELE, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en *La prueba, artículos y conferencias*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2009, pp. 87 y ss. Del mismo autor véanse también *La prueba de...*, ob. cit., pp. 298 y ss.; “Tres observaciones...”, ob. cit., pp. 115 y ss.; GASCÓN ABELLÁN, “Sobre la posibilidad...”, ob. cit. pp. 127 y ss.; FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, ob. cit., pp. 139 y ss.; GARAPON, ANTOINE y PAPADOPOULOS, LOANNIS, *Juzgar en Estados Unidos y Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Legis, Colombia, 2006, pp. 120 y ss. En Chile COLOMA CORREA, RODRIGO, “Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos”, en *Revista de Derecho*, (Valdivia), vol. 22, n° 2, dic. 2009, pp. 205 y ss.

¹⁷⁹ GASCÓN ABELLÁN, “Sobre la posibilidad...”, ob. cit., p. 129.

¹⁸⁰ LAUDAN, LARRY, “Por qué un estándar...”, ob. cit., p. 104.

¹⁸¹ GASCÓN ABELLÁN, “Sobre la posibilidad...”, ob. cit., p. 130; TARUFFO, “Tres observaciones sobre...”, ob. cit., pp. 117 y 119.

Este estándar también suele denominarse con otras expresiones tales como, *preponderance of evidence*, balance de probabilidades, probabilidad preponderante o prevaleciente.

Por su parte en el proceso penal se aplica el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, o *proof beyond any reasonable doubt*. Sin perjuicio de lo anterior, en el ámbito civil también se han utilizado para cierta clase de asuntos, un estándar de prueba más exigente que la probabilidad prevalente, este estándar se enuncia bajo la fórmula “clara y convincentemente”.¹⁸²

Al concluir el apartado relativo al *periculum in mora* señalamos que la cognición necesaria respecto de este presupuesto no puede ser diferente que la cognición necesaria respecto del proceso principal. Por su parte, tratándose del *fumus boni iuris*, afirmamos que este presupuesto suponía un grado de cognición o conocimiento menor al del proceso de fondo. Como se puede apreciar, en ambos casos se toma como punto de referencia al proceso principal. De esta manera, para determinar el estándar de prueba en sede cautelar, tratándose de ambos presupuestos, resulta inevitable determinar y explicar primero en qué consiste el estándar de prueba tratándose del proceso principal.

3.2 El estándar de prueba en el proceso principal: la probabilidad prevalente o el “más probable que no”

El estándar de la probabilidad prevalente se reduce fundamentalmente a dos reglas específicas que pueden enunciarse de la siguiente manera: entre las diversas hipótesis de hecho se debe preferir y considerar como verdadera aquella hipótesis que cuente con un grado de confirmación relativamente mayor a las demás. Además, se debe preferir aquella hipótesis que sea “más probable que no”, es decir, aquella hipótesis que es más probable que sea verdadera a que sea falsa.¹⁸³

Así por ejemplo, si existen tres hipótesis sobre el hecho, y sus grados de probabilidad son de 40%, 60 % y 75%, resulta racional preferir aquella hipótesis que cuenta con un

¹⁸² GARAPON, y PAPADOPOULOS, *Juzgar en Estados Unidos...*, ob. cit., pp. 121 y 122; COLOMA CORREA, “Estándares de prueba...”, ob. cit., p. 219, nota 30; FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, ob. cit., p. 140, nota 121;

¹⁸³ TARUFFO, “Conocimiento científico...”, ob. cit., pp. 103 y ss., del mismo autor *La prueba de...*, ob. cit., pp. 298-302.

grado de confirmación mayor, en este caso de un 75%. En este mismo ejemplo, resulta aceptable considerar como verdadera esta hipótesis porque la probabilidad que sea verdadera (75%), es mayor a la probabilidad que sea falsa (25%).¹⁸⁴

Por su parte, si tenemos dos hipótesis sobre un hecho, la primera con un grado de confirmación de un 40% y la otra con un grado de probabilidad de un 30%. En principio, la probabilidad prevalente nos inclinaría a preferir la primera hipótesis, pues cuenta con un grado de confirmación relativamente mayor, sin embargo, tratándose de ambas hipótesis, es más probable que sean falsas a que sean verdaderas, razón por la cual, ninguna cuenta con probabilidad prevalente.

A partir de estas explicaciones Taruffo desprende el criterio del “grado mínimo de confirmación probatoria” necesario para que un enunciado pueda ser considerado verdadero. Este criterio postula que “es racional asumir como fundamento de la decisión sobre un hecho, aquella hipótesis que obtiene de las pruebas un grado de confirmación *positiva* prevalente, no sólo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación positiva superior al 50%”.¹⁸⁵ Este criterio del “grado mínimo de confirmación probatoria”, en definitiva postula que no resulta racional, al menos desde un plano estrictamente epistemológico, bajar de este mínimo.

