

DERECHO PROCESAL CIVIL

Maite Aguirrízabal Grünstein

Profesora de Derecho Procesal

Universidad de Los Andes

ALGUNAS PRECISIONES EN TORNO A LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS EN EL PROCEDIMIENTO POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR¹

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta con fecha 16 de marzo de 2006, en la causa sobre recurso de protección rol N° 1183-2005, referida a las medidas cautelares que puede decretar un juzgado de familia en un procedimiento por violencia intrafamiliar.

El fallo resulta muy interesante por cuanto se refiere a dos materias relevantes: la competencia de los juzgados de familia y la potestad para decretar medidas cautelares innovativas.

Es de gran importancia, además, puesto que permite el análisis de una institución que se ha ido incorporando en los nuevos procesos como un mecanismo de tutela urgente, que permite en todo o parte anticipar la decisión

¹ El presente trabajo se elabora en el marco del proyecto FONDECYT regular N° 1130462, titulado "Recepción y proyección de la medida cautelar innovativa en el sistema procesal chileno", del que la autora es la investigadora responsable.

de fondo, reservada hasta hoy para la sentencia definitiva.

Finalmente, reviste importancia por encontrarse en la actualidad en discusión el proyecto que reforma el proceso civil, y en que también se ha planteado el problema de la amplitud que debe reconocerse a las medidas cautelares innovativas.

II. HECHOS RELEVANTES QUE MOTIVAN EL FALLO

En la causa sobre violencia intrafamiliar caratulada Caviedes Leyton con Gallardo García, seguida ante el Juzgado de Familia de Antofagasta, la jueza de dicho tribunal, Sol López Pérez, conociendo de la referida denuncia y con fecha 23 de noviembre de 2005, se declara incompetente para tramitarla por cuanto los hechos revisten el carácter de delito de maltrato habitual y lesiones físicas, remitiendo los antecedentes a la fiscalía de Antofagasta para los fines previstos en el art. 14 inciso 3° de la ley N° 20.066.

Sin perjuicio de lo anterior, decreta las siguientes medidas cautelares:

- 1° Se prohíbe a Guillermo Gallardo García acercarse al domicilio particular de la demandante

Behise Olvido del Carmen Caviedes Leyton y al domicilio laboral de la demandante por lo que no podrá acercarse a menos de diez metros de la actora.

2° Se prohíbe al demandado el porte y tenencia de armas, ordenando se oficie a la Comandancia de Guarnición del Ejército, a fin de que incaute el arma de fuego marca Taurus calibre 38 mm.

Ante esta situación, el abogado del denunciado, Oscar Retamal de Requesens, interpone un recurso de protección en favor del denunciado y en contra de la jueza de familia, solicitando se declare abusiva dicha resolución, puesto que se ha pronunciado sin audiencia de parte, atentando con ello contra la garantía constitucional contemplada en el art. 19 N° 3 de nuestra Constitución, que establece que nadie puede ser juzgado sin haber sido oído.

Señala que la resolución es arbitraria e ilegal, porque ya habían sido objeto de una denuncia a Carabineros de Chile que fue enviada a la Fiscalía Local y que lleva el R.U.C. 05/514628 5 respecto de la cual su representado fue citado y declaró ante el abogado asistente del fiscal Nelson Díaz Cisternas el 9 de noviembre de 2005, esto es, una semana antes que se presentara la demanda en el Juzgado de Familia, por lo que antes que la señora jueza recurrida se declarara incompetente en la resolución del 23 de noviembre, ya había quedado radicado el conocimiento del asunto en el único organismo competente para la investigación de los delitos como lo es el Ministerio Público, por lo que de conformidad al art. 15 de la ley N° 20.066 sólo pueden decretarse

estas medidas cautelares por el tribunal con competencia en lo penal, que no es otro que el Tribunal de Garantía, norma que prima sobre el art. 92 de la ley N° 19.968.

Señala, además, que en este contexto, las medidas cautelares decretadas por el Juzgado de Familia, lo han sido en violación del derecho constitucional al debido proceso y vulnera su derecho de propiedad en relación con el arma incautada.

Expone que una cosa es prohibir a una persona el porte del arma, otra cosa es su tenencia y otra muy distinta es el comiso, que supone que es quitada definitivamente a una persona, perdiendo su dominio, cuando ella ha participado en un delito, lo que requiere una sentencia condenatoria ejecutoriada que así lo decida. Además, dice que la señora jueza recurrida dispuso una medida cautelar por sesenta días, por lo que mal puede caer el arma en comiso, que es algo definitivo, apartándose de la naturaleza transitoria de una medida cautelar.

III. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ACCESO A LA JUSTICIA

El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser definido como aquél que tiene

“toda persona a que se le haga justicia: a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”².

² GONZÁLEZ PÉREZ (1985), p. 27.

La Constitución se configura como un marco jurídico en el que los instrumentos de garantía de los derechos fundamentales tienen la misma importancia que éstos, en lo relativo a la regulación del proceso y, por ende, del Derecho Procesal³.

La existencia de un derecho necesita de un sistema de protección, y para establecer este sistema, requiere, a la vez, de la preexistencia de aquél. Lo anterior implica elevar a un rango constitucional a las normas procesales que contienen la regulación de aspectos esenciales del proceso⁴.

A través del movimiento de acceso a la justicia hoy no sólo busca acercarla al ciudadano común sino que, también, que el proceso sea eficaz.

En este sentido, se ha señalado:

“el principio de efectividad no es apenas una directiva para el legislador sino también un principio hermenéutico del Derecho vigente”⁵.

Lo anterior encuentra consagración legislativa en el art. 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Chilena, que dispone:

“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”⁶.

La protección de una situación jurídica debe, por tanto, desarrollarse en un plano sustantivo, pero también en un plano procesal.

En el ámbito del Derecho Material se han realizado grandes progresos, que no han venido acompañados de la creación de un sistema de protección jurisdiccional que permita el ejercicio eficaz de estas posiciones⁷.

Y el tiempo en los procesos es uno de los factores que se consideran como un obstáculo en el acceso a la justicia, puesto que esta última se torna inaccesible

tutela judicial efectiva, cuando en el art. 24 dispone: “Toda persona tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”. Reconoce, por tanto, este artículo a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, en cualquier ámbito y sin que pueda producirse indefensión en el sentido de que los tribunales denieguen justicia, lo que ya está establecido en el art. 1º apartado N° 7 del CC, cuando dispone: “los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan”, y ha sido ratificado por el art. 7º apartado 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial española. Este derecho que la Constitución enuncia literalmente del modo señalado ha sido sintetizado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional con la expresión derecho a la tutela judicial efectiva.

⁷ Señalaba COUTURE (1989). p. 274: “mientras el derecho material, por su parte, fue creando todo un sistema jurídico de excepción, el derecho procesal permaneció estacionario sobre las bases y fundamentos del sistema individualista”. La misma observación hizo en su momento la Comisión Europea, cuando señala: “la protección de los intereses de los consumidores mediante la mejora y al ampliación de sus derechos sustanciales quedará incompleta si, paralelamente, no se les ofrecen medios y procedimientos apropiados para hacer valer dichos derechos” (COM (87) 210 final, de 7 de mayo de 1987).

³ Cfr. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ (1978), p. 395.

⁴ Cfr. PEREZ LUÑO (1983), p. 103.

⁵ PROTO PISANI (1988), p. 26 y ss.

⁶ La Constitución española va un paso más allá, declarando expresamente el derecho a la

sible cuando resulta extremadamente lenta, ya sea por inactividad de las partes o por la falta de actuación del juez en su calidad de director del proceso.

Se señalan, asimismo, como un obstáculo las ventajas que pueden tener ciertas partes que poseen recursos económicos que les permiten sobrellevar los gastos que supone un juicio y que muchas veces se transforman en litigantes habituales, teniendo a su servicio toda una organización que les permite una mayor eficacia frente al litigante ocasional⁸.

Los obstáculos ya reseñados, impiden que la justicia se imparta en forma oportuna, haciendo que muchas veces la solución jurisdiccional se torne ineficaz.

De ahí, entonces, que surjan nuevas formas de tutela, que permitan acceder a una justicia más cercana, rápida y eficaz.

Hoy existe consenso en la doctrina contemporánea y la jurisprudencia de que el proceso debe constituir un instrumento que no sólo facilite el acceso a la justicia sino que, también, asegure de modo adecuado la tutela de los derechos cuya protección se solicita⁹.

⁸ Términos acuñados por GALANTER (1975). pp. 347 and 360.

