



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



LA TUTELA CAUTELAR NO PUEDE SATISFACER ANTICIPADAMENTE LA PRETENSIÓN

TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO

TESITAS : GABRIEL MARÍN MERY

RODRIGO VÉLIZ GROSE

PROFESOR GUÍA : DR. (C) CLAUDIO MENESES PACHECO

DICIEMBRE DE 2012

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	5
Capítulo I.....	6
Finalidad de las Medidas Cautelares	6
1. Finalidad anticipativa	6
1.1. Introducción	6
1.2. Justificación de la tutela cautelar anticipativa.....	8
1.3. Concepto de tutela cautelar con finalidad anticipativa.....	10
1.4. Presupuestos de las medidas cautelares con finalidad anticipativa.....	11
1.5. Medidas provisionalmente satisfactivas.....	11
1.6. Finalidad u objeto anticipativo de la tutela cautelar.....	13
2. Finalidad asegurativa.....	17
2.1. Introducción	17
2.2. Mecanismos para asegurar el resultado de la pretensión	19
2.3. Concepto de tutela cautelar con finalidad asegurativa	19
2.4. ¿La tutela cautelar constituye un proceso autónomo?.....	20
2.5. La instrumentalidad es la característica típica de la tutela cautelar	21
2.6. Elementos definatorios de las medidas cautelares	23
Capítulo II.....	27
Tutela Anticipatoria.....	27
1. Origen.....	27
2. Concepto.....	30
3. Elementos distintivos de la tutela anticipatoria	31
4. Presupuestos	33
4.1. Fuerte dosis de probabilidad o probabilidad intensa.....	33
4.2. Daño irreparable o de difícil reparación.....	34
4.3. Certeza provisional o suficiente	35
5. Regulación de la tutela anticipada en el Derecho comparado	37
5.1. Derecho nacional.....	37
5.2. La ejecución provisional de la sentencia.....	37

5.3.	La concesión de los alimentos provisionales	37
5.4.	La orden de pago respecto de la cantidad no disputada	37
5.5.	La utilización anticipada de una servidumbre.....	38
5.6.	La entrega anticipada del predio arrendado	38
5.7.	Medidas precautorias que pueden satisfacer anticipadamente	38
6.	Derecho extranjero	39
6.1.	Regulación en Brasil	39
6.2.	Regulación en Perú.....	40
6.3.	Regulación en España	40
7.	Ejemplificación.....	41
7.1.	Accidentes laborales.....	41
7.2.	Accidentes de tránsito	41
7.3.	En materia de derecho a la imagen.....	42
Capítulo III.		43
¿La tutela cautelar puede satisfacer anticipadamente la pretensión?		43
1.	Tesis.....	43
2.	¿Podemos anticipar tutela con los mismos presupuestos de la tutela cautelar?	44
2.1.	<i>Fumus boni iuris</i> versus fuerte dosis de probabilidad o probabilidad intensa ...	44
2.2.	¿Podemos anticipar tutela con bajas posibilidades de derecho?	46
2.3.	<i>Periculum in mora</i> versus perjuicio de daño irreparable o de difícil reparación	47
3.	¿La tutela cautelar puede tener por objeto anticipar la pretensión?	48
Conclusiones.....		51
Bibliografía.....		54

*El Derecho no es sólo el día y
la noche; los matices grises
son los más sugerentes, donde
la penumbra empaña los
límites estáticos.*

CARRIÓ & MORELLO

LA TUTELA CAUTELAR NO PUEDE SATISFACER ANTICIPADAMENTE LA PRETENSIÓN

RESUMEN: La tutela cautelar, producto de las exigencias que está llamada a cubrir, ha comenzado a ser utilizada de manera distorsionada para dar respuesta a las necesidades de justicia, intentando incluir dentro de sí, a figuras que exceden de su contenido y alcance.

La presente tesina tiene por objeto esclarecer las diferencias entre la tutela cautelar y la tutela anticipada, para concluir que la tutela cautelar no puede satisfacer anticipadamente la pretensión.

PALABRAS CLAVES: TUTELA – CAUTELAR – ANTICIPATORIA –EFICACIA - ASEGURAR

ABSTRACT: Injunctive relief, product of the demands it is called to cover, has begun to be used in a different way it was meant to be used when coined, in order to answer to the needs of justice. All of this as an attempt to embrace figures that lie beyond its contents and reach.

This thesis pretends to clarify the differences between injunctive relief and interlocutory relief; concluding that injunctive relief cannot satisfy pretension in an anticipated manner.

KEY WORDS: RELIEF- INJUNCTIVE- INTERLOCUTORY EFFICIENCY- ENSURE

INTRODUCCIÓN

La realidad ha cambiado sustancialmente en los últimos tiempos en comparación a aquella que experimentó el legislador de nuestros principales cuerpos normativos de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Hoy en día, son otras las preocupaciones y necesidades de la sociedad, y producto de ello otras son las respuestas que debe dar la ciencia jurídica para los nuevos fenómenos que se vislumbran. Un tema que esta sujeto a constante análisis y crítica tiene que ver con el *proceso*, atendido que es el instrumento idóneo para la solución de conflictos dentro de un Estado de Derecho, y como el proceso es una creación humana no puede estar libre de los vicios propios de su creador. Es así, que en los últimos años se ha llegado a plantear una crisis del proceso, y a su vez, una *crisis de la justicia*.

Uno de los elementos que compone dicha crisis de la justicia es la *necesaria demora de los procesos*. Es por ello, que la doctrina se ha visto en la necesidad de paliar las consecuencias negativas que se generan por la tramitación de un juicio, y a su vez dar respuestas a dichas dificultades. Es así, que uno de los temas que ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina procesal guarda relación con la tutela de los derechos, específicamente dentro de las *tutelas de urgencias*. Al respecto, encontramos dos instituciones que han encontrado estos últimos años un fuerte interés por parte de los juristas. Nos referimos a la tutela cautelar y la tutela anticipada. Sobre el particular y atendida la nueva realidad, se discute en doctrina si la tutela cautelar puede tener una finalidad u objeto anticipativo. El tema no es menor, debido a las consecuencias y efectos que se derivarían de aceptar una u otra finalidad.

Este trabajo tiene por objeto esclarecer el contenido de la tutela cautelar como el de la tutela anticipada, concluyendo que ambas son instituciones diferenciadas y que no pueden integrarse una dentro de la otra, atendiendo que los presupuesto exigidos para cada una de ellas son diversos.

CAPÍTULO I

FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. FINALIDAD ANTICIPATIVA

1.1. INTRODUCCIÓN

Calamandrei postuló en el año 1936 que existe un tipo de providencias cautelares, que él denominó del *tipo c*, que tienen como característica que por medio de ellas “se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables” (Calamandrei, 2005, p. 58). Éstas consisten “precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario” (Calamandrei, 2005, p. 59). Carnelutti advertía que “otras veces, de lo que se trata no es de eliminar una peligrosa desigualdad entre los litigantes, sino de anticipar proveimientos que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia. Esa anticipación puede ser conveniente” (Carnelutti, 1944, p. 250). Por tanto, la doctrina procesal de principios del siglo XIX hace presente la idea de anticipar los resultados de la pretensión con el objetivo de que ésta no se vuelva ineficaz¹ o irroge daños irreparables a las partes.

En este sentido, Bordalí propone analizar la finalidad de la tutela cautelar de una manera *extensiva* o *dinámica*, en dónde, además de la tutela cautelar *tradicional* o

¹ Al respecto Ramos Méndez escribe que “no puede olvidarse que el derecho procesal es un método y éste es el camino para algo, es decir, se espera de él una utilidad manifiesta para el fin que persigue. Por ello se exige como una comprobación a posteriori de la eficacia del método, máxime cuando lo que persigue es el derecho de las partes. El resultado que arroja esta operación se traduce en una evaluación de la eficacia del método, esto es, del proceso. Esto nos obliga a volver ahora los ojos a la realidad cotidiana del proceso, a su concreto desarrollo por impulso de las partes y de los Tribunales de justicia, para examinar el funcionamiento práctico del sistema. Poco importa que la construcción dogmática sea coherente y más o menos perfecta. El proceso tiene una irresistible vocación operativa y si a la postre no funciona bien tal como está concebido y programado, hay que reajustar forzosamente los esquemas trazados” (Ramos Méndez, 1979, p. 252).

asegurativa se incluyan las medidas autosatisfactivas (Bordalí, 2001, pp. 56-66)², las cuales cobran relevancia en ejemplos como: evitar que el derecho de un accionista de una sociedad anónima se vea perjudicado por la asamblea de accionistas que fue convocada ilegalmente; proteger los derechos del autor sobre una obra literaria; proteger el derecho a la propia imagen y el derecho al honor (Bordalí, 2001, p. 56). Es decir, en aquellos derechos con *contenido extrapatrimonial*³. En este sentido, “parece claro que en la estimatoria colectiva no cabe cuestionar el tratamiento preferencial que se adjudica a las situaciones subjetivas de contenido y función no patrimonial (derechos de libertad, personalísimos, a la vida, a la salud, a la dignidad, de menores e incapaces, etcétera)” (Berizonce, 2011, pp. 837-838).

Marín previene que una finalidad de carácter anticipativa es ajena a la tutela cautelar o bien, no es aceptada por un sector importante de la doctrina procesal, de tal modo que — esta doctrina ortodoxa—, para dar respuestas a este tema, ha buscado nuevas categorías procesales que incluyan a dichas providencias con fines anticipativos; así, se postula que la *urgencia* es un concepto más genérico que lo cautelar, bajo el cual podrían incluirse providencias de tipo satisfactivas (Marín, 2004, p. 237)⁴. Cortéz postula que debe resolverse si en nuestro sistema procesal civil son concebibles aquellas medidas que no sólo

² Al respecto Peyrano sostiene que la medida autosatisfactiva “se trata de un requerimiento “urgente”, formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma [...] constituye una especie —aunque de mayor importancia— del género de los “procesos urgentes”, categoría ésta que engloba —como ya se ha dicho— una multiplicidad de procedimientos (las resoluciones anticipatorias, el régimen del amparo y del hábeas corpus, las propias medidas cautelares, etcétera) caracterizados todos por reconocer que en su seno el factor “tiempo” posee una relevancia superlativa. Vale decir que cuando no se está ante un proceso urgente siempre concurre una aceleración de los tiempos que normalmente insume el moroso devenir de los trámites judiciales: a veces se tratará del despacho de una diligencia sin oír previamente al destinatario de la misma, y en otras ocasiones de resolver sobre el mérito de una causa sin que la misma todavía se encuentre en estado de declarar el derecho, o de “sumarizar” la extensión del debate judicial” (Peyrano, 2000, p. 32).

³ “Para cierta jurisprudencia minoritaria y reciente la distinción entre daños materiales y morales se efectúa precisando la naturaleza de los *derechos subjetivos* lesionados, los cuales pueden ser de dos órdenes diversos: “*patrimoniales*” o “*extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad*”, el agravio a los primeros origina un daño patrimonial, en tanto que el atentado a los segundos engendra un daño extrapatrimonial o moral” (Diez Schwerter, 1997, p. 85). Por otro lado, Pizarro sostiene que el daño moral importa “una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial” (Pizarro, 2000, p. 36).

⁴ El referente principal de esta idea es Peyrano quien plantea que “*si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar*. Es que la categoría de *urgente* resulta mucho más amplia que el horizonte de lo cautelar”(Peyrano, 2008, p. 19).

tienen un contenido asegurativo o de conservación, sino que aquellas que alcanzan la satisfacción provisional de la pretensión (Cortéz, 2006, p. 528).

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR ANTICIPATIVA

Marín explica que el concepto de la tutela cautelar fue efectuado sobre la base del material normativo contenido en los códigos del siglo XIX, en la que se sistematizaron ciertas figuras que presentaban elementos comunes, a saber: la provisionalidad, el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y la instrumentalidad, lo que dio como resultado el *proceso cautelar*. La doctrina y la jurisprudencia, posteriormente fueron reconociendo principios y características que precisaron el contenido y alcance de la tutela cautelar, resultando aplicables a situaciones tales como: el secuestro conservativo, el embargo preventivo, la anotación preventiva, el interventor judicial —entre las más significativas—, conformando lo que podemos denominar la tutela *clásica o tradicional* (Marín, 2004, pp. 70-71). Con el correr del tiempo, surgieron situaciones que no encontraron respuesta dentro de esta forma de concebir a la tutela cautelar. Así, Bordalí hace referencia al legislador italiano del año 1942 quien pensó en una adecuada tutela de los derechos, la cual no fue suficiente en la práctica para protegerlos completamente, insertándose esta problemática dentro de la denominada *crisis de la justicia*. En este contexto, la doctrina comenzó a cuestionarse acerca de los presupuestos y requisitos de la tutela cautelar —entendiéndola dentro de la tutela de urgencia—, llevándola a asumir un rol de anticipación inmediata de la decisión (Bordalí, 2001, p. 58).

Actualmente, la tutela cautelar se enfrenta a una realidad muy distinta a la que enfrentó en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX. Esta nueva realidad, ha puesto a prueba la construcción dogmático–procesal de la tutela cautelar clásica o tradicional, lo que ha llevado a la doctrina a cuestionarse sobre la identidad de las medidas cautelares, su objeto y contenido. Dicha construcción ha empezado a resquebrajarse, debido a que no fue capaz de dar una respuesta eficaz a la tutela de los derechos, surgiendo una concepción que amenaza con ampliar el contenido tradicional de mero aseguramiento, a uno de anticipación (Marín, 2004, p. 72).

La tutela jurisdiccional necesita de tiempo para cumplir su función, pero es precisamente el tiempo el que parece afectar la eficacia de la justicia⁵. Cortéz señala que esta necesaria demora del proceso —para que la potestad jurisdiccional resuelva el asunto sometido a su jurisdicción con razonables probabilidades de acierto—, es por sí sólo un inconveniente. Atendido lo anterior, plantea que la reforma al proceso civil chileno debe orientarse hacia la aceleración de los procesos, incorporando un sistema en que rijan el principio de la oralidad de los actos procesales con sus reglas derivadas, la inmediación, la concentración y la publicidad (Cortéz, 2006, p. 525)⁶. Sin embargo, siempre se llegará a la conclusión que la realización de la actividad jurisdiccional del Estado requiere de tiempo, siendo este factor el fundamento y el presupuesto de la tutela cautelar (Cortéz, 2006, pp. 525-526). Fue Calamandrei el que estableció esta relación, al escribir que “las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misión eficaz y el mismo rendimiento *práctico* que tendría si se hubiese dictado inmediatamente” (Calamandrei, 2005, pp. 43-44).

Marín advierte que a veces “el reconocimiento puede llegar muy tarde para que el derecho controvertido pueda ser ejercitado plena y eficazmente: lo cual será probable

⁵ Así Calamandrei escribe que “la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece en dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. Es éste uno de aquellos casos en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien: a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y mediato desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un período, frecuentemente no breve, de espera: pero esta mora indispensable para el cumplimiento del ordinario *iter* procesal, ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto” (Calamandrei, 2005, p. 43).