En conclusión, la probabilidad prevalente o “más probable que no”, puede enunciarse de la siguiente manera: “el juez puede asumir como verdadera, por estar confirmada por las pruebas, una hipótesis sobre un hecho cuando el grado de confirmación positiva sea superior al grado de probabilidad de la hipótesis negativa correlativa. Si con el tiempo surgen otras hipótesis con un grado de confirmación positiva, entonces será racional escoger aquella que tenga el grado de confirmación relativamente mayor”.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Se deja constancia que la utilización de números para explicar el grado de confirmación tiene por objeto solamente facilitar la comprensión. Esto no supone adoptar una concepción estadística de la probabilidad. Como se señaló anteriormente, en el ámbito jurídico se utiliza la concepción de la probabilidad lógica o inductiva, como relación entre la hipótesis y los elementos de confirmación, es decir, como grado de confirmación de un enunciado sobre la base de los elementos de confirmación disponibles.

¹⁸⁵ TARUFFO, “Conocimiento científico...”, ob. cit., p. 106. El autor también lo denomina “límite mínimo de probabilidad”, Cfr. TARUFFO, *La prueba de...*, ob. cit., p. 302.

¹⁸⁶ TARUFFO, “Conocimiento científico...”, ob. cit., p. 107.

En el contexto del proceso esto se traduce en que el juez va fallar a favor de aquella parte cuya afirmación este apoyada en elementos de confirmación suficientes para considerarla más verdadera que falsa. Si las afirmaciones de ambas partes alcanzan un grado de confirmación suficiente para considerarlas verdaderas, el juez deberá preferir aquella que cuente con un grado de confirmación mayor. Por su parte, si ninguna de las afirmaciones de las partes alcanza un grado de confirmación suficiente para considerarse verdadera, deberá fallar de acuerdo a las normas que regulan la carga de la prueba.

3.3 El estándar de prueba tratándose de medidas cautelares

A nuestro modo de ver, el estándar de prueba es diferente para de cada uno de los presupuestos de las medidas cautelares, razón por la cual resulta necesario analizar el estándar de prueba en forma separada respecto de cada uno de ellos.

a. El estándar de prueba tratándose del *periculum in mora*

Cuando analizamos el *periculum in mora* señalamos que este presupuesto constituye el fundamento directo e inmediato de la dictación de una medida cautelar. Son los hechos constitutivos del peligro de la demora los cuales, en el caso concreto, justifican la dictación de una medida determinada. Esta circunstancia hace necesario que el juez establezca con precisión los hechos constitutivos del *periculum* para decretar la medida solicitada. Por esta razón, la cognición necesaria respecto del presupuesto del peligro de la demora no puede ser diferente que la cognición necesaria respecto del proceso principal.¹⁸⁷

Esto significa que en sede cautelar y tratándose de los hechos constitutivos del peligro de la demora, el juez debe aplicar el estándar de la probabilidad prevalente o “más probable que no”. Es decir, los hechos relativos al *periculum* afirmados por el solicitante serán considerados como verdaderos cuando estén apoyados por elementos de confirmación (medios de prueba) que permitan considerar la hipótesis como más verdadera que falsa. Por su parte, también puede ocurrir que el sujeto pasivo de la medida cautelar sea escuchado

¹⁸⁷ Vid. *supra*. Cap I, 4, pp. 25 y ss.

por el tribunal en forma previa a la decisión, que alegue hechos que sean incompatibles o excluyentes con los hechos relativos al *periculum in mora* y que estos hechos sobrepasen el mínimo de confirmación probatoria. En este caso el juez podrá decretar la medida cautelar cuando la hipótesis del solicitante, respecto a los hechos del *periculum*, reciba un grado de confirmación relativamente mayor a la hipótesis formulada por el sujeto pasivo.

b. El estándar de prueba tratándose del *fumus boni iuris*

El *fumus boni iuris*, es el grado de cognición o conocimiento, que es necesario para decretar una medida cautelar. Como señalamos anteriormente, este presupuesto supone un grado de conocimiento menor al exigido en el proceso de fondo. Si en el ámbito civil, en el proceso de fondo el estándar de prueba es la probabilidad prevalente o “más probable que no”, tratándose del presupuesto del *fumus boni iuris*, el estándar de prueba es menor o menos exigente que la probabilidad prevalente. Es decir, en este caso el juez puede dar por establecidos los hechos que supone este presupuesto, aun cuando no se alcance el grado mínimo de confirmación probatoria de la probabilidad prevalente.

Esta afirmación presenta un problema de carácter epistemológico, pues a primera vista no resulta racional aceptar que se adopte una decisión jurídica fundada en afirmaciones de hechos que no alcanzan el grado mínimo de confirmación probatoria. Es decir, no parece razonable que se dicte una medida cautelar cuando la hipótesis de hecho relativa al *fumus boni iuris* es más probable que sea falsa a que sea verdadera, o bien, resulta menos probable que la hipótesis contraria o excluyente formulada por la contraparte.

