

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXIII — ENERO - MARZO DE 1965 — Nº 131

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

**MANUEL SANHUEZA CRUZ
EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES**

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA CONCEPCION — (CHILE)

RAMON L. POZO SILVA

**Ministro de la Corte
de Apelaciones de Talca**

**ALGO SOBRE LA TRAMITACION
DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS**

Al dejar constancia de nuestra opinión acerca de este tema, por no estar íntegramente de acuerdo con otras ya divulgadas, no deseamos sino participar en el debate que busca la verdad en esta materia.

Nuestra apreciación del asunto parte de una premisa básica, cual es, que la manera de dar curso a las medidas precautorias, prejudiciales y prejudiciales precautorias, es común para todas ellas, sin tomar en cuenta, por supuesto, sus requisitos específicos, su procedencia o la manera particular como hayan de cumplirse algunas.

¿Por qué sostenemos lo anterior?

* * *

Las medidas precautorias son susceptibles de solicitarse en el carácter de prejudiciales, de acuerdo con el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil, y se las denomina, entonces, prejudiciales precautorias; y el artículo 289 del mismo cuerpo legal estatuye que las diligencias expresadas en este Título —esto es, ambas clases de medidas— pueden decretarse sin audiencia de la persona contra quien se piden, salvo los casos en que expresamente se exija su intervención.

Luego, parece no admitir dudas el que las prejudiciales propiamente tales y las llamadas prejudiciales precautorias están sometidas a una sola tramitación.

Y la lógica obliga a concluir que igual trato les corresponde a las simples precautorias, pues constituiría una aberración el que éstas pudieran dictarse después de una incidencia y, en cambio, las prejudiciales precautorias decretarse de plano, sin audiencia del perjudicado; aberración que se traduciría en el absurdo de que tendría mayor poder cautelar a su favor, el que apenas anuncia una demanda que aquel que ya ha notificado la interpuesta.

Encontramos suficientemente poderoso el argumento, sin que haya necesidad alguna de recurrir al artículo 302 del Código de Procedimiento Civil para determinar la forma en que deben cursarse ordinariamente las precautorias, porque, conforme a la interpretación que damos a este precepto, su alcance está subordinado a la norma general que se contiene en el artículo 289 de esa codificación, según lo ya expuesto. Más adelante explicaremos nuestro punto de vista sobre el particular.

* * *

Admitido que, lógica y legalmente, el modo de cursar todas las medidas mencionadas es uno mismo, nuestro segundo planteamiento lo enunciamos en iguales términos, esto es, que las diligencias a que den origen, cualesquiera de ellas, serán las que el juez determine; vale decir, éste podrá concederlas de plano, salvo que la naturaleza de la medida lleve implícita otra cuestión que requiera debate, o bien dispondrá formar incidente sobre ellas, confiriendo traslado. Si el tribunal estima que no debe otorgarlas de inmediato, tendrá que resolver de la manera indicada, según luego lo sostendremos.

Así resulta, para nosotros, acertada y congruente la construcción gramatical del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, al colocarse eventualmente en el caso de que no se decreten de plano las medidas precautorias, por no haber el juez esti-

TRAMITACION DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

63

mado conveniente hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 289 de ese cuerpo de leyes. Entonces tendrá que nacer un incidente, que se desarrollará conforme a las reglas generales. Por eso es que aquella disposición se refirió a éste, expresando hipotéticamente: "el incidente a que den lugar..."

* * *

A propósito de lo antes dicho, conviene fijar algunos conceptos referentes a lo que constituyen las medidas de que se trata.

A nuestro entender, son cuestiones accesorias a un pleito ya iniciado o por iniciarse y, por lo tanto, incidentes de él.

Por vía de comparación, las prejudiciales de cualquiera por nacer. Si el juicio no llega a existir, habrá de considerárseles caducadas sin más trámite, bastando que el afectado lo solicite.

De esta suerte, la resolución que recae en ellas es un auto, sin que valga en contra que se haya dictado de plano, pues los incidentes ordinariamente se tramitan conforme a las reglas comunes; pero el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil se encarga de decir que ello es sin perjuicio de que tengan señalada por la ley una tramitación especial, ley que, en nuestro concepto y en el presente caso, es el artículo 289 del mismo Código.

Todas las diligencias que provengan de estas medidas, en general, son materia de un cuaderno separado. Las de las prejudiciales de cualquier clase, porque aún no existe —salvo excepcionalmente— sino aquel en que se tramitan, y las precautorias, porque en sí son un incidente especial, que no paraliza la marcha del juicio y que ha de seguirse por cuerda separada, por mandato del artículo 87 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil o debido a que pueden dar origen a uno de tramitación ordinaria, de igual tipo en cuanto a su influencia en el curso del proceso, que el artículo 302 de ese Código ordena, redundantemente, que se desenvuelva en ramo aparte.

Creemos que, a este respecto, carece de mayor importancia el empleo por el legislador de las locuciones "para decretar"

o "pueden decretarse" —artículos 287 y 289 del Código de Procedimiento Civil—, ya que son muchos los ejemplos de impropiedades de lenguaje semejantes, que se advierten en el mismo Código.

* * *

Por último, creemos que las medidas en comento no son susceptibles de desecharse de plano, por no haber ley que autorice ese proceder.

En efecto, dicho está que pueden concederse sin audiencia de la persona contra quien se dicten; y al no hacer uso de esta facultad, el juez queda obligado a tramitarlas incidentalmente, por exigirlo su naturaleza de cuestión accesoria y por ordenarlo los artículos 82 y 89 del Código de Procedimiento Civil, salvo que, conforme a las reglas generales, el tribunal estuviere autorizado para resolver sin más trámite.