⁹ Como acertadamente señala BORDALI SALAMANCA (2001), p. 53: “ocurre que este control urgente de los efectos del tiempo, para otorgar una efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que ocurren ante la Jurisdicción, no puede ser obtenido por el proceso de declaración ordinario, como tampoco por el de ejecución, puesto que éstos, para que puedan brindar una efectiva protección a los derechos e intereses de los justiciables, necesitan de un espacio de tiempo ‘razonable’ para que pueda concretarse la formulación concreta de la regla de derecho, es decir, el establecimiento de la existencia del derecho (proceso declarativo), o ya para conseguir la actuación práctica de esta regla en vía coactiva, o sea a través del empleo

Habiendo concluido que uno de los principales problemas que implica la denominada crisis de la justicia civil, es el de la excesiva duración de los procesos, se hace necesario pensar en tutelas diversas de la ordinaria, cuando el peligro que comporta para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos una decisión jurisdiccional “tardía” así lo aconseje.

Se enmarcan en esta categoría las medidas que se denominan tutelas de urgencia, ya sean sumarias, autosatisfactivas, cautelares innovativas o simplemente cautelares, etcétera, que permitan otorgar la necesaria tutela jurisdiccional al ciudadano que la reclama del Estado, en unos plazos mucho más breves que la tutela ordinaria.

A través de figuras como la medida cautelar innovativa o el proceso colectivo, se coloca el acento en la eficacia de la protección que se otorga, ya no sólo como manifestación del principio de la economía procesal o como la consideración del proceso como un fin en sí mismo.

A pesar del movimiento en favor de la promoción de estas nuevas figuras, en la práctica su desarrollo es mayoritariamente dogmático y jurisprudencial, faltando un desarrollo legislativo y la adecuación de las estructuras procesales tradicionales a estas nuevas formas de tutela, que suponen procesos más sencillos y más rápidos.

Con el objetivo de obtener una respuesta adecuada a la consagración de este principio, es que han ido surgiendo nuevas realidades procesales sumarias que aceleran y simplifican los procedimientos declarativos de lato conoci-

efectivo o potencial de la fuerza de parte del ordenamiento”.

miento, poniendo especial atención en el derecho tutelado a través de estos procesos diferenciados.

Así, la tutela cautelar ha sido extendida a figuras distintas de aquéllas que simplemente tienden a asegurar el resultado de la acción, integrándose con mecanismos más dinámicos y menos instrumentales.

En este orden de ideas, cabe recordar que el “proceso urgente” reconoce en la actualidad tres tipos principales de mecanismos diferenciados entre sí: las medidas cautelares, preordenadas al pronunciamiento de una sentencia definitiva que se pronuncie sobre el fondo del asunto controvertido y al resultado práctico que aseguran preventivamente.

Por ello, más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia¹⁰; la medida autosatisfactiva, que asume la forma de un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento¹¹ y, por último, la tutela anticipatoria, que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable.

IV.- LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

1. Generalidades

Las medidas cautelares pueden clasificarse en conservativas e innovativas,

siendo las primeras aquellas que tienen por objeto

“facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”¹².

Sin perjuicio de que el desarrollo dogmático de la cautela innovativa es relativamente nuevo, Giuseppe Chiovenda ya definía las medidas cautelares como resoluciones dirigidas a conservar el estado actual de las cosas, determinadas por el peligro o la urgencia y denominándolas provisionales o de conservación¹³.

En lo que respecta a las finalidades de cada una, se ha señalado por la doctrina:

“mediante el primero se trata de conservar (inmovilizar) una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal. En el proceso cautelar innovativo, si desde el principio no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho o de derecho existente, se comprometería el resultado del proceso principal. Se presenta como una modificación anticipada de una situación jurídica”¹⁴,

¹² CALAMANDREI (1945), p. 56.

¹³ CHIOVENDA (1998), pp. 114-116. Agregaba: “Una medida provisional responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico; si este daño es o no en realidad inminente y jurídico, resultará de la resolución definitiva”.

¹⁴ PEYRANO (1981), p. 13

¹⁰ CALAMANDREI (1945), pp. 44-45.

¹¹ PEYRANO (1998), p. 968.

o, bien, que el proceso cautelar de conservación “sirve para garantizar los medios del proceso definitivo”, mientras que el proceso cautelar innovativo “sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo”¹⁵.

Concluimos, entonces, que la medida cautelar innovativa puede ser definida como:

“una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar –a diferencia de la mayoría de las otras– no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el statu quo. Va más allá, ordenando –sin que concorra sentencia firme de mérito– que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente”¹⁶.