⁶ Véase (Palomo Vélez, 2008, pp. 63-82), (Montero Aroca & Ortells Ramos, 1987, pp. 421-436). En relación al proceso civil chileno actual, véase (Palomo Vélez, 2007). En relación a la reforma procesal civil chilena (Palomo Vélez, 2009).

cuanto más complejo y detallado, y en definitiva garantizado, sea el procedimiento tendiente a su reconocimiento. Las consecuencias que podrían echarse en falta serían, junto a la utilidad, la efectividad de la tutela judicial y podría verse conculcado el principio reconocido hace tiempo por la teoría jurídica general, conforme al cual el *tener que recurrir al proceso para obtener el reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón*. Pues bien, la tutela cautelar tiene exactamente esta finalidad objetiva, actuar de forma que el plazo necesario para el reconocimiento del derecho no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho haciendo nula la posibilidad de ejercicio: dicho en pocas palabras, de conseguir la finalidad fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, que es la *efectividad de la tutela jurisdiccional*” (Marín, 2004, p. 78). Por consiguiente, la tutela cautelar sería una técnica para enfrentar no tanto la duración del proceso —que por más breve que sea, es ineludible— sino impedir que con ocasión de ella, se perjudique la efectividad de la sentencia definitiva a través de la ejecución de actos nocivos para su eficacia (Cortéz, 2006, p. 526).

En síntesis, la función que cumpliría la tutela cautelar dentro de un ordenamiento jurídico, es la de tratar que el *reconocimiento del derecho sea eficaz*, y otra más general es la *actuación de la norma jurídica* en todos los casos que la duración del proceso ponga en peligro dicho objetivo, privando a la norma jurídica de toda eficacia (Marín, 2004, pp. 78-79).

1.3. CONCEPTO DE TUTELA CAUTELAR CON FINALIDAD ANTICIPATIVA

Font Serra apunta que “la tutela cautelar se ejerce por los tribunales con la finalidad de anticipar la actuación del derecho, no ante la aparente existencia de un peligro genérico, sino la de un determinado peligro específico, es decir, por el peligro de que la actuación definitiva y directa del derecho sea, en su momento, imposible, por haberse alterado maliciosamente la situación de hecho y de derecho durante el transcurso del proceso” (Font Serra, 1974, p. 142). Marín conceptualiza a las medidas cautelares como “la ejecución anticipada y provisoria de la sanción principal concedida en vista del peligro en el retardo” (Marín, 2004, p. 239). Según Cortéz “las medidas cautelares son el instrumento destinado a reprimir los riesgos para la efectividad de la sentencia derivados de la pendencia del

proceso y se verifican mediante una injerencia en la esfera patrimonial del demandado, conducente a la neutralización de la amenaza” (Cortéz, 2006, p. 526).

1.4. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CON FINALIDAD ANTICIPATIVA

Bordalí sostiene que los presupuestos de las medidas cautelares extensivas o dinámicas son los comunes a todas las medidas cautelares, a saber: el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris*, la *proporcionalidad* y, eventualmente, la *contracautela* (Bordalí, 2001, p. 56). Al respecto, Marín señala que las medidas cautelares no son de automática o inmediata aplicación por parte del juez al ser solicitadas por el actor, sino que para poder concederlas es necesario que cumplan con ciertos presupuestos o requisitos. Tradicionalmente se exige la concurrencia del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, y a estos, suele agregarse la *caución* o *contracautela*, que debe otorgarla quien solicitó la medida cautelar, con el objeto de responder por los eventuales perjuicios que se causen al demandado (Marín, 2004, p. 243). Por consiguiente, para conceder la tutela cautelar con finalidad anticipativa será necesario que concurran los mismos presupuestos que se exigen para la tutela tradicional, clásica o asegurativa⁷.

1.5. MEDIDAS PROVISIONALMENTE SATISFACTIVAS

Cortéz sostiene que dentro del análisis de la tutela cautelar se debe incluir a las denominadas *medidas provisionalmente satisfactivas*, las cuáles no tienen una denominación uniforme o común, siendo las más utilizadas las de: innovativas, satisfactivas

⁷ La jurisprudencia de la Corte Suprema ha indicado como presupuestos que deben concurrir para otorgar tutela cautelar, ya sea como medida prejudicial o como precautoria, los siguientes: “que la ley, al reglamentar la concesión de medidas precautorias como prejudiciales, exige diversos motivos y circunstancias, a saber: que se *expresen la acción* que se propone deducir el que las solicita y *someramente sus fundamentos*; que se *determine el monto de los bienes sobre que deben recaer*; que *se rinda fianza u otra garantía suficiente* a juicio del tribunal, y que existan *motivos graves y calificados* [...] que, al exigirse por la ley que existan motivos graves y calificados para que puedan decretarse prejudicialmente medidas precautorias, se han aumentado y no disminuido los requisitos que requiere el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil para decretar las simplemente precautorias, o sea, que el demandante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que reclama y no puede ser de otra manera, dada la ocasión en que unas y otras se solicitan, unas antes y de presentarse la demanda, las otras después de presentada ésta, o conjuntamente con ella”. RDJ, XXVIII, segunda parte, sec. 1ª, p. 630 (el destacado es nuestro).

o anticipativas (Cortéz, 2006, p. 529). Bordalí postula que “dentro de una concepción más *extensiva* de la tutela cautelar —o ya *dinámica*—, las medidas autosatisfactivas, además de aquellas más *tradicionales* que tienden a asegurar los resultados de un proceso sobre el mérito, también se considerarían como una modalidad de tutela cautelar” (Bordalí, 2001, pp. 56-57). Además, “la sola enunciación de esta categoría de efectos cautelares sigue siendo motivo de controversia. La tradicional vinculación entre medidas cautelares y ejecución procesal ha sido la razón fundamental que ha llevado a la negación del carácter cautelar de aquellas medidas que anticipan la ejecución” (Cortéz, 2006, p. 530). Para Cortéz, la alternativa de admitir o no medidas de contenido provisionalmente satisfactivas —en un sistema procesal civil— es una cuestión de política legislativa, dependiendo de la finalidad que cada ordenamiento jurídico le pretenda asignar al proceso cautelar, no existiendo razón para considerar a las medidas provisionalmente satisfactivas como cuerpos extraños dentro la tutela cautelar (Cortéz, 2006, p. 530).

Sin embargo, creemos que la tutela cautelar y las medidas autosatisfactivas son instituciones distintas, tal como explica Peyrano “la medida autosatisfactiva es un requerimiento *urgente* formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar” (Peyrano, 2008, p. 13), agregando que la medida autosatisfactiva constituye “una especie —aunque de la mayor importancia— del género de los procesos *urgentes*, categoría ésta que engloba una multiplicidad de procedimientos caracterizados todos por reconocer que en su seno el factor *tiempo* posee una relevancia superlativa” (Peyrano, 2008, p. 14). En este sentido, resulta innecesario desdibujar una institución jurídica —en el caso de la teoría cautelar— para hacerle rendir un servicio para el que no fue pergeñada o pensada. Mejor, es reconocer que existen nuevas necesidades que reclaman nuevas tutelas que vienen a ser *diferenciadas* respecto de lo que se tenía hasta entonces (Peyrano, 2008, p. 20) y que necesitan de regulación. En resumen, “la tutela cautelar no tiene un contenido satisfactivo. La necesidad de tutela jurisdiccional efectiva llevo a la utilización de la acción cautelar como instrumento destinado a la satisfacción oportuna de la pretensión que sólo podría ser otorgada por medio de la llamada *acción principal*”. (*A tutela cautelar não tem conteúdo satisfativo. A necessidade de tutela*

jurisdiccional efetiva levou à utilização de ação cautelar como instrumento destinado à satisfação tempestiva da pretensão que só poderia ser veiculada por meio da chamada ação principal) (Marinoni, 2008, p. 107).

1.6. FINALIDAD U OBJETO ANTICIPATIVO DE LA TUTELA CAUTELAR

La finalidad u objeto anticipativo de la tutela cautelar se enfoca en obtener la eficacia del juicio y, consecuentemente, de la pretensión formulada por el actor. Para poder conseguir dicha eficacia, se hace necesario en varias ocasiones adelantar la satisfacción de la pretensión o de parte de ésta. Los autores que adhieren a esta postura, afirman que la tutela cautelar tendría un objeto anticipativo y no sólo un objeto asegurativo, pues el concepto de la tutela cautelar ha quedado desfasado y ya no basta sólo con medidas de aseguramiento del juicio, sino que serían necesarias medidas que permitan anticipar el juzgamiento que concede la tutela del fondo, permitiendo que el juicio sea eficaz, concretándose la finalidad del proceso⁸.

Fue Calamandrei quien en el año 1936 advirtió que hay ciertas providencias cautelares que anticipan los resultados del juicio debido al riesgo de resultar ineficaz, así, “la calificación de cautelares (o asegurativas, que es sinónimo) es la más apropiada para indicar estas providencias, porque es común a toda la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro de amenaza. Pero *no todas las providencias cautelares son conservativas*: pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ellas se constituye consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente. También bajo este aspecto la función, conservativa o modificativa, de las medidas cautelares, se orienta sobre la providencia principal y se coordina a ella. En todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal naturaleza que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar mira a *conservar aquel estado de hecho*, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos (por

⁸ Couture plantea que “el fin del proceso, agregámos, es el de dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción. Ese fin es privado y público, según trataremos de demostrarlo. Satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción” (Couture, 1990, pp. 145-146).

ejemplo, el secuestro conservativo, que determina la indisponibilidad en cuanto a la futura ejecución forzada de los muebles hoy existentes en poder del deudor); pero otras veces, cuando se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales defectos, debe tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivo e innovativos, que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables” (Calamandrei, 2005, pp. 48-49).

Marín afirma que, últimamente gracias a la referencia de los modernos textos positivos en el derecho comparado y sumado a una interpretación más amplia por parte de los tribunales de justicia, es posible que por medio de una cláusula de cautela general se incluyan providencias cautelares con fines anticipativos en nuestro ordenamiento jurídico (Marín, 2004, p. 237)⁹.

Es pertinente preguntarse si ¿es posible conceder en sede cautelar parte o el total de lo solicitado por el demandante? Al respecto, Marín señala que hay algunas materias que no parecen presentar mayor dificultad. Así ocurre con los alimentos provisionales en los juicios de paternidad o divorcio y, en algunos países en los accidentes de circulación, puesto que en estos casos no se cuestiona que antes de entrar a discutir el fondo del asunto, debe el demandado pagar una suma de dinero a título de alimentos provisionales. Algo similar ocurre en materia de propiedad industrial y marcas, en donde se necesita de concretas medidas positivas o anticipativas para que la tutela resulte verdaderamente efectiva (Marín, 2004, pp. 240-241). De tal manera, en los tiempos actuales no sólo es necesario que se aseguren los resultados del juicio, sino que además se anticipen los resultados para que la tutela jurisdiccional resulte eficaz. Adelantamos el planteamiento de

⁹ El mismo autor al referirse a las medidas innominadas o indeterminadas de creación jurisprudencial del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil cree que “es necesario que los jueces comprendan que dentro de las medidas cautelares expresamente reguladas por el legislador hay medidas que cumplen fines más amplios que los estrictamente asegurativos, e incluso fines anticipativos que pueden ayudar en la búsqueda de un horizonte más amplio de las medidas indeterminadas en el derecho nacional. Soy consciente de que en el momento en que fueron elaboradas las normas del Código de Procedimiento Civil se tenía en mente un criterio primordialmente asegurativo. Sin embargo, creo que esto puede cambiar, que hoy en día debemos ser capaces de interpretar esta materia de conformidad con la nueva realidad a la que se enfrenta la sociedad chilena, que vive más de prisa y que se enfrenta a problemas totalmente diferentes a los que se enfrentó la sociedad chilena del pasado” (Marín, 2004, p. 470).

Romero sobre el particular, quien sostiene que la tutela cautelar —que en nuestro sistema procesal civil se encasilla dentro de la institución de las *medidas precautorias*— sólo permitiría anticipar algunos de los efectos de la ejecución, pero nunca todos. Nos encontramos con situaciones en las que debido a la naturaleza del derecho cuya protección se busca, se puede dar una homologación entre protección cautelar y la tutela del fondo para el caso concreto. Los casos más relevantes surgen a propósito de la protección de derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política, como son el derecho a la vida; a la integridad física y psíquica de las personas; y a la privacidad y honra de las personas (Romero, 2007, p. 45).

En resumen, la anticipación encuadra bien en determinados asuntos que tienen rasgos peculiares como los ejemplificados anteriormente y en los cuales el legislador ha ido regulando expresamente la tutela cautelar. Sin embargo, en aquellas materias que no han sido reguladas de manera expresa nos encontraríamos con un *vacío*¹⁰. Ahora bien, en países que tienen un marcado activismo judicial dicho dilema se ha solucionado a través de las medidas cautelares innominadas o indeterminadas (Marín, 2004, p. 241). Un reconocimiento de la tutela cautelar con finalidad anticipativa se ilustra en el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de 11 de diciembre de 2008, en el cual se desestimó una acción de protección, pues se acreditó que con él se pretendía lograr un beneficio similar al de una medida cautelar con finalidad anticipativa, así la Corte señaló “que de la lectura de las peticiones concretas sometidas al juzgamiento [...] fluye sin ningún género de duda que los actores pretenden que el referido órgano judicial, por medio de la sentencia definitiva que en su momento habrá de dictar, prive de eficacia jurídica a un conjunto de

¹⁰ Al respecto, Peyrano explica que “algunos cedieron a la tentación de *desfigurar lo conocido* y así fue que comenzaron a hablar-y hasta se verifica su aplicación en resoluciones judiciales- de la *cautelar autónoma*, que sería aquella que no caduca, cuya sobrevivencia no depende de su iniciación a posteriori de un juicio principal. Otros, la mayoría, se inclinaron por intentar fijar límites de un nuevo concepto jurídico, la *medida autosatisfactiva*, que venía a subsanar, de manera coherente y fundada, la referida sensación de *vacío*. Sobre el particular, hemos tenido ocasión de decir que como fuere, siempre estamos ante lo mismo: un vacío sentido en nuestra panoplia de vías procesales que dificulta que el Servicio de Justicia rinda frutos apetecibles y pronto sin que sea necesario recurrir a *retrocimientos* ni a violaciones de la verdadera voluntad de los justiciables. En otras latitudes, como en EE.UU., a través del régimen de las *injunctiões*, y asimismo en Italia, Alemania y Perú, el ideario de la medida autosatisfactiva está presente de *lege lata*, y su funcionamiento es corriente. En dichos lugares, el referido ideario se encuentra en paralelo con la diligencia cautelar ortodoxa sin mezclarse y asignándole a esta última el rol que le compete. En lugar de *desfigurar* a la *teoría cautelar clásica* se ha preferido preservarla y generar un nuevo instituto pensado por y para dar respuestas eficaces y expeditas a ciertas situaciones de urgencia que no reclaman (por sí mismas o porque no les interesa a los afectados) la promoción de acciones principales posteriores” (Peyrano, 2008, p. 20).

actos jurídicos de orden societario, bien por medio de la declaración de su nulidad absoluta, bien a través de la declaración de inoponibilidad, de suerte que dichos actos jurídicos societarios queden desprovistos de efectos en la realidad jurídica concreta, dentro de la cual ejerce sus facultades legales administrativas la autoridad de transportes recurrida en estos autos [...] que en el presente recurso de protección surge que lo pretendido, en esencia, es que, con antelación a la sentencia definitiva [...] esto es, anticipadamente se prive de efectos a los mismos actos jurídicos societarios [...] en consecuencia, el beneficio jurídico pretendido en este recurso de protección corresponde, en esencia, al que es propio de una medida cautelar, de tipo anticipatorio del efecto de una futura sentencia definitiva que habrá de dictarse en su oportunidad en un proceso judicial”¹¹. Por tanto, de un modo indirecto — ya que la Corte no resuelve directamente la concesión de una medida cautelar con finalidad anticipativa— se reconoce jurisprudencialmente la tutela cautelar con finalidad anticipativa, puesto que el tribunal desestima una acción de protección, ya que a través de ella se persigue lograr el mismo beneficio jurídico de una medida cautelar anticipatoria, argumentando que dicha acción constitucional no es la vía adecuada para anticipar los efectos de la sentencia definitiva, a *contrario sensu* la adecuada sería la tutela cautelar.