Sin embargo, si tenemos en consideración que el establecimiento de un estándar de prueba no es una cuestión exclusivamente de racionalidad epistemológica sino que es esencialmente una decisión política, se puede afirmar que en el contexto de las medidas cautelares un estándar como este está se justifica plenamente.

Las medidas cautelares constituyen un mecanismo ideado para paliar los problemas del transcurso del tiempo en el proceso. Tienen la finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia de fondo y de esta manera evitar que el pronunciamiento jurisdiccional se vuelva inútil. Es decir, el valor fundamental que el sistema cautelar esta llamado a proteger es la efectividad de la tutela judicial. Sin embargo, la decisión sobre medidas cautelares es una

decisión judicial que se caracteriza por la incertidumbre y el riesgo. No sabe cuáles son los daños que se evitan ni cuáles son los daños que se ocasionan, tampoco se sabe si el solicitante tiene razón respecto de la pretensión de fondo. En donde el juez tiene la necesidad de adoptar una decisión, teniendo poca o escasa información sobre el fondo de la controversia.¹⁸⁸

En un contexto como este, teniendo en consideración que en sede cautelar el valor fundamental es la efectividad de la tutela judicial, el sistema cautelar permite adoptar la decisión sobre los hechos, aplicando un estándar de prueba menor al exigido en el proceso de fondo, el cual se ubica por debajo del grado mínimo de confirmación probatoria.

Como señalamos recientemente, el establecimiento de un estándar de prueba es una decisión esencialmente política, porque supone determinar que grado de error es tolerable y sobre quien deberá recaer. El estándar de las medidas cautelares supone que en este ámbito de decisión se considera como un error más tolerable que se conceda una medida cautelar injustificada. En cambio, se considera un error menos tolerable que se rechace una medida cautelar justificada. Desde el punto de vista de los sujetos, el estándar de prueba cautelar hace recaer en el sujeto pasivo de la medida, este error que se considera más tolerable. Dicho de otra manera, el sistema cautelar, para privilegiar la efectividad de la tutela judicial, está dispuesto a tolerar y hacer recaer en el sujeto pasivo un grado mayor de error judicial.

Ahora bien, la concesión de una medida cautelar puede producir perjuicios en el sujeto pasivo. Si resulta que en definitiva el solicitante no tenía la razón en el proceso de fondo, esa medida injustificada ha producido daños y perjuicios también injustificados. Para esta eventualidad el sistema cautelar contempla (o debería contemplar), a la caución y el sistema de responsabilidad. A través de estos mecanismos se hace recaer en el solicitante de la medida cautelar la responsabilidad por los perjuicios que ocasiona la medida injustificada. Es decir, el sistema de responsabilidad es el que protege al sujeto pasivo en la eventualidad que ese error que se consideró más tolerable llegue a producirse.

¹⁸⁸ RAMOS ROMEU, *Medidas cautelares...* ob. cit., pp. 36-38.

Dicho de otra manera, sólo en la medida que se contemple un sistema de responsabilidad para proteger al sujeto pasivo, resulta razonable bajar del estándar de probabilidad prevalente.

En conclusión, el sistema cautelar considera tolerable y hace recaer en el sujeto pasivo de la medida cautelar un grado mayor de error judicial, pero establece como contrapartida el sistema de responsabilidad para resarcir al sujeto pasivo en la eventualidad de que ese error judicial se produzca efectivamente.

Estas explicaciones permiten tener una idea del estándar de prueba en sede cautelar y la forma como se articula con el resto del sistema. Sin embargo, queda por determinar de qué manera son aplicables estas consideraciones, a la adopción de la medida cautelar regulada en el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia. Sobre este aspecto nos referiremos a continuación.

3.4 El estándar de prueba cautelar y su aplicación a las medidas cautelares en materias de familia. Artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia

Habiéndonos referido al estándar de prueba de ambos presupuestos de las medidas cautelares, es necesario determinar si esas consideraciones teóricas son plenamente aplicables a las medidas cautelares reguladas en el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia, o si por el contrario, esta regulación especial amerita un estándar de prueba diferente.

Tratándose del *periculum in mora*, no existe ninguna razón por la cual aplicar un estándar diferente al señalado en términos teóricos. Por lo tanto, en materias de familia, para dar por establecidos los hechos que supone este presupuesto, el juez debe aplicar el estándar de la probabilidad prevalente o más probable que no.

Sin embargo, en lo que respecta al *fumus boni iuris*, la regulación de la Ley de Tribunales de Familia nos permite concluir que el estándar de prueba cautelar no debe ser aplicable a este tipo de medidas cautelares. Por esta razón, para dar por establecidos los hechos que supone este presupuesto, el tribunal debe aplicar el mismo estándar del proceso de fondo, esto es, el estándar de la probabilidad prevalente o más probable que no. Esta

afirmación se sustenta en una razón fundamental (1) y en un argumento secundario o complementario (2).