¹⁵ ARAZI (2005), p. 1348

¹⁶ PEYRANO (2009), pp. 19-42. Agrega que por regla general, este tipo de medidas no afecta la libre disposición de los bienes ni tampoco tiene por finalidad que se mantenga el status existente al momento que se traba la Litis, sino que su objeto es que “alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente”. En nuestra Legislación, las medidas cautelares innovativas ya se encuentran recogidas a propósito del procedimiento de familia. En este sentido, el art. 22, dentro de las reglas generales de procedimiento

Se ha señalado, además, que en el caso de la medida cautelar innovativa, la proyección de sus efectos

“trasciende la mera provisoriedad, por cuanto constituye una concreta satisfacción de los derechos pretendidos por el peticionante que, aunque puede hacerse cesar, habrán sido gozados irrevocablemente”¹⁷.

Nuestro *CPC* ha regulado las medidas cautelares en el art. 280¹⁸, como medidas precautorias que tienen por objeto asegurar el resultado de la acción deducida, es decir, como medidas conservativas¹⁹.

Por lo tanto, y sin perjuicio de que ambas tienen una naturaleza cautelar, las medidas conservativas y las innovativas cumplen funciones completamente distintas puesto que ambas tienen una función preventiva de aseguramiento, pero se diferencian en cuanto a sus presupuestos.

La medida cautelar tradicional está llamada a conservar, a no innovar respecto de una situación jurídica. Su finalidad es impedir la alteración de una situación de hecho o la destrucción de un bien. La cautela innovativa, en cambio, está llamada a producir un cambio en la situación de hecho, con el objetivo de evitar un perjuicio irreparable a alguna de las partes.

¹⁷ GARROTE (1999), p. 78.

¹⁸ Un completo panorama de las medidas cautelares en Chile, lo encontramos en MARÍN GONZÁLEZ (2006), pp. 13-37.

¹⁹ No obstante, parte de la doctrina ha querido ver en las medidas cautelares innominadas reguladas en el art. 289 del *CPC*, una puerta para el ingreso de la cautela innovativa al proceso civil chileno.

En cambio, la medida cautelar innovativa presenta como características distintivas, el hecho de estar preordenada a una sentencia de fondo, impidiendo que se lleve a cabo una determinada actuación o, bien, ordenando que dicha actuación se practique.

Se encuentra orientada a evitar que se produzca un perjuicio que adquiera el carácter de irreparable con el transcurso del proceso, de tal manera que la adopción de la cautela innovativa evita que dicha irreparabilidad se produzca.

Persigue alterar el estatus existente, a diferencia de lo que sucede con las medidas cautelares conservativas o la orden de no innovar y, por último, requiere de la concurrencia de los requisitos propios de toda medida cautelar, esto es, verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*), peligro en la demora, contracautela, y un requisito específico de este tipo de medidas, la posibilidad de que se consume un perjuicio irreparable²⁰.

La jurisprudencia no ha encontrado problemas importantes en cuanto a la definición, existiendo ya doctrina de nuestros tribunales superiores en el sentido de que la cautela innovativa es aquella que tiene por objetivo:

“modificar el estado de hecho o de derecho preexistente, implicando un antejuicio de la cuestión debatida, una declaración interina sobre el fondo...”²¹.

2. La cautela innovativa y su delimitación con otras formas de tutela cautelar

Se hace necesario distinguir también la medida cautelar innovativa de otras figuras que pudiendo ser afines, cumple funciones totalmente distintas a esta última.

En este sentido, no debe ser confundida con figuras como la orden de no innovar o con formas de tutela anticipada.

2.1. Cautela innovativa y orden de no innovar

La orden de no innovar también se corresponde con un tipo de cautela conservativa, ya que busca mantener el estado de cosas existentes al momento en que se decreta, con el objetivo de evitar que la situación antijurídica siga produciendo consecuencias, o de que se produzca cualquier cambio antes de que se dicte la sentencia en el proceso en el que recae esta orden, evitando que se frustre su cumplimiento²².

La medida cautelar innovativa se diferencia por lo tanto de la orden de no innovar, en que esta última corresponde a un tipo de cautela conservativa que busca mantener el estado de cosas existentes al momento en que se decreta, con el objetivo de evitar que la situación antijurídica siga produciendo consecuencias o de que se produzca

²² Característica propia de la orden de no innovar decretada con ocasión de un recurso de protección o de un recurso de apelación que se ha concedido en el sólo efecto devolutivo. Sin perjuicio de lo anterior, parte de la doctrina considera que la orden de no innovar sí podría tener efectos retroactivos y alterar el estado de cosas existente. En este sentido, cfr. PALACIO (1985), pp. 175-177 y BARACAT (2009), p. 49 y ss.

²⁰ Cfr. RUZAFÁ (2009), p. 349 y ss.