En primera instancia, sólo es admisible rechazar de plano los incidentes contemplados en los artículos 83, 84, 85, 86 y 88 del Código de Procedimiento Civil; y en segunda, en cambio, el tribunal está facultado para desechar de oficio cualquiera incidencia.

Talvez el único caso que podría presentarse sería el previsto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, en el supuesto que una parte que hubiera sido vencida en dos incidentes, pretendiera posteriormente una medida precautoria, habiendo el juez decretado que, para cursarle otro, debía consignar una determinada cantidad y no lo hubiera cumplido.

Estimamos que el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil no permite desestimar de plano algún incidente, aun cuando existan fundamentos que emanen de hechos que consten en el proceso o sean de pública notoriedad, pues en tales casos el juez se abstendrá únicamente de recibirlo a prueba.

* * *

Contra la negativa recaída directamente en una solicitud de cualquiera de las medidas precedentemente anotadas, cabe

TRAMITACION DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

65

el recurso de apelación, necesariamente subsidiario del de reposición, porque, a no dudarlo, alteraría la marcha regular del proceso, por no haberse dado cumplimiento a los artículos 82 y 89 del Código de Procedimiento Civil.

Pero, naturalmente, y en especial si fueren precautorias, el interesado preferirá el recurso de queja, más expedito, aparte de corresponder a una causal específica contemplada por este motivo —artículo 545 N° 7 del Código Orgánico de Tribunales—.

Hacemos notar la curiosa redacción de este precepto, al decir negaren “en la misma forma”, pareciéndonos que debe haberse suprimido alguna frase en el período inicial, quedando sin sentido la referencia que se ha destacado entre comillas.

* * *

Anticipamos al comienzo, que la concesión de plano de las medidas tenía la excepción de aquellas que, por su naturaleza, llevarán implícita otra cuestión que requiera debate.

Esto tiene importancia para su procedencia; pero influye determinadamente en la forma de su otorgamiento.

Por ejemplo, se recaba una medida precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos sobre un bien distinto del que es materia de la litis, y el juez forzosamente tendrá que tramitarla como incidente, porque entre los requisitos de la procedencia de ella la ley señaló el de que las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía. Este punto es controvertible, admite pruebas por ambas partes, no estando el tribunal autorizado para apreciarlo prudencialmente, como las demás condiciones o exigencias legales que regulan los presupuestos generales de procedencia de las medidas cautelares.

Luego, en este caso particular, y en otros semejantes, el juez tiene el deber de abrir debate y recibir a prueba el incidente.

Pero ésta no es la regla, sino más bien la excepción.

La pretendida obligatoriedad de tramitar estas cuestiones incidentalmente, mueve a preguntar: ¿Qué finalidad tendría ese incidente?

Ninguna, a nuestro entender.

Es el juez quien debe apreciar la cuantía de los bienes necesarios para responder a las resultas del juicio; él mismo debe ponderar si los comprobantes que le acompaña el solicitante constituyen o no presunciones graves del derecho reclamado; y al mismo, por último, le corresponde resolver si exige o no caución, cuando se trate de una medida no expresamente autorizada por la ley, así como también la cuantía y naturaleza de ella.

Asimismo toca al juez discernir, en el caso de no acompañársele comprobantes, si éste es o no de gravedad y urgencia como para conceder la medida desde luego, sin tales documentos, imponiéndole al solicitante la obligación de rendir previamente una caución, en la forma vista.

Podría el juez, si se le presentare discutible, ordenar que se le acredite algún hecho que considere importante, para resolver.

* * *

Se ha sostenido también que, en materia de medidas precautorias, para saber cuál es su tramitación, habría que distinguir entre ordinarias y extraordinarias o especiales, debiendo las primeras cursarse incidentalmente y pudiendo las segundas ser concedidas de plano.

Esa teoría conduce a una inconsecuencia mayúscula, pues el actor que careciera de comprobantes que sean capaces de producir una presunción favorable al derecho reclamado, estaría en mejores condiciones que aquel que los hubiera presentado. En la hipótesis de ser verdadera tal doctrina, todos pedirían estas medidas especiales, guardando, para exhibirlos después, sus comprobantes, sin otro gravamen que rendir una caución.

Lo cierto es que la ley sólo contempla un procedimiento común para ambas clases de medidas, el que para nosotros es universal y aplicable a todas las medidas tutelares.

TRAMITACION DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

67

La diferencia entre las precautorias indicadas es que, en las últimas, el peticionario se libera de su obligación de acompañar los documentos mediante una caución, y nada más.

* * *

En este momento es conveniente agregar que, en nuestro sentir personal, la resolución que accede de plano a la solicitud de cualesquiera medidas no es apelable, porque es un auto que no altera la marcha regular del juicio, ni atendible es pensar que recae sobre un trámite, puesto que se trata de un incidente.

Sólo cabría interponer en su contra el recurso de queja, el cual, tratándose de precautorias, cuenta con la causal específica a que ya se hizo referencia anteriormente.

* * *

Nos hemos circunscrito a lo concerniente a la tramitación de las medidas precautorias y demás, y aún parece habernos extralimitado del tema.

Hay muchos otros problemas interesantes que tratar, íntimamente relacionados con el objeto de estas líneas, los que harían demasiado extenso este pequeño trabajo.

Quizá si en otra ocasión nos atrevamos a abordarlos, inspirados, como ahora, en un criterio más o menos personal, fruto en cierto grado de los estudios teóricos y mayormente de la experiencia o práctica de no pocos años de judicatura.