(1) La Ley de Tribunales de Familia no contempla un sistema de responsabilidad derivado del uso de la tutela cautelar, razón por la cual, no resulta aconsejable bajar del estándar de probabilidad prevalente.¹⁸⁹

Dicha ley no contiene en su artículo 22 ni en ninguna otra parte normas relativas a la responsabilidad del solicitante de medidas injustificadas. Tampoco regula o se refiere a la caución como mecanismo complementario de la responsabilidad.

Esta afirmación podría objetarse por dos circunstancias. En primer lugar, el inciso 3° del artículo 22, sostiene que “en todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil”. Esta norma permitiría hacer aplicable las normas relativas a las medidas precautorias civiles, y con ello, introducir la caución en el procedimiento relativo a las medidas cautelares de familia. En segundo lugar, se podría afirmar que, aun cuando no se contemple expresamente un sistema de responsabilidad derivado del uso de la tutela cautelar, se podría recurrir al régimen general de responsabilidad extracontractual regulado en el Código Civil. Sin embargo, estas objeciones son aparentes y pueden superarse fácilmente.

Con relación al primer aspecto, se debe recordar que en el Código de Procedimiento Civil la caución sólo opera excepcionalmente en tres situaciones, tratándose de medidas no contempladas expresamente en la ley, cuando no puedan acompañarse los comprobantes que exige el artículo 298 y tratándose de medidas prejudiciales precautorias. Además, en el primer caso resulta facultativo para el tribunal decretarlas, y en los otros dos opera en forma temporal mientras se cumplen las cargas que establece el código. Es decir, la regulación es excepcional y periférica. Lo que se traduce en que su aplicación al procedimiento de familia resulta excepcional, poco relevante, y lo más importante, no forma parte del esquema o sistema general de las medidas cautelares en materias de familia.¹⁹⁰

¹⁸⁹ La misma crítica se puede formular a nuestro actual proceso civil, y de esa manera llegar a idéntica conclusión.

¹⁹⁰ *Vid. supra.* Cap III, 2.1, pp. 60 y ss.

En lo que se refiere al segundo aspecto, se puede afirmar que la remisión al sistema general de responsabilidad extracontractual, constituye un argumento más para afirmar que la regulación cautelar no contempla un sistema de responsabilidad. En otras palabras, cuando se afirma que el sistema cautelar contempla o debería contemplar un sistema de responsabilidad derivado del uso de la tutela cautelar, estamos pensando en un sistema propio para el ámbito cautelar, en el cual se regulen sus diferentes aspectos, tanto sustanciales (criterios de imputación, perjuicios reparables, etc.) como procesales (procedimiento a través del cual perseguir la responsabilidad). Sistema de responsabilidad que debe insertarse dentro del esquema general, y las finalidades propias de la tutela cautelar, es decir, como mecanismo destinado a incentivar la solicitud únicamente de medidas justificadas. En este sentido, las normas generales de la responsabilidad extracontractual, resultan inadecuadas e insuficientes.¹⁹¹

En consecuencia, se puede afirmar que la regulación de las medidas cautelares en materias de familia no contempla un sistema de responsabilidad derivado del uso de la tutela cautelar ni tampoco el mecanismo complementario de la caución.

Como explicábamos anteriormente, tratándose de medidas cautelares, sólo resulta razonable utilizar un estándar de prueba menor al grado mínimo de confirmación probatoria que supone la probabilidad prevalente, en la medida que se contemple un sistema de responsabilidad. En principio, sólo se puede tolerar y hacer recaer sobre el sujeto pasivo de la medida un grado de error judicial mayor, en la medida que se contemple un mecanismo destinado a resarcirlo en la eventualidad que ese error judicial llegue a producirse. Por el contrario, si no se contempla un mecanismo destinado a reparar al sujeto pasivo, no resulta aconsejable hacer recaer sobre sus hombros un grado de error judicial mayor. En consecuencia, tratándose de las medidas cautelares en materias de familia, no se debe bajar del estándar de la probabilidad prevalente.

Una conclusión como esta podrá producir cierto rechazo pues un estándar igual al del proceso de fondo y en definitiva un mayor grado de control judicial afecta la efectividad que las medidas cautelares están llamadas a asegurar. De esta manera pareciera ser que

¹⁹¹ Esta situación ha quedado demostrada en nuestra práctica jurisprudencial, en la cual los casos en los que se persigue la responsabilidad por el uso de la tutela cautelar son prácticamente inexistentes, y en los casos que se ha perseguido, la insuficiencia normativa ha quedado de manifiesto, por ejemplo, al considerarse que la reparación sólo procede cuando el solicitante ha sido condenado en costas.

resultaría mas difícil adoptar una medida cautelar en el contexto de nuestra ley de Tribunales de Familia, lo que iría a contrapelo de la tendencia legislativa y teórica que tiende a promover el uso de la tutela cautelar para lograr la efectividad del proceso judicial.