Marín piensa que la tutela cautelar, y específicamente, las medidas cautelares, no se deben agotar en situaciones excepcionales, sino que la anticipación debe estar comprendida como rasgo elemental, así escribe que “la solución al problema no pasa por excluir este tipo de medidas —cautelares con finalidad anticipativa— de la tutela cautelar, sino, por el contrario establecer un adecuado marco legal a su respecto. En esta materia se impone un importante grado de flexibilidad y que el legislador asuma de una vez por todas la responsabilidad que tiene de dotar al sistema procesal civil chileno de un número vasto y flexible de medidas cautelares, que permita la anticipación en cualquier materia y no sólo las que hasta ahora se han regulado. No es bueno ni eficiente que el legislador se desatienda de este problema y deje la *tarea sucia* a los tribunales de justicia y que siga confiando en la prudencia y en el escaso activismo que en esta materia han mostrado los jueces en Chile” (Marín, 2004, p. 242).

¹¹ Corte de Apelaciones de Concepción (2008), fuente: <http://cl.microjuris.com>: MJCH_MJJ19085 | ROL: 484-08, MJJ19085. Consultado el 19 de noviembre de 2012.

En conclusión, la sentencia ha de ser eficaz, es decir, que al momento de dictarse pueda efectivamente cumplirse, lo cual se consigue, por un lado, evitando que los bienes del demandado se dispersen, y por otro, en aquellas ocasiones en que no baste con evitar una dispersión de bienes, resulta imperioso ir más allá, volviéndose necesario anticipar provisionalmente la decisión de mérito, a través de la tutela cautelar (Marín, 2004, p. 471).

2. FINALIDAD ASEGURATIVA

2.1. INTRODUCCIÓN

En principio, podría estimarse que la protección de los derechos e intereses legítimos se encuentra asegurada por medio del ejercicio de las acciones en los procesos declarativos o ejecutivos —cuyo producto es la sentencia definitiva que confiere la protección del derecho—, que constituyen los instrumentos formales para el ejercicio del derecho de acción ante la jurisdicción (Romero, 2007, p. 53). En otras palabras, la tutela tradicional del derecho se logra a través de la sentencia definitiva, que es el resultado de la tramitación de un juicio.

Carnelutti observa que la consecución de las finalidades de los procesos declarativos —que él llama proceso de jurisdicción— y de ejecución, si bien sirven, dentro de lo posible para la composición del litigio, implican, a la vez, un costo considerable que debe ser atentamente valorado, sobre todo en orden al tiempo, puesto que la duración del proceso que es uno de sus defectos humanos, y aunque se tenga por objetivo permanente perfeccionar la regulación del mismo, no podrán jamás ser eliminados del todo. Uno de esos problemas, es que, entre el comienzo y el fin del proceso, tanto declarativo como ejecutivo, media necesariamente un período de tiempo, en el que se producen una serie de daños para las partes. Atendido lo anterior, se fueron creando y adoptando determinadas medidas encaminadas a un arreglo provisional de la situación que ha brotado o se está gestando en el litigio, obteniendo la prevención de esos daños, y ello, antes de que el proceso jurisdiccional o el ejecutivo comiencen o mientras recorren su *iter* (Carnelutti, 1944, p. 243). El mismo autor explica que “de ese modo, junto a la jurisdicción y a la ejecución se presenta la prevención (de los daños del litigio), como una tercera finalidad del

proceso. Por regla general, se suele hablar, más que de *prevención*, de *aseguramiento* de los derechos (*rectius*, de las pretensiones)” (Carnelutti, 1944, p. 243).

Chiovenda grafica las situaciones en que son necesarias *medidas provisionales de seguridad* dentro del proceso¹², a saber: aquella en que falte la declaración convencional y que no se tenga aún la autoritaria por falta de acción o del tiempo necesario para tenerla; y que interinamente, se presenten circunstancias tales que en todo o en parte impidan o hagan más difícil o gravosa la consecución del bien que *resultase* garantizado por la ley, si desde ahora no se provee a evitar el peligro. También puede ocurrir que se trate de un bien cuya consecución, si aquel es debido, no puede aplazarse sin daño. Finalmente, puede suceder que aún que se tenga una declaración de la voluntad de la ley, pero que durante el tiempo necesario *para la ejecución* se presente el temor de daño (Chiovenda, 1922-1925, p. 260). Guasp postula que el proceso cautelar forma parte de los *proceso de facilitación*, atendido que este último puede tener por finalidad remover los obstáculos que acaso se opongan a la eficacia de otro proceso principal, esto es, tratar de proteger los efectos que, en ese proceso principal, acaso puedan obtenerse. El proceso cautelar se relaciona con los efectos del proceso de fondo (Guasp, 1961, p. 1296).

En cuánto a la justificación de esta forma de tutela, Prieto-Castro plantea que “el patrimonio y la esfera jurídica del que está siendo afectado por un juicio, no debería experimentar limitaciones o menoscabo hasta después que los tribunales *digan en firme su última palabra*: con mayor razón aún esa intangibilidad habría de reconocerse al particular que no está demandado y sólo existe la intención de demandarle. Pero al lado de este principio estricto actúa la consideración de que el tiempo que hace falta para que los tribunales pronuncien sus fallos pudiera ser aprovechado por el deudor para sustraer de su responsabilidad los bienes a que se refiera el proceso o, en general, para crearse un estado de insolvencia frente a las obligaciones por las que se le demanda. Aún más, puede ser el

¹² La Corte Suprema en sentencia de 2 de enero de 1951 ha señalado que “las medidas precautorias, que sólo persiguen, según el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, asegurar el resultado de la acción, lo que equivale a considerar que antes del término del juicio no es posible disponer, liquidar o vender los bienes afectos a las medidas precautorias. Lo dicho se refuerza si se tiene en cuenta que conforme al artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, las precautorias son esencialmente provisionales y deberán terminar si se elimina el peligro que se ha procurado evitar o se otorgan cauciones suficientes. Tal carácter provisional no se concilia con la facultad de enajenar durante el juicio las cosas comprendidas en las medidas precautorias”. RDJ, t. XLVIII (1951), sec.1ª, p.1.

aviso que pone en guardia al deudor de mala fe decidido a cualquiera de esos fraudes” (Prieto Castro y Ferrándiz, 1959-1961, p. 306). Chiovenda sostiene que “se puede prevenir este peligro, o acelerando la ejecución en los límites permitidos por la ley o con otras resoluciones dirigidas a *conservar* el estado actual de cosas” (Chiovenda, 1936, p. 297).

En síntesis, el temor de insolvencia, de empobrecimiento de los bienes, de desaparición de las cosas o la molestia que al demandante puede producir la continuación del estado en que se encuentra hasta que se dicte la sentencia definitiva, son fundamentos para la tutela cautelar.

2.2. MECANISMOS PARA ASEGURAR EL RESULTADO DE LA PRETENSIÓN

Romero explica que el primer obstáculo que enfrenta el proceso proviene del transcurso del tiempo, puesto que la tutela declarativa y la ejecutiva no son instantáneas, debido que todo procedimiento debe recorrer una serie de etapas, cuya duración dependerá de la estructura de lato conocimiento, sumaria o sumarísima prevista en cada caso por el legislador. Así, es parte de la realidad que entre el inicio de la relación procesal y el cumplimiento de la sentencia, ocurran alteraciones jurídicas o fácticas, que terminen frustrando la pretensión. Es por ello que bajo el riesgo que el proceso sea ineficaz, es que se han elaborado diversos mecanismos para enfrentar la *necesaria demora del proceso*, así, nos encontramos con la *sumarización de la función declarativa*, la *tutela anticipada del derecho*, la *tendencia a perfeccionar el sistema de ejecución* y el *sistema cautelar*¹³ (Romero, 2007, p. 53).

2.3. CONCEPTO DE TUTELA CAUTELAR CON FINALIDAD ASEGURATIVA

En una primera aproximación, Chiovenda conceptualiza a estas medidas determinadas por el peligro o la urgencia, como “*provisionales de cautelar o de conservación*”, porque se dictan con anterioridad a que esté declarada la voluntad concreta de la ley que nos garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, como

¹³ Para un estudio de las medidas cautelares, desde una perspectiva del análisis económico del derecho véase (Carrasco Delgado, 2012, pp. 199-258).

garantía de ésta, y varían según la diversa naturaleza del bien que se pretende” (Chiovenda, 1936, p. 297). Para Carnelutti “la tutela cautelar es un instrumento de tutela dispuesto por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo, ya que una debida protección de los derechos e intereses de las personas depende en muchas oportunidades que el juez pueda, a efectos de un proceso, detener, retroceder o acelerar el curso del tiempo” (Carnelutti, 1971, p. 412). En esta línea, Prieto-Castro sostiene que “las medidas cautelares constituyen *una forma de tutela jurídica*” (Prieto Castro y Ferrándiz, 1959-1961, p. 306). Para Marín “en este caso estamos frente a resoluciones que ejecutan la finalidad tradicional de la tutela cautelar; a saber, aquellas que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma” (Marín, 2004, p. 233). Las medidas cautelares con fines precautorios o asegurativos son las que siguen constituyendo la base de toda la construcción dogmática que pretenda realizarse en torno a la tutela cautelar, siendo muy importantes y útiles al interior de los diferentes ordenamientos jurídicos (Marín, 2004, pp. 234-235). La Corte Suprema en sentencia de 29 de marzo de 1972 ha señalado “que por su naturaleza, la institución de las medidas precautorias tiene como único y limitado objetivo el de asegurar el resultado de la acción deducida”¹⁴. Preferimos el concepto de Marinoni, según el cual “la tutela cautelar se destina a asegurar la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material” (Marinoni, 2010, p. 33).

2.4. ¿LA TUTELA CAUTELAR CONSTITUYE UN PROCESO AUTÓNOMO?

En doctrina se discute si existe un derecho material a la tutela cautelar, así para Guasp, la idea esencial de este proceso “es la de intentar que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial, todavía no obtenida, y por lo tanto, la de adoptar precauciones, cautelas o aseguramientos, frente a al posible ineficacia de la misma” (Guasp, 1961, p. 1296). En resumen, “el proceso cautelar es, pues, aquel que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados”(Guasp, 1961, p. 1296). La doctrina española plantea que “no existe medida cautelar sin un proceso principal en el que se pretenda una sentencia de condena; aparece, pues, la medida cautelar como instrumental

¹⁴ RDJ, t. LXIX (1972), segunda parte, sec. 3ª, pp. 26-28.

a la acción de condena y dependiente de un proceso” (Almagro Nosete, et al., 1988, p. 469), agregando que “el que la medida cautelar sea dependiente de un proceso principal no significa que no sea autónoma de ese proceso. Con ello queremos decir que se adopta bajo unos presupuestos procesales y con un procedimiento distinto al principal” (Almagro Nosete, et al., 1988, p. 470). Sin embargo, en el derecho nacional la discusión sobre si la tutela cautelar constituye un proceso autónomo no tiene mayor relevancia, puesto que el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, afirma que “*para asegurar el resultado de la acción deducida*”. Romero sostiene que “nuestro sistema cautelar está construido sobre el principio que la tutela judicial del derecho es un acto intrínseco de la sentencia judicial sobre el fondo” (Romero, 2007, p. 56), y agrega que “la protección cautelar no decide la litis; por regla general es un instrumento auxiliar de los fines del proceso declarativo o ejecutivo” (Romero, 2007, p. 56).

2.5. LA INSTRUMENTALIDAD ES LA CARACTERÍSTICA TÍPICA DE LA TUTELA CAUTELAR

Para Calamandrei la instrumentalidad “es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cautelares nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente *preordenados* a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, *al servicio de una providencia definitiva*, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito” (Calamandrei, 2005, p. 44). Asimismo, agrega que “esta relación de *instrumentalidad* o, como han dicho otros, de subsidiariedad, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certezas con predominante función ejecutiva: ésta nace, como se ha visto, con la esperanza de que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en definitiva; aquélla nace en previsión, e incluso *en espera*, de una providencia definitiva a posterior, en defecto de la cual no sólo no aspira a convertirse en definitiva sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto” (Calamandrei, 2005, pp. 44-45). En resumen, en las providencias cautelares se persigue, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva

que servirá a su vez para actuar el derecho (Calamandrei, 2005, p. 45). En el mismo sentido, para Font Serra “la instrumentalidad supone que la tutela cautelar tiene una relación de servicio respecto al proceso, en virtud de cuya incoación o intención de promoverlo se ha adoptado la medida de justicia cautelar. La tutela cautelar no es independiente, sino dependiente de una tutela principal” (Font Serra, 1974, p. 143).

Marinoni entiende a la tutela cautelar como aquella que asegura la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material, y es por lo anterior, que se caracteriza por la instrumentalidad y por la referibilidad. La tutela cautelar es un instrumento de la tutela satisfactiva, en la medida que busca garantizar su fructuosidad (Marinoni, 2010, p. 33). Calamandrei explica, de manera gráfica, que en las providencias cautelares se encuentra una *instrumentalidad elevada al cuadrado*, puesto que, son de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho. Por lo que son *instrumento del instrumento*” (Calamandrei, 2005, p. 45). Así, la jurisprudencia nacional ha señalado que “las medidas cautelares, entre las cuales una precautoria, surgen procesalmente como algo accesorio que corre por un carril paralelo al de lo principal”¹⁵.

Hay un sector de la doctrina, que propone reinterpretar la concepción de la instrumentalidad de la tutela cautelar, puesto que, ya no debe “ser entendida sólo funcionalmente en relación al proceso *principal*, en términos de asegurarlo, sino que puede comprenderse ya en términos más amplios, orientada teleológicamente a hacer posible o a facilitar la tutela, o ya a no hacer inútil la tutela ordinaria, o como ya se decía, a hacer posible que la sentencia se cumpla en sus propios términos. La instrumentalidad del proceso cautelar puede ser entendida ahora como una vía que facilitaría los medios precisos para garantizar el eficaz funcionamiento de la Justicia. No es que en esta concepción las medidas cautelares carezcan de instrumentalidad, sino que se ha modificado la clásica concepción de la instrumentalidad esbozada por Calamandrei, es decir, instrumentalidad ahora ya no orientada a cautelar un proceso principal o la eficacia de la resolución sobre el mérito, sino entendida como situación apta para tutelar directamente la normativa dispuesta por el ordenamiento sustantivo.