²¹ Sentencia de fecha 30 de enero de 2008, dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco en causa rol N° 906-2007.

cualquier cambio antes de que se dicte la sentencia en el proceso en el que recae esta orden de no innovar evitando así que se frustre su cumplimiento²³.

En cambio, la cautela innovativa busca precisamente lo contrario, esto es, alterar o retrotraer el estado de cosas con el objetivo no sólo de evitar que la situación antijurídica continúe produciendo sus efectos y, además, que deje de causar un daño que se pretende corregir a través de la decisión del asunto controvertido.

2.2. Cautela innovativa y tutela anticipatoria

En ciertas ocasiones la medida cautelar innovativa se confunde con manifestaciones de la tutela anticipada, que constituye otra forma de tutela diferenciada o de urgencia, y que puede definirse como aquélla que:

“tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas (sin perjuicio de la regulación que pueda hacer el legislador en determinados casos), otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda y que según la naturaleza del interés, el carácter de peligro que lo amenaza a las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica, por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irre-

parable o de difícil reparación, de acuerdo al grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez de modo sumario en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptualarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito”²⁴.

Sin embargo, existen importantes diferencias entre ambas instituciones, entre las que destacan las que siguen²⁵:

- a) En lo que respecta al grado de conocimiento para su pronunciamiento, en la medida cautelar innovativa se exige verosimilitud del derecho que se invoca, mientras que en los casos de tutela anticipada se requiere un grado de certeza relevante, una fuerte probabilidad de la existencia del derecho y la acreditación de la irreparabilidad del perjuicio que se ocasionaría de no decretarse la medida anticipada.
- b) En lo que respecta a la tramitación, la medida cautelar innovativa se decretará por regla general, *inaudita altera pars*, mientras que para conceder la tutela anticipada, se requiere escuchar al demandado y haberse recibido prueba por parte de quien solicita la conce-

²³ Sobre el panorama de la orden de no innovar como manifestación de la tutela de urgencia en Chile, cfr. BORDALÍ SALAMANCA (2006), p. 211 y ss.

²⁴ CARBONE (2009), p. 85.

²⁵ Cfr. AIRASCA (2009), p. 153 y ss.

sión de la medida, puesto que existe una necesidad mayor de certeza en relación con el derecho que se invoca.

- c) En lo que respecta a las razones que las fundamentan, en el caso de la medida cautelar innovativa, su fundamento inmediato es la urgencia, mientras que en el caso de la tutela anticipada sería

“el abuso en el derecho de defensa y el largo tiempo que lleva la substanciación de todo proceso, y que eso puede llevar a que cuando se dicte sentencia de mérito el perjuicio grave e irreparable ya se haya consumado para el solicitante de la misma”²⁶.

3. La irreparabilidad del perjuicio como requisito esencial para decretar una medida cautelar innovativa

Tal como ya se señaló, a las ya tradicionales exigencias para obtener una medida cautelar, esto es, el *periculum in mora*, el *fumus bonis iuris* y la contracautela, se agrega, en el caso de las medidas innovativas, un nuevo requisito, constituido por la necesidad de acreditar la irreparabilidad del perjuicio.

La exigencia del perjuicio irreparable no debe confundirse con la del

periculum in mora, puesto que tienen finalidades distintas. Éste tiene por objetivo evitar que el demandado no pueda responder pecuniariamente una vez que se haya pronunciado la sentencia de mérito, mientras que el peligro en la demora es un elemento de la esencia de toda medida cautelar, que deba acreditar el peticionario, aportando los antecedentes de que disponga.

En el caso de las medidas precautorias, tal como se encuentran reguladas en nuestra legislación procesal civil, no existe una única hipótesis de peligro, sino que múltiples y muy variadas.

Este estado de peligro puede provenir o generarse por la insolvencia del demandado, por el intento de transferir los bienes que conforman el activo de su patrimonio, por el deterioro de los bienes dados en garantía, por el temor al ocultamiento de bienes, por el peligro de daño en los mismos, etcétera.

Se trata, por tanto, de situaciones en que el cumplimiento de la sentencia de fondo se haría imposible o de muy difícil realización.

En el plano legal la situación de peligro se concreta mediante variadas fórmulas, tales como:

“...y haya motivo de temer que se pierda o se deteriore la cosa en manos de la persona...” (art. 291 del *CPC*);

“siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burados” (art. 293 N° 4);

²⁶ AIRASCA (2009), pp. 153-154. No concordamos con la autora en el sentido de diferenciar los fundamentos de una y otra, por cuanto la posibilidad de la irreparabilidad del perjuicio es lo que justifica la urgencia en el decreto de la medida. En este sentido, el fundamento inmediato de la tutela anticipada también estaría constituido por la urgencia.