Sin embargo se debe tener presente que la regulación de la tutela cautelar debe proteger en igual medida los intereses de ambas partes y no sólo asegurar que el solicitante pueda obtener medidas cautelares. Se puede tolerar un grado mayor de error judicial sobre el sujeto pasivo en la medida que lo protejamos contemplando un sistema de responsabilidad. Así, las críticas deben dirigirse a la insuficiente regulación de un sistema de responsabilidad por el uso de las medidas cautelares en la Ley de Tribunales de Familia. Mientras no se regule un sistema de responsabilidad lo aconsejable será no bajar del estándar de probabilidad prevalente y no hacer recaer en el sujeto pasivo un grado de error judicial mayor. Por el contrario, sólo cuando se regule un sistema de responsabilidad podremos aceptar un estándar de prueba menor tratándose del *fumus boni iuris*.

(2) La naturaleza del conflicto familiar, y de los intereses comprometidos, hacen aconsejable no bajar del estándar de probabilidad prevalente.

El estándar cautelar referido al presupuesto del *fumus boni iuris* que se explicó anteriormente, parte de la base de que en el conflicto civil se discuten sobre intereses estrictamente patrimoniales. Esta es la característica y el contexto tradicional del conflicto de naturaleza civil. Sin embargo, tratándose de los conflictos de familia la situación no necesariamente es la misma. Desde luego que algunos conflictos de familia versan exclusivamente sobre bienes patrimoniales. Sin embargo, en no pocas ocasiones el conflicto de familia versa sobre cuestiones extrapatrimoniales, y en muchos casos, sobre derechos cuya afectación no resulta reparable en dinero.

Además se debe advertir que en el conflicto civil están involucrados fundamentalmente intereses privados sin que existan, por regla general, intereses públicos comprometidos.¹⁹² En cambio, es fácil advertir que tratándose del conflicto familiar, no sólo está en juego el interés particular de cada uno de los litigantes, sino que existe también un interés público relativo fundamentalmente a la protección de la familia como

¹⁹² Desde luego que esto se entiende sin perjuicio de la existencia de un interés público de que el conflicto se resuelva pacífica, pronta y eficazmente.

organización básica de la sociedad y la protección de sus integrantes, sobre todos aquellos que se encuentran en situación de inferioridad respecto de los demás.

Como se puede apreciar, las características del conflicto familiar aconsejan que las decisiones no se tomen precipitadamente. Los valores involucrados en el conflicto familiar recomiendan un mayor grado de control judicial a la hora de dar por establecidos los hechos necesarios para decretar una medida cautelar.

En otras palabras, en los conflictos de familia no resulta razonable bajar del grado mínimo de confirmación probatoria que supone la probabilidad prevalente. En consecuencia, en materias de familia para dar por establecidos los hechos que supone el *fumus boni iuris*, el juez debe aplicar el estándar de la probabilidad prevalente.

4. El momento de la decisión

Otro aspecto relevante y que es necesario considerar a la hora de decretar la medida cautelar, es el momento de la decisión. En términos simples, en sede cautelar no es lo mismo la decisión sobre los hechos que se adopta antes de decretar una medida cautelar que aquella que se adopta una vez que ya existe una medida decretada.

El acercamiento tradicional a la decisión cautelar parte de la base de que el pronunciamiento del tribunal es anterior a la dictación de la medida. Esta situación constituye la regla general, sea que la medida se decrete *inaudita parte* o bien, con audiencia del sujeto pasivo, ya sea que se decrete a petición de parte o bien de oficio por parte del tribunal. Sin embargo, también existen pronunciamientos que son posteriores a la dictación de la medida cautelar. Esto es lo que ocurre en caso de impugnación de una medida ya decretada, ya sea a través del incidente de oposición o bien mediante algún recurso como la apelación. Lo mismo ocurre con los incidentes sobre alzamiento y modificación de las medidas ya decretadas. Todos estos pronunciamientos se caracterizan porque recaen sobre una medida que ya está adoptada.

Esta distinción relativa al momento de la decisión resulta relevante en lo que respecta al establecimiento de los hechos en sede cautelar, fundamentalmente en relación al estándar de prueba. Teóricamente, tratándose del *fumus boni iuris* el estándar de prueba necesario para dar por establecidos los hechos es menor al exigido en el proceso de fondo. Esto

quiere decir que respecto de este presupuesto se puede bajar del grado mínimo de confirmación probatoria que supone la probabilidad prevalente. Un situación como esta sólo se explica y resulta razonable si se tiene en consideración que el valor fundamental que el sistema cautelar está llamado a proteger es la efectividad de la tutela judicial, y siempre que se contemplen los mecanismos necesarios para proteger y resarcir al sujeto pasivo de la medida.