¹⁵ RDJ, t. XCVIII (2001), segunda parte, sec. 2ª, p. 64.

De acuerdo con esta concepción de la tutela cautelar, aquellas medidas que satisfacen la pretensión del actor de un modo directo y urgente encuentran su *ratio* en la exigencia de garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional con referencia a determinadas situaciones subjetivas que podrían verse perjudicadas o insatisfechas, donde fuese necesario esperar el resultado del proceso de mérito a cognición completa y exhaustiva, dispuesto para la tutela de los derechos e intereses de las personas; tales medidas serían también cautelares” (Bordalí, 2001, pp. 61-62).

2.6. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Romero plantea que los elementos esenciales de las medidas cautelares son¹⁶: (a) el efecto asegurativo de la medida; (b) la medida cautelar está preordenada a un proceso pendiente; (c) la exhibición del título; (d) la medida cautelar no puede satisfacer anticipadamente; (e) el carácter provisional de las medidas cautelares¹⁷; (f) la medida cautelar debe ser idónea para su fin y (g) las medidas cautelares deben limitarse a los bienes necesarios para responder al resultado del juicio (Romero, 2007, p. 60).

En primer lugar, el efecto asegurativo según Gutiérrez de Cabiedes consiste “en tender a asegurar el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho durante la pendencia de una proceso, previniendo así las repercusiones posiblemente perjudiciales,

¹⁶ Romero toma de referencia a Gutiérrez de Cabiedes, el cual estima que los elementos esenciales de las medidas cautelares son: (a) el efecto asegurativo de la medida; (b) la medida cautelar está preordenada a un proceso pendiente; (c) la exhibición de un título; (d) la homogeneidad y no identidad entre la medida cautelar y el derecho sustantivo; (e) el carácter dispositivo de la medida cautelar; (f) la contracautela y (g) el levantamiento o modificación de las medidas cautelares (Gutiérrez de Cabiedes, 1974, pp. 12-18).

¹⁷ El carácter provisional de las medidas cautelares ha llevado a la conclusión jurisprudencial que la resolución que concede como la que la deniega una medida cautelar tiene la naturaleza de auto, así la Corte de Apelaciones de Santiago de 6 de junio de 1984 ha señalado que “las medidas precautorias según se desprende del artículo 290 del referido Código son aquellas que sirven para asegurar el resultado de la acción deducida y se caracterizan por ser esencialmente provisionales, como lo señala el artículo 300 de ese cuerpo legal, pudiendo cesar en cualquier momento en que desaparezca el peligro que se ha querido evitar [...] la resolución que no dio lugar a dejar sin efecto una medida precautoria no puede revestir el carácter de una sentencia interlocutoria, puesto que atendida su naturaleza provisional no puede establecer derechos permanentes a favor de las partes, ni resuelve algún trámite que deba servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria”. RDJ, t. XXXI (1984), sec. 3ª, p.71. Asimismo, la Corte de Apelaciones de Santiago de 17 de marzo de 1995 ha indicado “que debido a que el artículo 301 de ese cuerpo legal declara como esencialmente provisionales a esas medidas, descartada queda la hipótesis que la resolución que las reconoce establezca derechos permanentes en favor de las partes. Y como, por otro lado, resulta claro que tampoco resuelve sobre un trámite que haya de ser básico para el pronunciamiento del fallo definitorio, no puede ser la de que se trata una sentencia interlocutoria”. RDJ, t. XCII (1995), sec. 2ª, p. 13.

que el tiempo de la tramitación del juicio puede provocar en el derecho mismo” (Gutiérrez de Cabiedes, 1974, p. 12). Quezada afirma que “con ellas se pretende asegurar el resultado práctico de la acción (pretensión), no tanto en relación con una sentencia favorable, sino que —previando que pueda serlo— garantizando la existencia de bienes sobre los cuales pueda ejecutarse la sentencia” (Quezada Meléndez, 1997, p. 45). La Jurisprudencia ha sido unánime en reconocer el efecto asegurativo de la medida cautelar, así la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 27 de octubre de 1904 señalaba que “las medidas precautorias sólo tienen por objeto responder a las resultas del juicio y no importan un prejuzgamiento de las cuestiones que en él se ventilan”¹⁸, en el mismo sentido la Corte Suprema en sentencia de 22 de agosto de 1988 ha señalado que “en conformidad a lo establecido en el artículo 290 del código de Procedimiento Civil, las medidas que establece dicha norma y que el demandante puede pedir en cualquier estado del juicio —aunque no esté contestada la demanda—, *tienen por objeto asegurar el resultado de la acción*, de lo que se infiere que las medidas precautorias de que trata el Título V del Libro II del expresado Código se encuentran vinculadas de manera directa a la acción ejercida por el demandante, y al interés de éste por mantenerla procesalmente en permanente y progresiva actividad con el fin último de obtener el beneficio jurídico perseguido con ella”¹⁹. En síntesis, lo medular del efecto asegurativo es que “se evita la producción de un daño o perjuicio al actor, que de no adoptarse la medida se podría provocar durante el tiempo de tramitación del proceso” (Romero, 2007, p. 60). Reconocerles un efecto asegurativo a las medidas cautelares “explica que ellas se puedan dictar sin oír previamente a la contraparte (*inaudita parte*), sin que tal actuación menoscabe el derecho al debido proceso. En efecto, esta forma de concederlas no suprime la bilateralidad, sino que la desplaza para un momento posterior, esto es, al ejercicio de la contracautela (artículo 302 CPC)” (Romero, 2007, p. 60). Finalmente, en virtud a este elemento se desprende que sólo en muy raras excepciones pueda conceptuarse como tutela cautelar una medida tendente a innovar una

¹⁸ RDJ, t. II (1904), sec.2ª, p.68.

¹⁹ Gaceta Jurídica N° 98 (1988), pp. 17-18 (el destacado es nuestro). Asimismo, los tribunales chilenos han señalado que “establecidas por ley las medidas precautorias para garantizar las resultas de una acción deducida o que se va a deducir en juicio (prejudiciales precautorias) es indispensable para otorgarlas que previamente se anuncie o deduzca esa acción que de ella conozca el tribunal competente, por lo cual no habiéndose deducido acción alguna [...] el árbitro [...] ha violado la ley al conceder una medida precautoria que no estaba llamada a garantizar acción alguna deducida en juicio”. RDJ, t. XVII (1920), segunda parte, sec. 1ª, p. 297.

situación de hecho o de derecho antes de que se pronuncie la sentencia sobre dicha situación o derecho. Por lo que las medidas innovativas sólo excepcionalmente deben considerarse como cautelares (Gutiérrez de Cabiedes, 1974, p. 13).

Otro elemento distintivo de las medidas cautelares es que *no pueden satisfacer anticipadamente la pretensión*. Por lo cual, no existe tutela cautelar con finalidad anticipativa, debido que si se anticipa lo solicitado por el actor, no se estaría resguardando la acción sino que se está satisfaciendo la misma. Es más, la medida cautelar anticipatoria constituye un antejuicio de la situación de mérito, lo cual deja en mal pie al demandado que no puede hacer valer plenamente sus defensas, vulnerando el *debido proceso*. Romero señala al respecto que “con este elemento la doctrina establece que el contenido o efecto de la medida cautelar no puede ser idéntico al resultado que se busca con la acción deducida en el proceso, ya que de ser así estaríamos frente a una situación de tutela anticipada, esto es, una verdadera ejecución del fallo antes de que exista sentencia sobre el fondo” (Romero, 2007, p. 62). En este mismo sentido, Pérez Ragone escribe que “las medidas cautelares se refieren a asegurar la eficacia útil de una resolución por venir, y no anticipar directamente en el plano sustancial el efecto de esa resolución; si bien en ambos casos estamos en la ‘provisoriedad’, simplemente por no tener *res iudicata*, véase que en un caso se puede haber quitado a uno, pero no dado a otro (cautelaridad), en el otro caso se quitó a uno y se hizo a su vez una atribución al requirente (anticipatoriedad). Hablando claro, estas medidas satisfactorias por anterioridad no son bajo ningún punto de vista medidas cautelares” (Pérez Ragone, 2000, p. 212).

En síntesis, la identidad entre la medida cautelar y el resultado final de la acción objeto del proceso determinaría la existencia de una hipótesis de cumplimiento de la sentencia, más que una medida provisoria para asegurar el resultado de la acción. Dicha diferencia entre la tutela que otorga la sentencia definitiva y la tutela que concede la medida cautelar, es necesaria para evitar el riesgo de prejuzgar sobre el asunto objeto del juicio (Romero, 2007, p. 62). Es importante hacer este distingo entre la tutela cautelar con la tutela del fondo, puesto que una confusión entre ambas, nos llevaría a ámbitos que excederían lo puramente cautelar, es más “la separación entre la tutela cautelar y la del fondo se colige del tenor del art. 290 del CPC, que dispone que las precautorias se

conceden '*para asegurar el resultado de la acción...*'. Dicha acción, en el desarrollo normal del proceso, sólo puede ser resuelta en la sentencia definitiva, conforme se desprende del art. 158 del CPC" (Romero, 2007, p. 62).

El criterio jurisprudencial para conceder una medida cautelar ha estado caracterizado por el apego al Código de Procedimiento Civil, así en sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 15 de octubre de 1969 ha señalado que "las medidas precautorias son aquellas que puede pedir el demandante en cualquier estado del juicio aun cuando no esté contestada la demanda, con el fin de asegurar el resultado de la acción [...] que para concederlas y conforme lo dispuesto por los artículos 290, 293 y 298 del Código de Procedimiento Civil, es menester, en las precautorias propiamente tales: (a) que sean pedidas a solicitud de parte; (b) que exista demanda; (c) que lo sea el actor como sujeto activo; (d) que se acompañen por quien las solicita comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama; y (e) que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía de aseguramiento del resultado del juicio"²⁰. En conclusión, resulta extraño concebirle a la medida cautelar una finalidad anticipativa.

²⁰ RDJ, t. LXVI (1969), segunda parte, sec. 2ª, p. 85.

CAPÍTULO II

TUTELA ANTICIPATORIA

1. ORIGEN.

La tutela anticipatoria surge por diversos factores, así; en primer lugar, encontramos el cambio del contenido de los derechos objeto de tutela o protección. Marinoni señala que “la transformación de la sociedad y del Estado hizo surgir nuevas situaciones sustanciales carentes de tutela. El Estado Constitucional, al afirmar los derechos fundamentales, frecuentemente o predominantemente no patrimonial, exigiendo su protección a través de normas de protección y de tutelas jurisdiccionales dirigidas a impedir su violación y a viabilizar la remoción de los efectos concretos derivados de su agresión” (Marinoni, 2010, p. 20). En este mismo sentido, Bordalí —al referirse al cambio en los derechos que reclaman de tutela— señala que “hay que poner de manifiesto que, donde se presenten derechos o ya intereses legítimos *que no tengan una expresión monetaria*, dicha forma de tutela se mostrará del todo inapropiada. Expresado en términos más generales, habría que decir que las normas sobre responsabilidad no permitirían obtener una tutela efectiva respecto de aquellas situaciones de ventaja no inmediatamente monetarizables, siendo sólo idóneas donde se trate de satisfacer el interés individual a la integridad del patrimonio” (Bordalí, 2001, p. 60). En la realidad actual —distinta a la del siglo XIX y comienzos del siglo XX— ya no sólo deben resguardarse únicamente los derechos con un contenido patrimonial²¹, sino que también aquellos con un contenido no patrimonial.

Un segundo factor, es la duración del proceso y, específicamente la demora en obtener una sentencia de mérito, que en el mejor de los casos será favorable, puesto que

²¹ Al respecto es interesante la distinción que plantea Ferrajoli entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*. La diferencia radica en cuatro aspectos, a saber: en primer lugar, los derechos fundamentales son universales, mientras los derechos patrimoniales son singulares. En segundo término, los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, en cambio, los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables. La tercera diferencia, que es conciencia de la segunda, tiene que ver con la estructura jurídica de los derechos. Al ser los derechos patrimoniales disponibles, tienen por título actos de tipo negocial, mientras que, los derechos fundamentales al ser indisponibles, tienen su título inmediatamente en la ley, conferidos a través de reglas generales de rango constitucional. Finalmente, los derechos patrimoniales son *horizontales*, los derechos fundamentales son *verticales* (Ferrajoli, 2009, pp. 45-50).

ciertos derechos —debido a las características especiales que presentan por ser no patrimoniales—exigen de mayor *celeridad* para su tutela (Marinoni, 2010, p. 20). Bordalí sostiene que la excesiva duración de los procesos constituye el principal problema que posee la justicia civil (Bordalí, 2001, p. 53). Frente a esta problemática, han surgido nuevas figuras destinadas a obtener la tutela jurisdiccional efectiva; dentro de las cuales se encuentra la *tutela anticipada o anticipatoria*, que forma parte de una figura más amplia denominada por la doctrina *procesos urgentes o tutela de urgencia* (Peyrano, 2000, p. 28)²², que viene a paliar la tardanza con la que se desarrolla el proceso (Romero, 2007, p. 53), y junto con ello, no tornar ilusoria la ejecución de la sentencia (Marín, 2008, p. 82), dictada en un juicio de lato conocimiento, logrando de esta manera, la anhelada idea de “hacer compatibilizar los “tiempos” de la justicia y los “tiempos” de los justiciables” (Ferrer, 2000, p. 348).

El tiempo es el factor más importante para la doctrina que viene a explicar el surgimiento de esta nueva forma de dar protección a *ciertos derechos*²³, a tal punto que, algunos autores han planteado un nueva forma de entender la jurisdicción, la llamada *jurisdicción oportuna*, que goza de mayor amplitud, la cual puede concretarse en cualquier estado del proceso, no siendo siempre necesaria la sentencia de mérito (Eguren, 2000, p. 300). Este factor produce importantes consecuencias en el desenvolvimiento del proceso, siendo la más relevante que, la pretensión hecha valer en juicio y que ha sido reconocida en la sentencia de mérito se torne ineficaz. En este sentido, Marín señala que en varias ocasiones, el reconocimiento de la sentencia definitiva puede llegar muy tarde para que el derecho controvertido pueda ser ejercitado plena y eficazmente (Marín, 2004, pp. 78-79). Atendido lo anterior, es que se fueron desarrollando otras vías para obtener el reconocimiento del derecho pretendido en la vía ordinaria, a través de figuras que sólo requieren de un grado de cognición sumaria²⁴. En este sentido, “la tutela de la cognición

²² En el mismo sentido (Cava & Eguren, 2000, p. 210).

²³ Con las expresiones *ciertos derechos* o *derechos con características particulares o peculiares*, nos referimos a los *derechos con contenido no patrimonial o extrapatrimoniales*.