“cuando las facultades del deudor no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes” (arts. 295 inc. 1° y 296); etcétera.

La concurrencia de una situación de peligro es una exigencia que evita los abusos en la concesión de las medidas, ya que al no existir dicho estado desaparece la necesidad de conceder la protección cautelar innovativa²⁷.

Para acreditar la situación de peligro no basta el simple temor o aprehensión del solicitante, sino que debe tratarse de hechos apreciables objetivamente.

Cuando la medida innovativa cumple una función anticipatoria, por regla general la prestación solicitada y otorgada con ocasión de esta medida, resulta coincidente con lo que se reclama en el fondo del asunto del que se conoce, a diferencia de lo que sucede con la medida precautoria, en que el contenido de la medida nunca concuerda con el contenido de la sentencia de fondo²⁸.

Por ello es que el perjuicio irreparable, o *periculum in damni*, se exige en función de la finalidad anticipatoria que puede cumplir la medida innovativa, y consiste en establecer los daños que se producirían si no se otorgara la medida total o parcialmente.

²⁷ Opina de modo contrario PALACIO (1998), pp. 111-112. Considera que la acreditación del daño irreparable no constituye un requisito esencial para decretar una medida cautelar innovativa. Ni siquiera cree necesario separar el *periculum in mora* del *periculum in damni*, puesto que este último se encontraría subsumido en el recaudo genérico del peligro en la demora, cubriendo este último todos los daños involucrados en el otorgamiento de la medida.

²⁸ De ahí, entonces, que se predique su carácter de instrumental.

Nuestra jurisprudencia también ha enfatizado este aspecto al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de la medida cautelar innovativa.

Así, se ha señalado, por ejemplo:

“resulta aplicable lo que previene el artículo 22, que autoriza al juez de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación del procedimiento, decretar las medidas conservativas o innovativas que estime procedentes, pudiendo imponerse estas últimas cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”²⁹

y que:

“el tenor de la potestad cautelar que el artículo 22 de la ley 19.968 permite al juzgador precaver las eventuales resultas de la pretensión enderezada y-o permitir anticipar los beneficios jurídicos a que aspira el actor”³⁰.

V. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA

La ley N° 19.968, que crea en el año 2004 los tribunales de familia, dispone en su art. 22:

²⁹ Sentencia de fecha 22 de marzo de 2001, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa rol 904-2010.

³⁰ Sentencia de fecha 24 de febrero de 2010, dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, en la causa rol N° 35-2010.

“sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes”.

En el caso que se comenta, dicha norma se ve reforzada por lo dispuesto en el art. 81 de la citada ley, que en el procedimiento especial que contempla para situaciones de violencia intrafamiliar, ha dispuesto:

“en todo caso, cualquier tribunal que ejerza jurisdicción en asuntos de familia, fiscal del Ministerio Público o juez de garantía según corresponda, que tome conocimiento de una demanda o denuncia por actos de violencia intrafamiliar, deberá, de inmediato, adoptar las medidas cautelares del caso, aun cuando no sea competente para conocer de ellas”.

Es así como en este caso específico, la jueza de familia, a pesar de declararse incompetente para conocer del asunto por tratarse de hechos configurativos de delito, procede a decretar estas medidas innovativas previa comprobación especial de la concurrencia del *periculum in damni*.

Así expresa que conforme al mérito de la demanda planteada existían actos de violencia intrafamiliar realiza-

dos por el cónyuge de la denunciante, el que causó lesiones en la víctima, según dato de atención de urgencia, fotos autorizadas ante notario, y otros documentos que fueron acompañados a la demanda.

Asimismo, el relato expuesto en el libelo daba cuenta de hechos de maltrato reiterado y una situación de riesgo inminente, los que no fueron contradichos ni desvirtuados por el recurrente de protección.

Conforme a la potestad cautelar de que se encuentra investido un juzgado de familia, según disposiciones legales expresas de los arts. 22, 81 y 92 de la ley N° 19.968, el órgano jurisdiccional, a pesar de haberse declarado incompetente, se encontraba facultado para decretar medidas cautelares, a fin de dar protección a la víctima y a su grupo familiar.