Sin embargo, la efectividad de la tutela judicial sólo está en peligro en aquellos casos en que no existe una medida cautelar decretada, pues es la medida misma la destinada a asegurar esta efectividad. En cambio, cuando ya existe una medida cautelar decretada en el proceso, se puede decir que la efectividad del proceso judicial ya se encuentra asegurada por la medida. Por esta razón, en las decisiones posteriores a la dictación de una medida la posible ineficacia no debería ser un factor a considerar.

Por estas consideraciones, se puede afirmar que el estándar cautelar relativo al *fumus boni iuris*, sólo es aplicable a aquellas decisiones que son anteriores a la dictación de la medida. Sólo en estos casos la protección del valor de efectividad de la tutela judicial permite bajar del estándar de probabilidad prevalente. En cambio, tratándose de aquellas decisiones que son posteriores a la dictación de la medida no existe razón alguna para utilizar un estándar de prueba inferior al grado mínimo de confirmación probatoria. En consecuencia, para dar por establecidos los hechos en estos casos el juez debe aplicar el estándar de probabilidad prevalente.

CONCLUSIONES.

El camino recorrido durante esta investigación nos ha permitido alcanzar ciertas conclusiones relativas a los aspectos probatorios involucrados en los presupuestos necesarios para la concesión de una medida cautelar:

1. El *periculum in mora* puede ser definido como el riesgo o amenaza de que la duración del proceso afecte la eficacia de la sentencia y produzca la frustración de los derechos del litigante.
2. Este presupuesto está constituido por hechos o circunstancias de hecho presentes o pasados, las cuales deberán ser alegadas y probadas para que puede decretarse una medida cautelar.
3. Por su parte el *fumus boni iuris* fue definido como el grado de cognición o conocimiento sobre los aspectos jurídicos y fácticos de la pretensión que es necesario para adoptar o decretar una medida cautelar.
4. El grado de conocimiento sobre los aspectos fácticos de la pretensión, está referido a los hechos que sirven de fundamento a la pretensión que el solicitante ha formulado o pretende formular en el proceso principal. Estos hechos deberán alegarse y probarse en sede cautelar para conceder o decretar la medida.
5. La caución o contracautela es la garantía que el sistema cautelar contempla para asegurar la reparación de los perjuicios que puedan causarse al sujeto pasivo de una medida cautelar injustificada.
6. La caución o contracautela no debería constituir un presupuesto de las medidas cautelares, o bien, no debería considerarse un presupuesto en la mismos términos que el *periculum in mora* o el *fumus boni iuris*, pues su exigencia generalizada impide que el juez pueda otorgar medidas cautelares justificadas cuando el solicitante no pueda cubrir el importe de la caución.
7. Para dar por establecidos los hechos que suponen ambos presupuestos el juez debe aplicar el estándar de prueba respectivo. Este estándar de prueba es diferente tratándose de ambos presupuestos.

8. El *periculum in mora* constituye en fundamento inmediato de la dictación de una medida cautelar, es decir, son los hechos relativos al *periculum* los que justifican en el caso concreto la dictación de la medida solicitada. Esto significa que para dictar la medida cautelar el juez tiene la necesidad de establecer con precisión esos hechos constitutivos del *periculum in mora*, razón por la cual debe aplicar el mismo estándar de prueba del proceso principal; la probabilidad prevalente.

9. Por su parte, el *fumus boni iuris* supone un grado de cognición menor al exigido en el proceso de fondo, lo que se traduce en un estándar menor o menos exigente al que opera en el proceso principal. Es decir, tratándose de este presupuesto el estándar cautelar permite bajar del estándar de la probabilidad prevalente.

10. Tratándose de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 22 de la Ley de Tribunales de Familia, señalamos que respecto del presupuesto del *fumus boni iuris*, existen buenas razones para no aplicar el estándar cautelar antes señalado. La principal dice relación con la inexistencia en la Ley de Tribunales de Familia de un sistema de responsabilidad destinado a resarcir al sujeto pasivo en caso de medidas injustificadas. Pero también refuerza esta idea la consideración del tipo de conflicto familiar y la naturaleza de los derechos involucrados.

11. Estas circunstancias permiten concluir que en este tipo de materias no resulta razonable bajar del estándar de la probabilidad prevalente. Fundamentalmente la inexistencia de protección patrimonial del sujeto pasivo, hacen necesario que el juez establezca con detención los hechos relativos a este presupuesto. Por esta razón, tratándose de este presupuesto, debe aplicar el mismo estándar de prueba del proceso principal, la probabilidad prevalente.