²⁴ En el mismo sentido, Simón Olivera explica que “este derrotero de la tutela anticipada o tutela moderna surgió inicialmente como respuesta a la ineficacia de los sistemas ordinarios o aun extraordinario típicos de las legislaciones latinoamericanas del siglo XIX y de gran parte del siglo XX, inspiradas en el régimen español, en la anterior ley de enjuiciamiento civil; caracterizado por proceso escritos, lentos, discontinuos. Se buscaron mecanismos que permitieran proteger antes de la sentencia el derecho en juego, cumpliendo un acto procesal en un momento anterior al normalmente previsto, tal como sucede cuando se entrega la posesión del

sumaria tiene como objetivo vertical: (a) asegurar la viabilidad de realización de un derecho (tutela cautelar); (b) realizar en vista de una situación de peligro, anticipadamente un derecho (tutela anticipatoria fundada en el art. 273, I del CPC); (c) realizar, en razón de las peculiaridades de un determinado derecho y en vista de la demora del procedimiento ordinario, anticipadamente un derecho (preceptos de determinados procedimientos especiales); (d) realizar, cuando el derecho del autor surge como evidente y la defensa es ejercida de modo abusivo, anticipadamente un derecho”. (*“É correto dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, I, do CPC); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida do modo abusivo, antecipadamente um direito”*) (Marinoni, 2008, pp. 32-33).

Si bien, en un principio no se encontraba regulada expresamente en los Códigos la tutela anticipada, ello no fue impedimento para que fuese aplicada por medio del uso distorsionado de la tutela cautelar, como señala Marinoni “la necesidad de tutela anticipatoria, evidenciada mediante el uso distorsionado de la técnica cautelar para la obtención de la tutela que, en principio, apenas podría ser concedida al final del procedimiento de conocimiento, llevó al legislador, mediante la Ley 8.952, de 13 de diciembre de 1994, a redactar nuevamente el art. 273 del Código de Proceso Civil brasileño” (Marinoni, 2010, p. 31). Por otro lado, se buscó dar respuesta a través de la *acción cautelar innominada*, en este sentido, Marinoni concluye que “visto que la acción cautelar no fue pensada para dar cuenta de las necesidades de inhibición y remoción del ilícito, cabe ahora demostrar, con más detalles que, frente a la falta de idoneidad del proceso civil clásico para atender a las nuevas situaciones sustancial, la acción cautelar innominada pasó a ser vista como una especie de *válvula de escape* para la efectividad de los derechos” (Marinoni, 2007, p. 96), puesto que “ese uso no cautelar de la acción cautelar

bien expropiado a la administración, antes de culminarse el proceso expropiatorio” (Simón Olivera, 2004, p. 121).

innominada consistió en la invocación del procedimiento cautelar para atender aquello que podría y debería ser protegido por el procedimiento ordinario” (Marinoni, 2007, pp. 96-97), lo que significó “un fenómeno de democratización del proceso, del acceso de la justicia y de la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos” (Marinoni, 2007, p. 99). Lo cual la llevó a ser utilizada como “acción autónoma y satisfactiva” (Marinoni, 2007, p. 101), utilizándose en la práctica, como una realización anticipada de tutela (Marinoni, 2010, p. 21).

Como consecuencia de este uso distorsionado y el rechazo por parte de los tribunales de otorgar una tutela satisfactiva, surgió de parte del legislador la necesidad de regular esta figura (Marinoni, 2010, p. 32), para dar una efectiva protección a estos nuevos derechos²⁵, en base a una cognición sumaria.

2. CONCEPTO

Vargas señala que “la tutela anticipatoria es una tutela diferenciada de urgencia que con base en una cognición sumaria y completados los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material” (Vargas, 1999, pp. 50-51). Otros autores hablan de *sentencias anticipatorias*, al respecto Cava & Eguren sostienen que “son aquellas que a pedido de parte podrá dictar el magistrado, anticipando total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda” (Cava & Eguren, 2000, p. 210). Asimismo, Rankin & Pecchinenda la definen como “una especie dentro de los llamados proceso urgentes, por la cual el juez anticipa en forma total o parcial lo pretendido en la demanda, con un grado de certeza suficiente y en circunstancias tales que de no dictarse dicha solución anticipada se torne para el accionante un perjuicio irreparable o de difícil reparación, resolución que puede ser modificada o confirmada en la

²⁵ En este sentido Marinoni sostiene que “aunque las tutelas ideales sean la inhibitoria y la de remoción del ilícito, la verdad es que el derecho no puede ser dejado de lado después de producido el daño, o la entrega en forma de resarcimiento del equivalente en dinero, *como si todo derecho pudiese ser convertido en dinero, o como si esa fuese la única forma para el resarcimiento*” y continúa señalando que “resarcir es una respuesta al daño que puede ser prestada de *dos formas*: mediante dinero y en forma específica. El resarcimiento en dinero siempre fue considerado subsidiario en relación al resarcimiento en forma específica” (Marinoni, 2007, pp. 197-198).

sentencia definitiva a dictarse en el mismo proceso” (Rankin & Pecchinenda, 2000). Marinoni se refiere a la tutela anticipada como “la tutela final anticipada con base en la cognición sumaria” (Marinoni, 2010, p. 33). Díaz sostiene que “consiste en la aceptación por parte del tribunal de lo pedido por el actor en su demanda antes de la dictación de la sentencia definitiva” (Díaz Uribe, 2004, p. 449). Según Meneses “se llama anticipada, precisamente porque importa un adelantamiento de la satisfacción de la pretensión del demandante, que en términos ordinarios debería quedar reservado para el momento de la dictación de la sentencia firme, e incluso más, para el instante del cumplimiento definitivo de lo resuelto. La anticipación consiste, pues, en apresurar la satisfacción predicha, a momentos procesales anteriores al fallo, los que de hecho pueden encontrarse en el mismo inicio de la causa” (Meneses, 2009, p. 41).

3. ELEMENTOS DISTINTIVOS DE LA TUTELA ANTICIPATORIA

Del análisis de estos conceptos, podemos enumerar como elementos de la tutela anticipatoria los siguientes, a saber: *la tutela anticipada forma parte del capítulo de las tutelas judiciales de urgencias; anticipa en todo o parte lo pretendido en la demanda y; tiene un grado de cognición sumaria.*

En primer lugar, la tutela anticipada forma parte del capítulo de las tutelas judiciales de urgencia, así Peyrano subraya que “la tutela de urgencia o proceso urgente reconoce en la actualidad tres tipos principales de mecanismos diferenciados entre sí: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipatoria” (Peyrano, 2000, p. 28). En el mismo sentido, Marinoni entiende a “la tutela cautelar y a la tutela anticipatoria como tutelas interinas de urgencias” (Marinoni, 2010, p. 77).

Un segundo elemento, es que el juez puede anticipar en todo o parte lo pretendido en la demanda, en este sentido Carbone apunta que “cuando nos referimos a lo que la doctrina nacional llama unánimemente ‘sentencia anticipatoria’ y nosotros ‘despachos interinos de fondo’, nos referimos a aquella porción del proceso urgente que anticipa, total o parcialmente el contenido mismo de ciertas pretensiones” (Carbone, 2000, pp. 88-89). En razón de ello, es que las sentencias anticipatorias producen los siguientes efectos: anticipan

total o parcialmente el efecto ejecutivo de las sentencias de condena; también pueden, sin encontrarse firmes —mediando contracautela—, ser ejecutadas, aplicándose el procedimiento de ejecución de sentencias a tal fin; adquieren una vez firmes el carácter de inmutabilidad e irrevocabilidad durante todo el transcurso del juicio hasta la dictación de la sentencia definitiva, generando el efecto de cosa juzgada provisional (Rankin & Pecchinenda, 2000, p. 337).

Este elemento, constituye una de las principales diferencias con la tutela cautelar, puesto que, la medida cautelar no puede satisfacer anticipadamente la pretensión. Romero sostiene que el contenido de la medida cautelar no puede ser idéntico al resultado que se busca con la acción deducida en el proceso, debido a que, si así fuese, nos encontraríamos con una situación de tutela anticipada, que es una verdadera ejecución sobre el fondo (Romero, 2007, p. 62). Sobre el particular, Rankin & Pecchinenda sostienen que la tutela anticipatoria “no la encuadramos dentro de las medidas cautelares porque no están destinadas a asegurar el cumplimiento de una sentencia futura sino que anticipan los efectos del resultado del litigio, en forma total o parcial” (Rankin & Pecchinenda, 2000, p. 333). La anticipación del todo o parte de la pretensión resulta ajena a la tutela cautelar clásica, ya que esta existe para darle eficacia a la sentencia de fondo, cumpliendo así, sólo una finalidad conservativa o asegurativa y no una anticipativa.

El último elemento a considerar, es el grado de cognición sumaria que se tiene al momento de concederla, así “en una explicación general, a través de la tutela anticipada o de urgencia, los jueces puedan adoptar algunas medidas para satisfacer o proteger el derecho, cuando hay casos graves y urgentes que lo justifiquen, sin tener que pasar el solicitante previamente por la tramitación de un juicio de lato conocimiento” (Romero, 2007, p. 42). Esto constituye un punto delicado, en el sentido que el juez junto con actuar de manera inmediata, también debe salvaguardar un derecho fundamental que es el *debido proceso*²⁶.

²⁶ En este sentido, Monroy Gálvez & Monroy Palacios, sostienen que “cuando un juez recibe una demanda que contiene una tutela de urgencia satisfactiva, enfrenta una delicada disyuntiva. Por un lado debe proteger el derecho a un debido proceso del demandado, como bien sabemos, hasta el límite de su inafectabilidad, pero, por el otro debe optar por una actuación inmediata e irreversible de la jurisdicción” (Monroy Gálvez & Monroy Palacios, 2000, p. 204).

4. PRESUPUESTOS

Los presupuestos de la tutela anticipatoria son: (a) fuerte dosis de probabilidad o probabilidad intensa del derecho de ser reconocido; (b) perjuicio de daño irreparable o de difícil reparación. Estos dos presupuestos enunciados se enmarcan dentro de uno más general, a saber, la *certeza provisional o suficiente* (Carbone, 2000, pp. 113-114).

4.1. FUERTE DOSIS DE PROBABILIDAD²⁷ O PROBABILIDAD INTENSA²⁸

Este presupuesto está relacionado con el grado de convicción que debe tener el juez al momento de otorgar o conceder la tutela anticipada, y que no consiste en examinar la mera verosimilitud de un derecho, como sucede en la tutela cautelar. Sobre el punto Cava & Eguren señalan que “el grado de conocimiento que requieren supera la simple apariencia del derecho, que suele invocarse para solicitar una medida cautelar clásica, y, sin llegar a requerir la certeza definitiva propia de las sentencias de merito, reclaman una dosis de verosimilitud bastante más reforzada que aquella” (Cava & Eguren, 2000, p. 211). En este sentido, Carbone señala que “para encarrilar los despachos interinos exigimos mucho más que una mera acreditación del derecho postulado porque ese grado es propio de la verosimilitud que se exige para las medidas cautelares. Ponemos énfasis en entender a la verosimilitud en el derecho invocado para el despacho de las medidas cautelares como una posibilidad de que éste exista, porque distinguimos el concepto referido del de probabilidad” (Carbone, 2000, pp. 124-125)²⁹. Sobre el mismo punto, señala que es válido analizar el concepto *posibilidad* para el grado de convicción de despacho de la medida cautelar, siempre entendida como *fumus bonis iuris*, y que nos habilita a dejar el concepto de *probabilidad* para el despacho interino de fondo (Carbone, 2000, pp. 125-126). La fuerte probabilidad —presupuesto de la tutela anticipada— ya no se refiere a una apariencia de

²⁷ (Carbone, 2000, p. 97). En el mismo sentido (Eguren, 2000, p. 301).

²⁸ (Monroy Gálvez & Monroy Palacios, 2000, p. 203).

²⁹ “Posibilidad nos da la idea de lo factible, lo que puede llegar a ser entendido como concepto básico y general; es un sustantivo abstracto que indica lo que todavía no se ha producido o verificado, pero que podría realizarse. Lo posible es lo que pueda verificarse a consecuencia de una acción u omisión que determine una modificación en el mundo exterior. Aquello que es posible no es ni totalmente cierto ni falso. Lo imposible nunca puede ser probable. Pero lo posible si puede ser improbable. Pero la relación entre la causa y el efecto posible (ser reconocido en la sentencia de mérito) debe ser directa: una causa actual y el efecto de comprobarse en el futuro, por cuanto si no fuese directa esa relación nos hallaríamos incluso fuera del campo de la posibilidad” (Carbone, 2000, p. 125).

derecho o *fumus boni iuris* —presupuesto para la concesión de la tutela cautelar—, sino que está concebida según Acosta “como el estadio cognoscitivo más próximo a la certeza” (Acosta, 2000, p. 603) cuya consecuencia es la alta probabilidad que el derecho sea reconocido en la sentencia de mérito. En resumen, se distingue la *fuerte probabilidad* exigida para la tutela anticipada, de la mera *verosimilitud del derecho* exigida como presupuesto para la tutela cautelar.

4.2. DAÑO IRREPARABLE O DE DIFÍCIL REPARACIÓN

En palabras de Carbone el daño irreparable consiste “en la futura restricción de concretos intereses tutelados durante todo el tiempo necesario para la realización de los mismos por el órgano judicial, sosteniendo nosotros que así emerge la certeza suficiente de una laceración inminente o efectiva del derecho reclamado, consiste en el riesgo del perecimiento de la pretensión si no es anticipada la tutela. Por eso es irreversible el gravamen que puede sufrirse” (Carbone, 2000, p. 136). Ya no se exige el *periculum in mora*, sino que con este presupuesto —en palabras del autor— se refiere a la proximidad directa de que el requirente demuestre el riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación (Carbone, 2000, p. 134), y continúa afirmando que “está ligado más que a un augurio sobre cuánto tiempo va a tardar en dictarse la sentencia, a la propia *naturaleza y características objetivas de la situación antijurídica que se desea remover*” (Carbone, 2000, pp. 136-137). Monroy Gálvez & Monroy Palacios señala que el daño irreparable “debe ser *infungible*, es decir, *irreemplazable*, sin posibilidad de que pueda ser sustituida por una reparación patrimonial” (Monroy Gálvez & Monroy Palacios, 2000, p. 203). Lo anterior, comprueba que la tutela anticipada es casuística —y su dificultad a la vez de ser regulada— lo cual refuerza el carácter excepcional que posee, puesto que ya no está necesariamente referido al tiempo del proceso, sino que va más allá y atiende a las particularidades objetivas de la situación reclamada.

Asimismo, Carbone señala que “ante la inminencia o efectiva producción de un daño irreparable o de difícil reparación. Además del perjuicio concreto que se está sufriendo, se protege cuando se teme que el daño se produzca de un momento a otro, es decir, que se va a producir dentro de un breve lapso, como puede suceder cuando se está

por producir una violación al derecho a la intimidad ante el anuncio de la difusión de noticias, imágenes, fotos, video, grabaciones de escuchas telefónicas clandestinas, todo ello para impedir su consumación” (Carbone, 2000, p. 97). Dentro de esta situación de daño está comprendido, tanto el daño una vez que se ha producido, como aquel que está en vías de concretarse, pero no es una mera posibilidad de daño, sino que es un daño inminente, es decir, que dentro de poco tiempo indefectiblemente ha de producirse.