Además, y a diferencia de lo establecido en el procedimiento penal, en que se dispone que el órgano jurisdiccional “podrá” decretar las medidas cautelares que sean necesarias, en el proceso de familia es imperativo para el juez decretar dichas medidas cuando concurren los requisitos previstos en el art. 22, esto es, en caso de situaciones urgentes, cuando lo exija el interés superior del niño, niña adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

En relación con la declaración de incompetencia, añade la jueza recurrida que tampoco existe un único y exclusivo órgano que pueda dictar las medidas cautelares en materias de violencia intrafamiliar, puesto que el art. 81 de la ley N° 19.968 permite que cualquier tribunal que ejerza jurisdicción en asuntos de familia, el fiscal del Ministerio

Público o juez de garantía, en su caso, aun cuando no sea competente, deberá de inmediato adoptar las medidas cautelares del caso, entre las que se encuentra establecida la de prohibición de porte y tenencia de arma de fuego, según dispone expresamente el N° 6 del art. 92 de la Ley de Tribunales de Familia³¹.

Atendida la argumentación anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso de protección por cuanto considera que no hubo vulneración al debido proceso porque de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22 de la ley N° 19.968 y el art. 7 inciso primero de la ley N° 20.066, se pueden dictar medidas cautelares antes de estar notificada la demanda e, incluso, con el sólo mérito de la denuncia, puede resolver al respecto, más aún si había una petición concreta de la parte demandante.

Lo anterior se ve reforzado por existir un riesgo inminente para una o más personas de sufrir un mal trato constitutivo de violencia intrafamiliar, que obliga al juzgado de familia con el sólo mérito de la denuncia, adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan en los casos que establece el art. 22 de la ley N° 19.968.

Ello le permite además adoptar medidas de las establecidas en el art. 92

³¹ La jueza recurrida señala, además, informando el recurso que “darle un sentido técnico penal restringido al concepto ‘comiso’, según lo alegado por el recurrente, no está acorde a la nueva normativa sobre violencia intrafamiliar, pues si la misma ley establece como medida accesoria que el juez de familia debe dictar en su caso, el comiso de un arma de fuego, con una duración determinada, no está aludiendo al concepto penal que en dicha sede se le da, en cuanto a los efectos de retiro definitivo del arma de fuego decomisada”.

de la misma ley, que obliga al juez de familia a dar protección a la víctima y al grupo familiar y que para tal efecto y en el ejercicio de su potestad cautelar, podrá adoptar una o más de las medidas que allí se contemplan, por lo que con la ya decretada no puede sostenerse:

“se vulnera el derecho de propiedad, pues por una parte la medida es transitoria y por otra, la ley la contempla expresamente en función de un interés superior como lo es la protección de la vida y la integridad física de la víctima, de modo que la resolución que la decretó no es arbitraria ni ilegal, ni vulnera la garantía constitucional del derecho de propiedad”³².

Por lo tanto, el tribunal concluye:

“al dictar la juez recurrida la resolución que concedió la medida cautelar sin previa notificación al recurrente, no se ha vulnerado la garantía constitucional del debido proceso, toda vez que tal como lo señalan los preceptos legales referidos, las medidas cautelares pueden decretarse en cualquier etapa del procedimiento y aún con el sólo mérito de la denuncia”³³.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, podemos obtener las siguientes conclusiones:

³² Cons. 8° del fallo en comentario.

³³ Cons. 5° del fallo en comentario.

- 1) En la actualidad, el ámbito de la tutela cautelar no se limita a las de carácter conservativo, sino que se ha ido abriendo el espacio para decretar medidas de carácter innovativo, que tienen como principal objetivo evitar un daño mayor anticipando el todo o parte de la decisión de fondo.
- 2) En materia de procedimiento de familia, los jueces están obligados a adoptar las medidas cautelares innovativas que procedan cuando exista un peligro inminente o así lo exija el interés superior del niño.
- 3) En el caso específico del procedimiento por violencia intrafamiliar, esta obligación es aún más exigente, por cuanto se deben adoptar las medidas de protección, aún cuando el órgano jurisdiccional no sea competente para conocer del asunto.
- 4) En estos casos, pueden decretarse retardando para un momento posterior, el cumplimiento de la bilateralidad.

consumidores y usuarios en la Ley 19.946". *Cuadernos de Extensión Jurídica*. N° 12, Santiago.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006b). "Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)". *Revista Chilena de Derecho*. vol. 1, Santiago.

AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio (1978). "Repercusiones de la Constitución de 1978 en el Derecho Procesal". Tomás R. Fernández Rodríguez. *Lecturas sobre la Constitución española*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho.