12. En lo que se refiere al *periculum in mora* en el contexto de la Ley de Tribunales de Familia, señalamos que no existen razones para aplicar un estándar diferente al señalado en términos teóricos. Es decir, tratándose de los hechos constitutivos del *periculum*, el juez debe aplicar el estándar de la probabilidad prevalente.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALLORIO, ENRICO, “Necesidad de tutela jurídica”, trad. Niceto Alcalá – Zamora y Castillo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 14 Abril-Junio, México D. F., 1954.
2. ARAZI, ROLAND, y otros, *Medidas Cautelares*, Editorial Astrea, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1999.
3. ARIANO DEHO, EUGENIA, “Situación cautelable, verosimilitud y *periculum in mora*”, en *Problemas del proceso civil*, Jurista Editores, Lima, 2003.
4. ARMENGOT VILAPLANA, FRANCISCA, “La caución. Presupuesto para la adopción de medidas cautelares”, en *Práctica de Tribunales*, n° 30, Sept., España, 2006.
5. AVILÉS MELLADO, LUIS, “Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 4, Santiago, 2004.
6. BARONA VILAR, SILVIA, *Medidas Cautelares*, en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional. Proceso civil*, Tirant Lo Blanch, 17ª Edición, Valencia, 2009, t. II.
7. BARRIENTOS GRANDON, JAVIER, *El Código de la Familia*, Legal Publishing, Santiago, 2009.
8. BELLIDO PENADÉS, RAFAEL Y KNOTHE, BENEDIKT, “El embargo preventivo: problemas del *periculum in mora* en derecho español y alemán”, en *Revista de Derecho Procesal*, R. I. D. P., España, n° 2, 1997.
9. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *Revista de Derecho*, Vol. 12, n° 2, Valdivia, dic. 2001.
10. CALAMANDREI, PIERO, “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, en *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Estudios sobre el proceso civil*, trad. S. Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, t. III.
11. CALAMANDREI, PIERO, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, s/t., ARA Editores, Lima, 2005.
12. CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. E. Gómez Orbaneja, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1936, v. I.

13. COLOMA CORREA, RODRIGO, “Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos”, en *Revista de Derecho*, vol. 22, n° 2, dic., Valdivia, 2009.
14. CORREA SELAMÉ, JORGE, *Curso Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006, t. III.
15. CORTEZ MATCOVICH, GONZALO, “Apreciación crítica de la regulación de la tutela cautelar en el anteproyecto de Código Procesal Civil”, en Jaime Carrasco Poblete, (ed), *La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, Universidad de los Andes, Santiago, 2009.
16. CORTEZ MATCOVICH, GONZALO, “Apuntes sobre los presupuestos de la tutela cautelar en el anteproyecto de Código Procesal Civil”, en Paulo De la Fuente Paredes (coord.), *Estudios de Derecho Procesal Civil. Bases para un nuevo Código Procesal Civil*, Librotecnia, Santiago, 2010.
17. CORTEZ MATCOVICH, GONZALO, “Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los tribunales de familia”, en *Revista de Derecho*, N° 209, año LXIX, En-Jun, Concepción, 2001.
18. CORTEZ MATCOVICH, GONZALO, “La configuración del *periculum in mora* en el régimen cautelar chileno”, En *Revista de Derecho*, N° 205, año LXVII, En-Jun, Concepción, 1999.
19. CORTEZ MATCOVICH, GONZALO, “La reforma del proceso cautelar”, en J. P. Silva, J. F. García, y F. J. Leturia, (coord.), *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago, 2006.
20. CORTEZ MATCOVICH, GONZALO, “La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma”, en Alejandro Romero Seguel (coord.), *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, Lexis Nexis, Santiago, 2007.
21. FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
22. FERRER BELTRÁN, JORDI, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 2005.

23. GARAPON, ANTOINE y PAPADOPOULOS, LOANNIS, *Juzgar en Estados Unidos y Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Legis, Colombia, 2006.
24. GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 2004.
25. GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, España, 2005.
26. GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (Art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Editorial Comares, Granada, 1998.
27. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, EDUARDO, “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares” en VV. AA., *El sistema de medidas cautelares. IX reunión de profesores de Derecho Procesal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974.
28. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, FAUSTINO, “El embargo preventivo sin documento cualificado previo”, en VV. AA., *El sistema de medidas cautelares. IX reunión de profesores de Derecho Procesal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974.
29. HUNTER AMPUERO, IVÁN, “*Iura novit curia* en la jurisprudencia civil chilena”, en *Revista de Derecho*, Vol. 23, nº, 2, Valdivia, dic. 2010.
30. LAUDAN, LARRY, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, España, 2005.
31. LÓPEZ DÍAZ, CARLOS, *Manual de Derecho de familia y Tribunales de familia*, Librotecnia, 4º edición actualizada, Santiago, 2007, t. 2.
32. MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS, “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 8, Santiago, 2006.
33. MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2004.
34. MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, trad. Aldo Zela Villegas, Palestra Editores, Lima, 2007.
35. MARINONI, LUIZ GUILHERME, “Tutela anticipada: prueba, convicción y justificación”, en *Revista de Ciencias Sociales*, nº 55, 2º semestre, Valparaíso, 2009.

36. MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, s/t, Comunitas, Lima, 2010.
37. MÁRQUEZ GRANIFO, STEPHANIE, *Protección procesal civil de la familia. Tribunales de Familia*, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2007.
38. MARTÍNEZ BOTOS, RAÚL, *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990.
39. MENESES PACHECO, CLAUDIO, “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, en *Ius et Praxis*, vol. 14, n° 2, Talca, 2008.
40. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Comunidad, Lima, 2002.
41. MONTERO AROCA, JUAN, “Medidas cautelares”, en *Trabajos de derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1988.
42. ORELLANA TORRES, FERNANDO, *Manual de Derecho Procesal. Procedimientos civiles ordinarios y especiales*, Librotecnia, Santiago, 2006, t. II.
43. ORTELLS RAMOS, MANUEL, *Derecho procesal civil*, Thomson Aranzadi, 6ª ed. Revisada, ampliada y puesta al día, Navarra, 2005.
44. ORTELLS RAMOS, MANUEL, *El embargo preventivo*, Bosch, Barcelona, 1984.
45. ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Iustel, Madrid, 2006.
46. PEREIRA ANABALÓN, HUGO, “Embargo y cautela en el proceso chileno”, en *GJ*, n° 57, 1993.
47. PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, “Las medidas cautelares en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Propuestas de reforma”, en Raúl Tavolari Oliveros (coord.), *Derecho procesal contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Punto Lex, Santiago, 2010.
48. QUEZADA MELÉNDEZ, JOSÉ, *Las medidas prejudiciales y precautorias*, Ediciones Digesto, Santiago, 1997.
49. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Atelier, Barcelona, 2008, t. I.
50. ROJAS RODRÍGUEZ, MARIO, *Las medidas precautorias*, Librotec, Santiago, 1965.

51. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *Curso de Derecho Procesal civil. La acción y la protección de los derechos*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2006, v. 1.
52. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2002.
53. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, “La tutela cautelar en el proceso civil chileno”, en *RDJ*, t. 98, Derecho, 2001.
54. RAMOS ROMEU, FRANCISCO, *Las medidas Cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, Atelier, Barcelona, 2006.
55. SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, “Teoría general de las medidas cautelares”, en SERRA DOMÍNGUEZ, M. y RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Gráficas Parejas, Barcelona, 1974.
56. SILVA MONTES, RODRIGO, *Manual de Tribunales de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
57. TARUFFO, MICHELE, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en *La prueba, artículos y conferencias*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2009.
58. TARUFFO, MICHELE, “Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria”, trad. Maximiliano Aramburo Calle, en *Páginas sobre la justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
59. TARUFFO MICHELE, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, 2ª ed., Madrid, 2005.
60. TARUFFO, MICHELE, “Tres observaciones sobre: Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de Larry Laudan”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 28, España, 2005.
61. TARZIA GIUSEPPE, “La tutela cautelar”, s/t, en *Revista peruana de derecho procesal*, Comunitas, Vol. IV, Lima, 2001.
62. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “Facultades económicas de los litigantes y cautela judicial”, en *El proceso en acción*, Libromar, Valparaíso, 2000.
63. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “La orden de no innovar en el recurso de protección. (Una manifestación de la tutela cautelar en el Derecho chileno)”, en *Justicia*, 92, nº 1, Barcelona, 1992.

64. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “Protección constitucional y cautela judicial: ¿Orden de no innovar en el recurso de protección?”, en *Tribunales Jurisdicción y Proceso*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1994.

JURISPRUDENCIA

1. C. Stgo. 5 de septiembre de 1995, *RDJ*, t. 92, sec. 2ª, p. 111.
2. C. Tem. 15 de octubre de 1969, *RDJ*, t. 66, sec. 2ª, p. 84.
3. C. Stgo. 18 de abril de 1986, *RDJ*, t. 83, sec. 3ª, p. 59.
4. C. Pta. A. 28 de enero de 1992, *RDJ*, t. 89, sec. 2ª, p. 7.
5. C. Stgo. 17 de mayo de 1932, *RDJ*, t. 29, sec. 2ª, p. 101.
6. C. Sup. 5 de septiembre de 1944, *RDJ*, t. 42, sec. 1ª, p. 303.
7. C. Pdte. A. C., 13 de mayo de 1987, *RDJ*, t. 84, sec. 2ª, p. 67
8. C. Stgo. 12 de septiembre de 1990, *GJ*, n° 123, 1990, p. 36.
9. C. Stgo. 6 de enero de 1986, *GJ*, n° 67, 1986, p. 50