Habrà este perjuicio según la doctrina “(a) cuando no haya otra vía adecuada para lograr en tiempo la tutela del derecho reclamado y la situación traída ante el tribunal de hecho presume la supresión de aquel interés subjetivo protegido por la norma de fondo, o (b) cuando supone una tosca mengua de aquel interés de producirse el evento que se pretende evitar con la pronta y excepcional respuesta jurisdiccional” (Carbone, 2000, p. 136). Reafirmandose el carácter excepcional que tiene este tipo de tutela de urgencia, puesto que se utiliza cómo mecanismo de última *ratio*, recurriendo a esta forma de tutelar el derecho sólo en la medida que las demás formas sean insuficientes para prestar una *tutela jurisdiccional efectiva*³⁰. Peyrano la denomina *jurisdicción oportuna* y señala que “debe procurar no sólo dar a cada uno lo suyo sino hacerlo cuando corresponde, es decir tiempo útil como para satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables” (Peyrano, 2000, p. 33).

4.3. CERTEZA PROVISIONAL O SUFICIENTE

Se refiere al grado de convicción que debe tener el juez al despachar una tutela anticipada, la cual se produce cuando los elementos aportados indican que el derecho invocado aparece de forma clara y evidente, siendo superior al *fumus boni iuris*. La certeza suficiente encuentra su carril en la fuerte probabilidad, ya que si bien no se exige una certeza definitiva, debe ser concedida con un grado superior al de la tutela cautelar, ubicándose en una posición intermedia, entre la verosimilitud del derecho y la certeza definitiva, puesto que se requiere que exista una probabilidad intensa en cuanto al derecho

³⁰ La tutela judicial efectiva ha sido definida como “el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación judicial, es decir, a obtener una decisión fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales” (Chamorro Bernal, 1994, p. 11).

que se pretende sea reconocido en una sentencia de mérito. Sobre este punto, Eguren sostiene que “tampoco se reclama un grado de convicción equivalente a la certeza definitiva que caracteriza a las sentencias de mérito, sino que se satisface con una certeza provisional ubicada en un punto medio entre las recién mencionadas, a la vez que demanda un plus sobre “fuerte probabilidad” exigida para el despacho de las medidas autosatisfactivas” (Eguren, 2000, p. 301). En este sentido, la doctrina es clara al señalar que “la certeza suficiente que proponemos como grado de conocimiento para despachar una anticipación procesal encuentra en la probabilidad su expresión atildada; se da cuando la razón del actor aparece clara, protuberante, de modo convincente, por los graves elementos aportados” (Carbone, 2000, p. 133).

Carbone piensa que la certeza provisional “supera la mera verosimilitud del derecho de las medidas cautelares, y está dado por la fuerte probabilidad de existencia del derecho pero que no alcanza el grado de certeza definitiva por lo acotado del debate procesal mientras se despacha” (Carbone, 2000, p. 99). En resumen, la noción de certeza o juicio suficiente, como grado de cognición para sustentar el postulado anticipatorio comprende dos pilares: (a) la *fuerte* probabilidad de asistencia de la razón, más (b) el aditamento del daño irreversible o de difícil reparación si no se anticipa la tutela cuando se pide³¹. Sin embargo, hay un sector de la doctrina, que es más exigente en cuanto a la cercanía que debe existir entre la certeza suficiente y la certeza definitiva³².

En síntesis, entendemos por certeza provisional o suficiente, aquella que sin ser definitiva es más que la verosimilitud de un derecho, ocupando una estadio intermedio entre ambas, procurando el juez que dicho estadio sea el más cercano a la certeza definitiva.

³¹ (Carbone, 2000, pp. 113-114). Asimismo, al momento de enunciar los presupuestos de la tutela anticipatoria, se señaló que estos constituyen uno más general, a saber, la certeza suficiente o provisional.

³² Así Rankin & Pecchinenda opinan que “este grado de certeza que se impone al juzgador al pronunciarse en una sentencia no es la simple verosimilitud en el derecho exigida por las medidas cautelares. Ni siquiera es la fuerte probabilidad que demanda el despacho de medidas autosatisfactivas. Es menester un grado de convicción mayor, un grado tal que roce con la certeza definitiva que caracteriza a las sentencias de mérito y que denominamos, como certeza suficiente. Esta certeza suficiente está dada por la firmeza del fundamento de la demanda y la prueba aportada. El juzgador deberá apreciar además, para despachar la resolución de fondo favorable, si medió falta de contestación seria de la demanda, la llamada *contestación sérieuse* del Derecho francés. Es decir, que debe meditar la atendibilidad de la posición sustancial del actor y la certera probabilidad de reconocimiento en la sentencia definitiva” (Rankin & Pecchinenda, 2000, p. 336).

5. REGULACIÓN DE LA TUTELA ANTICIPADA EN EL DERECHO COMPARADO

5.1. DERECHO NACIONAL

En nuestra legislación no se encuentra regulada de modo general la tutela anticipada, a diferencia de otras, que si regulan esta tutela de urgencia. Sin embargo, se pueden señalar ciertas hipótesis de anticipación de tutela³³.

5.2. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA

A través de la cual, se permite cumplir los efectos de la sentencia como si se encontrase firme o ejecutoriada, pudiendo el actor gozar en su totalidad de lo pretendido, aunque exista un recurso pendiente. Esta figura se encuentra regulada a propósito de los efectos de los recursos, y de manera específica dentro de las sentencias que causan ejecutoria.

5.3. LA CONCESIÓN DE LOS ALIMENTOS PROVISIONALES

De acuerdo al artículo 327 del Código Civil, mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, el juez puede ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se ofrezcan fundamentos plausibles. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago de 17 de mayo de 1932 ha señalado que “la dación de alimentos provisorios importa jurídicamente acceder desde luego y provisionalmente a lo pedido en la demanda presentada al juicio, o en otros términos significa el reconocimiento en igual forma del derecho que le asiste al demandante para reclamar los alimentos definitivos³⁴.”

5.4. LA ORDEN DE PAGO RESPECTO DE LA CANTIDAD NO DISPUTADA

El artículo 1.592 Código Civil prescribe que, si no hay controversia sobre la cantidad de la deuda o sobre sus accesorios, puede el juez ordenar mientras se decide la cuestión el pago de la cantidad no disputada.

³³ Véase (Romero, 2007, pp. 42-46).

³⁴ RDJ, t. XXIX (1932), segunda parte, sec. 2ª, p. 101.

5.5. LA UTILIZACIÓN ANTICIPADA DE UNA SERVIDUMBRE

Este es un caso en que el legislador permite la utilización de servidumbres legales, no obstante encontrarse en plena discusión de las mismas. Un ejemplo lo constituye el artículo 123 del Código de Minería, el cual prescribe que *“mientras se tramita el juicio respectivo, el juez puede autorizar al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda ser obligado”*.

5.6. LA ENTREGA ANTICIPADA DEL PREDIO ARRENDADO

Un caso al respecto lo podemos ubicar en la Ley N° 18.101 de 1982, sobre arrendamientos de predios urbanos, en su artículo 6, el cual prescribe que *“si el arrendatario abandonare el inmueble sin restituirlo al arrendador, éste podrá solicitar al juez de letras competente que se lo entregue, sin forma de juicio, con la sola certificación del abandono por un ministro de fe. Dicho funcionario levantará acta del estado en que se encuentre el bien raíz al momento de su entrega al arrendador y remitirá copia de ella al tribunal”*.

5.7. MEDIDAS PRECAUTORIAS QUE PUEDEN SATISFACER ANTICIPADAMENTE

Son “ciertas situaciones en las que atendida la naturaleza del derecho cuya protección se busca se puede dar una homologación entre la protección cautelar y la respuesta jurisdiccional para el caso concreto” (Romero, 2007, p. 45). Dicha hipótesis, la encontramos en la protección del derecho a la vida; en la protección del derecho a la honra y privacidad de las personas y; en la protección de la integridad psíquica y física de las personas. Esta tutela anticipada por la vía cautelar, se justifica porque estamos en presencia de derechos fundamentales.

6. DERECHO EXTRANJERO

6.1. REGULACIÓN EN BRASIL

En Brasil se encuentra expresamente reconocida y regulada la tutela anticipada en el artículo 273 del Código de Proceso Civil, incorporado por la ley N° 8.952, del 13 de diciembre de 1994, el cual señala que “el juez puede, a petición de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la protección solicitada en la solicitud original, siempre y cuando haya pruebas claras, si está convencido de la posibilidad de que en la reclamación: (1) haya temor fundado de un daño irreparable o de difícil reparación, o (2) esté caracterizado el abuso del Derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del demandado. Cabe destacar que este mecanismo no se encuentra situado dentro de los procesos cautelares, sino que se encuentra entre las disposiciones generales de los procesos de conocimiento, lo cual indica que su carácter no es precautorio ni asegurativo” (Peyrano, 2000, p. 30)³⁵.

Peyrano sostiene que los presupuestos de procedencia de una sentencia anticipatoria, en el marco del proceso civil brasileño, serían cuatro: (1) prestación de contracautela; (2) que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles, lo que viene a explicar el hecho de que no se acepte que su dictado pueda involucrar transferencia de dominio; (3) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente. No basta con una simple verosimilitud siendo, en cambio, menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea jurídicamente correcta; (4) la concurrencia de una suerte de plus por sobre el “peligro en la demora” corriente en las medidas cautelares. En efecto: aquí se exige además, la existencia de una situación conexas que aqueje al requirente (riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación o la circunstancia de que resulte ser víctima de un abuso del derecho de defensa por parte de la contraria)” (Peyrano, 2000, p. 31).

³⁵ En el mismo sentido Berizonce sostiene que “el artículo 273 contempla dos situaciones indeseables, a ser combatidas mediante la anticipación de la tutela: (a) que existe “temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación” que tiende a atender las necesidades del litigante, privado del bien al que probablemente tiene derecho y que está impedido de obtenerlo; y (b) el “abuso del derecho de defensa” o el “manifiesto propósito dilatorio del demandado”, que configura un comportamiento procesal desleal, el litigante de mala fe” (Berizonce, 1997, p. 65).

6.2. REGULACIÓN EN PERÚ

Monroy Palacios señala que la tutela anticipada no se encuentra regulada en el Código Procesal Civil de Perú, porque sería contraria al ordenamiento nacional, y a la vez innecesaria porque, “por un lado, existe un régimen de medidas cautelares (Título IV CPC) mixto (típicas y atípicas), amplio (pues se prevén medidas asegurativas, así como toda una gama de medidas temporales sobre el fondo), así como el poder general de cautela (art. 629 CPC), que opera como norma de cierre y, por el otro, porque se pretende que la actuación inmediata de la sentencia de primer grado (prevista hoy sólo para el proceso de amparo) constituya, en el futuro cercano, una norma de carácter general. Ambos mecanismos, medida cautelar y actuación inmediata (ejecución provisional, según se conoce en la doctrina comparada), eliminan cualquier beneficio adicional que pudiera provenir de la llamada tutela anticipada” (Monroy Palacios, 2010, p. 491). Sin embargo, se encuentra regulada un tipo de medida cautelar en el artículo 618 del Código Procesal Civil, bajo el nombre de *medida anticipada*, que tienen por objeto evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva. Atendido lo anterior, podemos concluir que se considera a la tutela anticipada, como un mecanismo distinto de aquellas medidas cautelares que tienen una finalidad anticipativa.

6.3. REGULACIÓN EN ESPAÑA

La Ley de Enjuiciamiento Española (en adelante LEC) regula la tutela anticipada y señala ciertos casos donde se permiten. En este sentido, Picó I Junoy, señala que “si por tutela anticipada se entiende aquella medida de carácter no precautoria, asegurativa o preventiva —esto es, la clásica medida cautelar— que requiere un proceso principal y adelanta exactamente el mismo tipo de tutela que se solicita en la demanda, provocando en la práctica la ejecución anticipada del derecho reclamado en el mismo proceso, sí se encuentra regulada en la LEC española” (Pico I Junoy, 2010, p. 473)³⁶.

³⁶ Asimismo, el autor señala que se permiten medidas anticipatorias como: el depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado (Art. 727. 3ª LEC); la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta, o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo (Art. 727. 7ª LEC); entre otros (Pico I Junoy, 2010, pp. 473-474).

Entre los requisitos legales para su procedencia —a partir de la LEC— podemos señalar: (1) previa petición de parte (Art. 721.2 LEC); (2) que reúnan las características legales de cualquier medida cautelar (726.1.2 LEC); (3) que concurren los tres siguientes presupuestos: (a) Peligro por la mora procesal; (b) La apariencia de buen derecho; (c) La caución (Pico I Junoy, 2010, pp. 474-475).

Por tanto, podemos concluir que se regula una medida cautelar con finalidad anticipativa, no existiendo una regulación separada de la tutela anticipada.

7. EJEMPLIFICACIÓN

7.1. ACCIDENTES LABORALES

A propósito de los accidentes laborales, Peyrano señala una situación en la que se hace necesaria, a su juicio la anticipación de la tutela, así: “supongamos un accidente laboral que deja inválido a un obrero carente de recursos y cuyo único sustento era su trabajo. En el caso, la promoción de las vías corrientes puede demandar el transcurso de varios años, hasta que el accidentado perciba la indemnización correspondiente. Ello coloca a la víctima en situación de “perjuicio irreparable” pues está en peligro su propia subsistencia, si es que no se arbitra una resolución anticipatoria que, total o parcialmente, mande abonar la indemnización, si es que concurren también los otros recaudos de procedencia” (Peyrano, 2000, p. 31).

7.2. ACCIDENTES DE TRÁNSITO

Carbone sostiene que un campo propicio para la aplicación de la tutela anticipada es *la reparación de los daños causados por accidentes de tránsito*, así, da el ejemplo de “un automovilista que perdiendo el control de su vehículo, sin ninguna causa, se incrusta en la finca de la esquina, lo que trae aparejado prácticamente el derrumbe de parte de la casa”, y continua preguntándose “¿es justo esperar que el conductor o su compañía de seguros se dignen a pagar cuando les convenga, o cuando salga la condena luego de varios años de proceso de conocimiento? En este sentido, en el Derecho británico se han autorizados pagos

interinos antes de la demanda y a cuenta de la indemnización por daños y perjuicios que cobraría probablemente en la sentencia final, como el ordenado a favor de una pasajera que resultó herida porque el conductor se estrelló contra un árbol, al tiempo que sus abogados dadas las secuelas del accidente no podían en esa instancia mensurar debidamente la incapacidad de la víctima” (Carbone, 2000, pp. 89-90).

7.3. EN MATERIA DE DERECHO A LA IMAGEN

Bordalí nos señala si “una persona le pide al tribunal que prohíba que su imagen corporal sea utilizada en una propaganda comercial que ella no ha autorizado, a fin de tutelarla en su derecho a la imagen. Para que ese derecho a la imagen sea tutelado por la sentencia del juez se requiere que la lesión no llegue a concretarse o, en todo caso, que cese inmediatamente. Al demandante no le interesa que, por sustitución y en lo principal, se le indemnicen los perjuicios, sino que su imagen le sea respetada por el demandado. Pero en este caso, lograda la inhibición de la conducta del demandado, se habrá satisfecho su derecho, puesto que la sentencia se ha podido cumplir en sus propios términos. Pero ahora se hace completamente innecesario que esa persona que obtuvo la tutela de su derecho a la imagen inicie un proceso posterior, ya que carece de todo interés en iniciarlo. Por el contrario, el demandado podrá, ocasionalmente, estar interesado en iniciar otro proceso de cognición a fin de revertir lo decidido por el tribunal que tuteló el derecho a la imagen del demandante” (Bordalí, 2001, p. 57).

CAPÍTULO III.

¿LA TUTELA CAUTELAR PUEDE SATISFACER ANTICIPADAMENTE LA PRETENSIÓN?

1. TESIS

La tutela cautelar no puede satisfacer anticipadamente la pretensión, puesto que tiene por objeto asegurar el resultado de la pretensión y la eficacia de la sentencia de fondo. Para anticipar total o parcialmente los resultados de la pretensión, se hacen necesarios presupuestos más exigentes que los requeridos para conceder tutela cautelar. La tutela anticipada es la que tiene por objeto satisfacer total o parcialmente la pretensión, antes de la dictación de la sentencia ejecutoriada, en casos que exista una fuerte dosis de probabilidad o probabilidad intensa del derecho de ser reconocido y un perjuicio de daño irreparable o de difícil reparación.

Existen dos instituciones diferenciadas —dentro de las tutelas de urgencias— que vienen a paliar la *necesaria demora del proceso*; por un lado, la *tutela cautelar*, y por otro, la *tutela anticipatoria*. Dichas instituciones tienen finalidades y presupuestos distintos. Así, la finalidad de la tutela cautelar es asegurar los resultados de la pretensión, mientras que, la de la tutela anticipada es satisfacer anticipadamente la pretensión. Los presupuestos de la tutela cautelar son: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*; en tanto que, los presupuestos de la tutela anticipada son: la fuerte dosis de probabilidad o probabilidad intensa del derecho de ser reconocido y el perjuicio de daño irreparable o de difícil reparación.

Hecha esta distinción, es pertinente responder las siguientes interrogantes ¿es posible anticipar tutela exigiendo los mismos presupuesto de la tutela cautelar? ¿es posible otorgar una tutela anticipada con bajas probabilidades de derecho? ¿la tutela cautelar puede tener por finalidad anticipar la pretensión? o acaso ¿resultaría extraña a la tutela cautelar una finalidad anticipativa? ¿qué podemos hacer en relación con las nuevas situaciones que reclaman una tutela judicial efectiva?

2. ¿PODEMOS ANTICIPAR TUTELA CON LOS MISMOS PRESUPUESTOS DE LA TUTELA CAUTELAR?

Los presupuestos de la tutela cautelar son *el fumus boni iuris* y el *periculum in mora*³⁷. Los presupuestos de la tutela anticipada son fuerte dosis de probabilidad o probabilidad intensa del derecho de ser reconocido y perjuicio de daño irreparable o de difícil reparación.

2.1. *FUMUS BONI IURIS* VERSUS FUERTE DOSIS DE PROBABILIDAD O PROBABILIDAD INTENSA

El *fumus boni iuris* es el juicio de verosimilitud sobre la existencia del derecho que se invoca. Así, Calamandrei observa que la cognición de la providencia cautelar se limita a *un juicio de probabilidades y verosimilitud*. La función de la providencia principal es declarar la certeza de la existencia de un derecho, mientras que, en sede cautelar basta con acreditar que la existencia del derecho aparezca *verosímil*, o sea, sólo es necesario 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 (Calamandrei, 2005, p. 77). Asimismo, “el carácter hipotético de este juicio está íntimamente identificado con la naturaleza misma de la providencia cautelar y es un aspecto de su instrumentalidad” (Calamandrei, 2005, p. 78). Por ello, la tutela cautelar solo puede tener un objeto asegurativo y no uno anticipativo, puesto que ella se pronuncia a través de un juicio de mera verosimilitud y no de certeza provisional o suficiente³⁸, mientras que la sentencia definitiva —pronunciada en el juicio principal— es la que se caracteriza por la certeza jurídica sobre el mérito del asunto, puesto que se dictó atendida la probabilidad prevalente.

³⁷ Además, eventualmente se exige de contracautela. “La contracautela dice relación con los derechos que se reconocen al sujeto afectado por la concesión de una medida cautelar. A través de ella el legislador trata de equilibrar la posición entre los litigantes, buscando compensar el gravamen que la concesión de una medida precautoria impone al demandado o futuro demandado. Su fundamento está en el principio de la igualdad” (Romero, 2007, p. 65).

³⁸ En este mismo sentido, Carbone prefiere separar aguas: reservando la verosimilitud para la tutela cautelar y enfatiza la noción de certeza o juicio suficiente, como grado de cognición exigido para la tutela anticipatoria, que comprende dos pilares: la fuerte probabilidad de asistencia de la razón, mas el aditamento del daño irreversible o de difícil reparación si no se anticipa la tutela cuando se pide (Carbone, 2000, p. 113).

Para invocar el *fumus boni iuris* basta con acreditar en el proceso que el derecho invocado pueda ser reconocido en la sentencia definitiva, no siendo en todos los casos efectivo que ello así suceda.

La fuerte dosis de probabilidad o probabilidad intensa es el estadio cognoscitivo más cercano a la certeza definitiva, es decir, con elevadas probabilidades de ser acogida, “¿y qué se quiere significar con ello? Pues nada más y nada menos que aquello que los norteamericanos han caratulado como ‘*clear and convincing evidence*’ (que traducido significa ‘evidencia clara y convincente’)” (Vargas, 2008, p. 155). Además, no debe confundirse la certeza que se obtiene a través de dictación de la sentencia firme con la certeza provisional que se logra por medio de la tutela anticipada, puesto que “este convencimiento se logrará solamente a través de una ‘cognición sumaria’ que, por lo tanto, no es idéntica a la certeza que devendría de una sentencia final (luego, del consabido proceso ordinario de conocimiento exhaustivo)” (Vargas, 2008, p. 155).

Pensamos que no es idóneo anticipar el resultado de la pretensión por vía cautelar, puesto que la misma, solo requiere de un juicio de verosimilitud, es decir, se exige que existan antecedentes que hagan plausible el derecho invocado. Mientras que, la fuerte dosis de probabilidad —presupuesto de la tutela anticipada— exige para poder anticipar total o parcialmente el resultado de la pretensión un grado de certeza —que sin ser definitiva es más que la verosimilitud de un derecho, ocupando una estadio intermedio entre ambas, siendo más próxima a la certeza definitiva— para poder satisfacer la pretensión invocada.

Así, Carbone afirma que “la verosimilitud exigida para las medidas cautelares es siempre superficial y es *superada en el grado de conocimiento por la probabilidad exigida para las medidas autosatisfactivas: éstas no se proponen asegurar la sentencia práctica de la sentencia de mérito sino que son el centro mismo del derecho reclamado*” (Carbone, 2008, p. 169).

Si se anticipasen los resultados del juicio, concurriendo como presupuesto el *fumus boni iuris*, se vulneraría la garantía del *debido proceso*³⁹, que es una de las bases del Estado de Derecho⁴⁰.

2.2. ¿PODEMOS ANTICIPAR TUTELA CON BAJAS POSIBILIDADES DE DERECHO?

No es posible anticipar tutela con bajas posibilidades de derecho —que es propio del *fumus boni iuris*—, puesto que no existe la certeza provisional o suficiente⁴¹ requerida para poder hacerlo. Siguiendo la distinción que plantea Carbone ligado a entender que es válido relacionar el concepto *posibilidad* para el grado de convicción que debe tener el juez para conceder una medida cautelar, siempre entendida como *fumus bonis iuris*; y a su vez, relacionar el concepto de *probabilidad* para el despacho interino de fondo, que es una situación de anticipación de tutela en el derecho argentino (Carbone, 2000, pp. 125-126). No resulta adecuado anticipar lo pretendido por el actor concurriendo una simple posibilidad, puesto que de ser así, se vulneraría el debido proceso. Para poder anticipar el resultado del juicio, es necesario un presupuesto más exigente que la mera posibilidad, a saber, es necesario que se acredite que es probable, puesto que el grado de convicción que

³⁹ Según De Asís es posible distinguir dos proyecciones del debido proceso, una restringida —que considera al debido proceso como una herramienta que permite al Derecho ejercer su función de control social— y, otra amplia —que lo considera, además, como una protección de los derechos fundamentales, dotando a este principio de un valor moral mucho mayor que el que puede venir proporcionado por la seguridad jurídica—, las cuales lo dotarían de un contenido y justificación. Así, formaría parte de la proyección restringida del debido proceso el derecho de acción o de acceso de la jurisdicción, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un proceso público, la presunción de inocencia, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la intervención del intérprete, el sometimiento del juzgador al Derecho, la independencia del juzgador, la imparcialidad del juzgador, el derecho a la firmeza de las decisiones (cosa juzgada), el derecho al *non bis in ídem*, el derecho a la ejecución de la sentencia, el derecho al juez natural y la exigencia de motivación. Por su parte, la proyección amplia, añadiría a lo anterior la prohibición de indefensión, el derecho a la prueba, el derecho a todas las garantías, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a no confesarse culpable, el derecho a los recursos y el derecho a una motivación completa (De Asís, 2011, pp. 1106-1107). Para una aproximación del concepto del debido proceso en el ordenamiento jurídico nacional véase (Colombo Campbell, 2006, pp. 28-47).

⁴⁰ “La expresión Estado de Derecho hace referencia a un sistema jurídico-político en que el Poder está dividido y limitado por una serie de exigencias (que se presentan como rasgos de lo jurídico y, en los sistemas constitucionales, además, como derechos fundamentales). Uno de estos poderes presentes en el Estado de Derecho es el judicial que, por consiguiente, está limitado y regido por esas exigencias. Y en este sentido, son precisamente esas exigencias las que se integran en la noción de debido proceso, con lo que no es posible referirse al Estado de Derecho sin el respeto a este principio” (De Asís, 2011, p. 1105).

⁴¹ Al respecto, Carbone afirma la certeza o juicio suficiente “es una convicción que se obtiene de un juicio sobre el derecho argumentado, de una operación intelectual con base en una prognosis sobre la sentencia definitiva, en expectativa” (Carbone, 2000, p. 113).

debe tener el juez al conceder una tutela anticipada debe ser muy cercano a aquella exigida para la tutela definitiva.

La tutela cautelar no importa obtener un grado de certeza, ya que ésta se obtiene a través de una sentencia de mérito dictada en un proceso principal, al cual la tutela cautelar sirve instrumentalmente. En cambio, La tutela anticipada exige un grado de cognición superior —no existiendo una mera verosimilitud del derecho— que se realiza por medio de un ejercicio de probabilidades, necesitando una fuerte dosis de probabilidad, dirigida a obtener una certeza suficiente (Carbone, 2000, p. 99). De los Santos afirma que el conocimiento judicial para que el juez decrete una resolución anticipatoria no es en grado de apariencia —como en las cautelares típicas—, ni en grado de certeza —como sucede en la sentencia definitiva—, sino en un estado intermedio de conocimiento que se llama *certeza provisional*” (De los Santos, 1999, p. 23).

2.3. *PERICULUM IN MORA* VERSUS PERJUICIO DE DAÑO IRREPARABLE O DE DIFÍCIL REPARACIÓN

El *periculum in mora* consiste en el riesgo concreto de que la pretensión pueda quedar insatisfecha producto del transcurso del tiempo que demore la dictación de la sentencia definitiva. Según Calamandrei “el *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es específicamente, el peligro de ulterior daño *marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario”. De esta forma resulta distinto al perjuicio de daño irreparable o de difícil reparación —exigido para la tutela anticipada—, que en palabras de Vargas “se refiere no ya al peligro de que la sentencia final a dictar sea inútil por no ejecutarse sino al ‘riesgo’ de ‘perecimiento de la pretensión’ si no es anticipada la tutela” (Vargas, 2008, p. 158). En este sentido, ya no se centra el análisis en el tiempo que demora la dictación de una sentencia definitiva, sino que el objeto propio de este presupuesto está ligado “a la propia *naturaleza y características objetivas de la situación antijurídica que se desea remover*” (Carbone, 2000, pp. 136-137).

No es posible anticipar tutela exigiendo como presupuesto el *periculum in mora*, puesto que está encaminado a resguardar la sentencia definitiva —permitiendo que pueda ser cumplida a futuro—, satisfaciendo de una manera instrumental la pretensión. Y por otro lado, la tutela anticipada satisface directamente al derecho material antes que se dicte sentencia definitiva cuando exista un daño irreparable o de difícil reparación, careciendo de la instrumentalidad. En otras palabras, el *periculum in mora* no puede ser presupuesto para conceder la tutela anticipada, puesto que está revestido del carácter instrumental propio de la tutela cautelar, orientado a asegurar el resultado de la pretensión; mientras que lo que se pretende con el daño irreparable o de difícil reparación, es que se satisfaga la pretensión, absteniéndose de la instrumentalidad, debido a que lo que está en riesgo no es la ejecución de la sentencia —y por lo tanto el resguardo de la misma— sino que el riesgo está en el perecimiento de la pretensión que es necesario anticipar.

3. ¿LA TUTELA CAUTELAR PUEDE TENER POR OBJETO ANTICIPAR LA PRETENSIÓN?

La tutela cautelar no puede tener por finalidad anticipar la pretensión, debido que, un objeto anticipativo sería extraño a la naturaleza de la misma. La tutela cautelar está enfocada a asegurar el resultado de la pretensión, de tal modo, que el transcurso del tiempo no frustre el derecho invocado. Así, Marinoni señala que “la tutela cautelar se destina a asegurar la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material. Por esta razón, se caracteriza por la instrumentalidad y por la referibilidad. La tutela cautelar es un instrumento de la tutela satisfactiva, en la medida que busca garantizar su fructuosidad” (Marinoni, 2010, p. 33). En este mismo sentido, Gutiérrez de Cabiedes señala que “las medidas cautelares, como tantas veces hemos dicho, tienden a hacer posible una ejecución, pero no a adelantar ésta o a confundirse con ella” (Gutiérrez de Cabiedes, 1974, p. 16).

La tutela de urgencia que tiene por objeto anticipar el todo o parte de la pretensión es la tutela anticipatoria, la cual —concurriendo los requisitos de riesgo de perjuicio irreparable y la fuerte dosis de probabilidad— permite la tutela satisfactiva del derecho material. Así, “la tutela anticipatoria, sin embargo, es satisfactiva del derecho material, permitiendo su realización —y no su seguridad— mediante su cognición sumaria o verosimilitud” (Marinoni, 2010, p. 33). En el mismo sentido, Meneses afirma que “la tutela

anticipada consiste en la satisfacción de un derecho antes de la dictación de la sentencia definitiva, cuando en casos graves y urgentes la demora en la respuesta jurisdiccional puede provocar un perjuicio irreparable al actor. Es, por ende, una herramienta procesal que busca resolver el problema que genera el transcurso del tiempo en el proceso, del cual puede resultar un daño irremediable para el justiciable que formula la pretensión” (Meneses, 2009, p. 41). La tutela anticipatoria, salvo situaciones excepcionales “tiene el mismo contenido que la tutela final o del fondo, con la única diferencia que se origina mediante verosimilitud y, por ello, no queda protegida por la inmutabilidad inherente a la cosa juzgada material. La tutela anticipatoria es la tutela final anticipada con base en la cognición sumaria” (Marinoni, 2010, p. 33).

En síntesis, la finalidad de la tutela cautelar es asegurar la eficacia de la sentencia de mérito una vez agotado el proceso, en cambio la tutela anticipada derechamente persigue obtener la satisfacción de la pretensión. Así, “es por lo mismo que seguimos pensando que no cabe confundir dicha tutela con la cautela procesal, que por definición debiera estar encaminada a asegurar, garantizar o proteger la eficacia de la pretensión y del fallo, más que adelantar los resultados de este” (Meneses, 2009, p. 41).

Es cierto que en la actualidad existen varias situaciones —por ejemplo cuando el derecho en disputa tiene un contenido no patrimonial— en las que se hace necesario no solo que se aseguren los resultados del juicio, sino que se anticipen sus resultados, bajo el peligro de resultar ineficaz la pretensión, y más general, el proceso como instrumento de solución de conflictos. Un sector de la doctrina, sostiene que la tutela cautelar clásica ha quedado desfasada, debiendo ampliar su campo de aplicación a brindar tutela a los *nuevos derechos*. Estos nuevos derechos guardan relación con el desarrollo de la salud humana y de la personalidad individual, el goce de los bienes ambientales y la posición del consumidor en el mercado —entre otros— y, que a su vez, reclaman formas de tutela preventiva más incisivas y más idóneas que la mera tutela declarativa (Bordalí, 2001, p. 60), resultando insuficiente la sola concesión de una tutela de tipo asegurativo para cumplir con el objetivo de la tutela jurisdiccional.

Los autores que participan de esta postura, piensan que no sería necesario agregar nuevos presupuestos a los ya señalados para la tutela cautelar clásica, así Bordalí sostiene

que bastaría con entenderla de una forma *más dinámica* (Bordalí, 2001, p. 63). Asimismo, Marín explica “no es necesario crear otra categoría fuera del ámbito cautelar que, por lo demás, no aporta nuevos elementos en la teorización de este nuevo referente: el *fumus* y el *periculum*, siguen siendo claves en esta construcción doctrinal. Lo único que se produce es un aumento en el grado de urgencia de la medida” (Marín, 2004, p. 92), de este manera, se podría anticipar la satisfacción de la pretensión a través de esta *nueva dimensión* de tutela cautelar.

Sin embargo, creemos que no se puede recurrir a la tutela cautelar para dar solución a estos problemas nuevos, puesto que dicha institución cuando fue diseñada por el legislador estaba enfocada a dar respuesta a otro tipo de conflictos —aquellos con un contenido patrimonial o monetarizable— y por lo mismo se exigió como presupuestos el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. En síntesis, hay que dar soluciones nuevas a problemas nuevos, pero no utilizar instituciones antiguas para problemas nuevos. Si se afronta el tema de *la necesaria demora de la justicia*, para ello se han desarrollado el mecanismo de las tutelas de urgencias, y dentro de las mismas nos encontramos con la técnica de la tutela cautelar —necesaria dentro de todo ordenamiento jurídico—, pero también nos encontramos con la tutela anticipada, la cuál encuadra en la respuesta que hay que dar para otorgar tutela jurisdiccional efectiva a estos nuevos derechos. La solución a seguir es regular esta tutela de manera general en nuestro ordenamiento jurídico para dar respuesta a estos nuevos derechos.

CONCLUSIONES

1. La tutela cautelar no puede satisfacer anticipadamente la pretensión, salvo en casos excepcionales atendida la naturaleza del derecho que se reclama —que por ser un derecho fundamental— es necesario brindar una tutela judicial efectiva, la cual debe ser urgente para que no se frustre la pretensión y el cumplimiento de la sentencia.
2. Dentro de las tutelas de urgencias o urgentes encontramos, por un lado, la tutela cautelar, y por otro, la tutela anticipada. La tutela cautelar tiene por objeto asegurar el resultado de la pretensión invocada en un proceso principal. La tutela anticipada tiene por finalidad satisfacer total o parcialmente la pretensión, antes que la sentencia se encuentre firme.
3. Un objeto o finalidad anticipativa a la tutela cautelar es extraña a la misma, puesto que para poder anticipar los resultados del juicio es necesario de presupuestos más exigentes que el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, los cuales sólo permiten asegurar el resultado de la pretensión. Anticipar el resultado del juicio y la satisfacción —total o parcial— de la pretensión es propio de la tutela anticipada.
4. La necesaria lentitud con la que se desarrolla el proceso, constituye el principal problema para satisfacer de manera oportuna ciertos derechos con contenido extrapatrimonial, que exigen una respuesta oportuna y efectiva por parte del órgano jurisdiccional. Dicha protección la concede la tutela del fondo por medio de la tramitación de un juicio de lato conocimiento, pero en algunos casos es necesario anticipar —total o parcialmente— el juzgamiento del fondo para que la sentencia sea eficaz. La tutela anticipada permite paliar el efecto que genera el transcurso del tiempo en el juicio, otorgando una tutela judicial efectiva.
5. Para anticipar los resultados del juicio es necesario que el actor acredite como presupuestos una fuerte dosis de probabilidad o probabilidad intensa del derecho de ser

reconocido en la sentencia definitiva y un perjuicio de daño irreparable o de difícil reparación.

6. La tutela cautelar tiene por objeto asegurar el resultado de la pretensión, mientras que, la tutela anticipada satisface total o parcialmente la pretensión, es por ello que los presupuestos exigidos para otorgar tutela cautelar y tutela anticipada son distintos. Los presupuestos exigibles a la tutela cautelar son el *fumus boni iuris* —que es el juicio de verosimilitud sobre la existencia del derecho que se invoca— y el *periculum in mora* —que es el riesgo concreto de que la pretensión pueda quedar insatisfecha producto del transcurso del tiempo que demore la dictación de la sentencia definitiva—, mientras que los exigidos para la tutela anticipada son una fuerte dosis de probabilidad o probabilidad intensa de ser reconocido el derecho —que es el estadio cognoscitivo más cercano a la certeza definitiva— y un daño irreparable o de difícil reparación —que ya no es el peligro de que la sentencia final a dictar sea inútil por no ejecutarse, sino al riesgo de perecimiento de la pretensión si no es anticipada la tutela—, lo que otorga una certeza provisional o suficiente. Por tanto, los presupuestos exigidos para otorgar tutela anticipada son más exigentes que los requeridos para la tutela cautelar.

7. Para otorgar una tutela cautelar no es exigible un grado de certeza, sino que basta la verosimilitud del derecho, mientras que en la tutela anticipada exige un tipo de certeza denominada *certeza provisional o suficiente*, que si bien no es idéntica a la certeza definitiva, es muy cercana a ella.

8. A través de la tutela anticipada se obtiene la satisfacción total o parcial de la pretensión, siendo coincidente con la tutela del fondo que se obtiene a través de la tramitación de un juicio de lato conocimiento.

9. En nuestro ordenamiento jurídico es necesario dotar de una regulación general a la tutela anticipada, de tal manera que sea aplicable a todo procedimiento, concurriendo los presupuestos de fuerte dosis de probabilidad o probabilidad intensa de ser reconocido el derecho y el daño irreparable o de difícil reparación. Resultando insuficiente para otorgar

una tutela judicial efectiva el reconocimiento casuístico y práctico que hoy encontramos en nuestra legislación.

10. Resulta inapropiado anticipar la pretensión por la vía cautelar respecto de aquellos derechos extrapatrimoniales, ya que lo adecuado es regular la tutela anticipada para otorgar una tutela judicial efectiva y oportuna a dichos derechos. Es necesario dar soluciones nuevas a los problemas nuevos, no utilizando para ello instituciones antiguas para problemas nuevos.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta, Daniel Fernando (2000). Sentencia anticipatoria y derecho humanos. En: *Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo)*. Buenos Aires: Rubinzol - Culzoni Editores, pp. 589-604.

Almagro Nosete, Jose; Cortés Domínguez, Valentin; Gimeno Sendra, Vicente & Moreno Catena, Victor (1988). *Derecho procesal*. Tercera ed. Valencia: Tirant to blanch.

Berizonce, Roberto (1997). Tutela anticipada y definitiva. En: *Derecho procesal en vísperas del siglo XXI*. Buenos Aires: Ediar, pp. 53-70.

Berizonce, Roberto (2011). Fundamento y confines de las tutelas procesales diferenciadas. En: *Nos ad justitiam esse natos*. Valparaíso: Edeval, pp. 829-842.

Bordalí, Andrés (2001). Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil. *Revista de derecho (Valdivia)*, Diciembre, 12(2), pp. 51-66.

Calamandrei, Piero (2005). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Lima: Ara editorores.

Carbone, Carlos (2000). Los despachos interinos de fondo. Análisis de sus presupuestos: la noción de certeza suficiente, la exigencia de la urgencia y la irreparabilidad del perjuicio. En: *Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo)*. Buenos Aires: Rubinzol - Culzoni editores, pp. 75-164.

Carbone, Carlos (2008). Consideraciones sobre el nuevo concepto de "fuerte probabilidad" como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho de raíz procesal. En: *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubizal - Culzoni editores, pp. 161-181.

Carnelutti, Francesco (1944). *Sistema de derecho procesal*. Buenos Aires: Uteha Argentina.

Carnelutti, Francesco (1971). *Derecho y proceso*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

Carrasco Delgado, Nicolás, (2012). *Análisis económico de las medidas cautelares civiles*. Santiago: Legal publishing.

Cava, Claudia & Eguren, María (2000). Naturaleza jurídica de la sentencia anticipatoria y su ubicación dentro de la órbita de los procesos urgentes. En: *Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo)*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni editores, pp. 209-219.

Chamorro Bernal, Francisco (1994). *La tutela judicial efectivo. Derechos y garantías procesales del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch.

- Chiovenda, Giuseppe (1922-1925). *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus.
- Chiovenda, Giuseppe (1936). *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial revista de derecho privado.
- Colombo Campbell, Juan (2006) El debido proceso constitucional. *Cuadernos del tribunal constitucional*, Abril. Issue 32.
- Cortéz, Gonzalo (2006). La reforma del proceso cautelar. En: Pedro José Silva, Francisco García & Francisco José Leturia, edits. *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente*. Santiago: Fundación libertad y desarrollo; Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 520-551.
- Coture, Eduardo (1990). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: De palma.
- De Asís, Rafael (2011). El debido proceso en la teoría del derecho. En: *Nos ad justitiam esse natos. Libro de homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1911-2011)*. Valparaíso: Edeval, pp. 1101-1115.
- De los Santos, Mabel (1999). Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas. *Revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales*, Enero-Abril, XCVI(1), pp. 21-28.
- Díaz Uribe, Claudio (2004). *Curso de derecho procesal civil*. Santiago: Lexis nexis.
- Diez Schweter, José (1997). *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Eguren, María Carolina (2000). La jurisdicción oportuna. En: *Sentencia anticipada*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni editores, pp. 299-314.
- Ferrajoli, Luigi (2009). *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta.
- Ferrer, Sergio (2000). Ejecución anticipada de la sentencia como cautela material. En: *Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo)*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni editores, pp. 347-366.
- Font Serra, Eduardo (1974). Las medidas cauteales como manifestación de la justicia preventiva. En: *El sistema de medidas cautelares. IX reunión de profesores derecho procesal de las universidades españolas*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., pp. 139-147.
- Guasp, Jaime (1961). *Derecho procesal civil*. segunda ed. Madrid: Instituto de estudio políticos.

Gutiérrez de Cabiedes, Eduardo (1974). Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares. En: *El sistema de medidas cautelares. IX Reunión de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., pp. 11-33.

Marín, Juan Carlos (2004). *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Marín, Juan Carlos (2008). Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en el anteproyecto del nuevo Código Procesal Civil. *Revista hispano chilena derecho procesal civil*, Septiembre, Issue 3, pp. 79-97.

Marinoni, Luiz Guilherme (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la noción de Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra editores.

Marinoni, Luiz Guilherme (2008). *Antecipação de tutela*. 10ª edição revista, actualizada e ampliada. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Marinoni, Luiz Guilherme (2010). Tutelas urgentes y tutelas preventivas. En: *Colección Monografías*. Lima: Librería Comunitaria EIRL.

Meneses, Claudio (2009). La ejecución provisional en el proceso civil chileno. *Revista chilena de derecho*, 36(1), pp. 21-50.

Monroy Gálvez, Juan. & Monroy Palacios, Juan (2000). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. En: *Sentencia anticipada (despacho interinos de fondo)*. Buenos Aires: Rubinzol - Culzoni editores, pp. 165-208.

Monroy Palacios, Juan (2010). Tutelas urgentes y cautelar judicial en la legislación peruana. En: *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 491-500.

Montero Aroca, Juan. & Ortells Ramos, Manuel (1987). *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Bosch.

Palomo Vélez, Diego (2007). Modelo procesal civil chileno. Conveniencia de articular una nueva regulación sostenida en la oralidad como eje facilitador de la reforma.. En: *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 165-189.

Palomo Vélez, Diego (2008). *La oralidad en el proceso civil: el nuevo modelo español*. Santiago: Librotecnia.

Palomo Vélez, Diego (2009). La apuesta por el modelo de la oralidad en el anteproyecto de código procesal civil. *Cuadernos de extensión jurídica (U. de los Andes)*, Issue 16, pp. 101-118.

Pérez Ragone, Álvaro (2000). Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria. *Revista de derecho procesal dirigida a iberoamérica*, Issue 1, pp. 199-230.

Peyrano, Jorge Walter (2000). Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema. En: *Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo)*. Buenos Aires: Rubizal-Culzoni editores, pp. 25-40.

Peyrano, Jorge Walter (2008). La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución.. En: *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni editores, pp. 13-26.

Pico I Junoy, Joan (2010). Tutelas urgentes y cautela judicial en la ley de enjuiciamiento civil española. En: *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 473-481.

Pizarro, Ramón (2000). *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho..* Reimpresión de la primera edición de 1996 ed. Buenos Aires: Hammurabi SRL.

Prieto Castro y Ferrándiz, Leonardo (1959-1961). *Manual de derecho procesal civil*. Madrid: Facultad de derecho de Madrid.

Quezada Meléndez, José (1997). *Medidas prejudiciales y precautorias*. Santiago: Ediciones Digesto Ltda..

Ramos Méndez, F, (1979). *Derecho y proceso*. Barcelona: Bosch.

Rankin, Silvia Adriana & Pecchinenda, María Gabriela (2000). Cosa juzgada y efectos de la caducidad del proceso en las sentencias anticipatorias. En: *Sentencia anticipada*. Buenos Aires: Rubinzal -Culzoni Editores, pp. 331-346.

Romero, Alejandro (2007). *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Simón Olivera, Luis María (2004). Medidas cautelares y tutela anticipada. En: A. Onfray Vivanco, ed. *Seminario de derecho procesal. Reforma orgánica al proceso civil. La defensa del Estado ante los tribunales de justicia: una aproximación particular a la nulidad de derecho público*. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 117-133.

Vargas, Abraham Luis (1999). *Estudios de derecho procesal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Vargas, Abraham Luis (2008). Teoría general de los procesos urgentes. En: *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzol - Culzoni editores, pp. 75-160.