AIRASCA, Ivana (2009). "Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa". Jorge Peyrano y Edgar Bacarat. *Medida Innovativa*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

ALMAGRO NOSETE, José (1982). "Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos". *Revista de Derecho Político*. N° 16. Santiago.

ARAZI, Roland (2005). "Procesos Urgentes". *Justicia Argentina*. vol. I, Buenos Aires.

BARACAT, Edgar (2009). "Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y su futuro". Jorge Peyrano y Edgar Bacarat. *Medida Innovativa*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

BARBERIO, Sergio (2009). "Vigencia de lo cautelar en la medida innovativa". Jorge Peyrano y Edgar Bacarat. *Medida Innovativa*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

BARBOSA MOREIRA, José (2000). "Tutela jurisdiccional dos intereses colectivos ou difusos". José Bardose Moreira. *Temas de direito processual*, Saraiva, São Paulo.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACOSTA ESTÉVEZ, José (1995). *Tutela procesal de los consumidores*. Bosch: Barcelona.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2011). "Los principios procesales que informan los procedimientos colectivos". Jorge Peyrano. *Principios Procesales*. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006a). "El procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos de

- BARBOSA MOREIRA, José (1992). “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 3. Montevideo.
- BARBOSA MOREIRA, José (1979). “A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados ‘intereses difusos’”, en Enrico Tullio Liebman. *Studi in onore de Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2006). “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XIX, N° 2. Valdivia.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2001). “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XII, Valdivia, diciembre.
- CALAMANDREI, Piero (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Ediar.
- CARBONE, Carlos (2009). “Esquicio diferenciador entre la medida cautelar innovativa y el despacho interino de fondo”. Jorge Peyrano y Edgar Bacarat. *Medida Innovativa*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- CAPPELLETTI, Mauro y Briant GARTH (1978). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- CORDÓN MORENO, Faustino (1989). “El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores”. *Estudios sobre consumo* N° 16. Santiago.
- COUTURE, Eduardo (1989). *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1998). *Curso de Derecho Procesal Civil*. México: Biblioteca de Clásicos del Derecho Procesal.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2004). *Juicio de amparo e interés colectivo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*. México: Porrúa.
- GALANTER, Marc (1975). “Afterword: Explaining Litigation”, *Law & Soc Rev.* N° 9, New York.
- GARROTE, Angel (1999). “La tutela judicial anticipada. Las medidas de satisfacción anticipada y las medidas autosatisfactivas”. *Jurisprudencia Santafesina*. N° 36-37. Santa Fe.
- GIDI, Antonio (2003). “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en Antonio Gid y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1985) *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Civitas: Madrid.
- GOZAINI, Osvaldo (1988). *Introducción al nuevo Derecho procesal*, Buenos Aires: Ediar.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo (1998). *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Pamplona: Aranzadi.
- LOZANO-HIGUERO Y PINTO, Manuel (1983). *La Protección de los intereses difusos: intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R.T.V.* Madrid: García Blanco.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan (2006). “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”. *Revista de Estudios de la Justicia*. N° 8. Santiago.

- PALACIO, Lino Enrique (1998). “La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual”. *Revista de Derecho Procesal*, N° 1. Buenos Aires.
- PALACIO, Lino Enrique (1985). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- PELEGRINI, Ada (1998). “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña núm. 7347 de 24 de julio de 1985)”. *Revista de Derecho Procesal* N° 43. Buenos Aires.
- PELEGRINI, Ada (1994). “Il processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana”. *Rivista di Diritto Processuale*. N° 4, Padova.
- PELEGRINI, Ada (1984). “A problemática dos interesses difusos”, en Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*, Saraiva, São Paulo.
- PÉREZ LUÑO, Antonio (1983). “La fundamentación de los derechos humanos”. *Revista de Estudios Políticos* N° 17. Madrid.
- PEYRANO, Jorge (2009). “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en Jorge Peyrano y Edgar Bacarat. *Medida Innovativa*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- PEYRANO, Jorge (1998). *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas*, La Ley, Buenos Aires.
- PEYRANO, Jorge (1981). *Medida Cautelar Innovativa*. Buenos Aires: Depalma.
- PROTO PISANI, Andrea (1988). “Chioven- da e la tutela cautelare”. *Rivista di Diritto Processuale*.
- RUZAFÁ, Beatriz (2009). “Notas sobre la medida innovativa y el daño irreparable”, en Jorge Peyrano y Edgar Bacarat. *Medida Innovativa*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1980). *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- VIGORITI, Vincenzo (1979). *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad gire*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- WATANABE, Kazuo, (2003). “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso”, en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa.