

LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO

Juan Carlos Marín G.*

1. Planteamiento; 2. Finalidad; 3. Presupuestos; 4. Cargas procesales; 5. Tramitación; 6. Oportunidad; conclusión.

1. PLANTEAMIENTO

El nuevo Código Procesal Penal (NCPP) en el título VI de su libro I, bajo la denominación de *Medidas Cautelares Reales*, se remite a las medidas precautorias reguladas en el Código de Procedimiento Civil (CPC). Al respecto, el art. 157 dispone que durante la etapa de investigación, el ministerio público o la víctima, podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decreta respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el título V del libro II del CPC.

Lo primero que abordaremos en nuestro estudio será determinar qué medidas pueden efectivamente solicitarse bajo la nueva regulación procesal penal. Al respecto, el art. 157 del NCPP señala que se pueden pedir una o más de las medidas precautorias *autorizadas* en el título V del libro II del CPC. Veamos, por lo tanto, cuáles son las medidas autorizadas en dicho título.

El art. 290 —primero del aludido título— indica que «para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas:

- 1° El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda
- 2° El nombramiento de uno o más interventores
- 3° La retención de bienes determinados
- 4° La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados».

No hay duda, en consecuencia, que al amparo de la nueva normativa el ministerio público y/o la víctima pueden solicitar como medidas cautelares reales el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda, el nombramiento de uno o más interventores, la retención de bienes determinados y/o la prohibición de celebrar actos y contratos. Ellas constituyen la piedra angular sobre la cual se ha construido el edificio de las medidas cautelares en Chile y no es discutible su procedencia en el NCPP. No es tan clara la situación, sin embargo, de otras medidas precautorias que también se prevén en el título V, del libro II, del CPC, como son las medidas indeterminadas de creación jurisprudencial de conformidad con lo establecido en el art. 298 del CPC, que permiten al tribunal —al menos en teoría— adoptar cualquier otra medida que sea idónea para garantizar el resultado de la acción. Si bien el asunto es discutible, ya que no hay duda de que estas medidas también se encuentran *autorizadas* en el mencionado título V, la naturaleza del

* Doctor en Derecho, Investigador del Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

proceso penal parece sólo conformarse con medidas expresamente previstas por el legislador y no con aquellas que quedan abiertas a la imaginación de las partes y a la discrecionalidad judicial (art. 5 inc. 2º NCPP)¹.

2. FINALIDAD

La finalidad de toda medida cautelar es asegurar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte. En este sentido, las medidas cautelares reales tienen por misión asegurar un conjunto de bienes en los cuales posteriormente se hará efectiva la responsabilidad pecuniaria que se derive del delito. Esta responsabilidad, según se desprende del art. 48 del Código Penal, puede tener una naturaleza meramente civil (en aquellos casos en que el delito ha producido en la víctima daños patrimoniales y/o morales, y la pretensión civil se ha ejercido en el respectivo proceso criminal), o una naturaleza penal (en los casos en que el delito tiene prevista como sanción la pena de multa), sin perjuicio de que además puede surgir una responsabilidad pecuniaria por el pago de las costas y gastos ocasionados durante el proceso².

Lo anterior muestra una importante diferencia doctrinal entre estas medidas y las cautelares civiles: el interés protegido en estas últimas es siempre un interés privado (exclusivamente el del demandante), en cambio tratándose de las medidas cautelares reales sí bien el interés de la víctima puede ser muy relevante, claramente no es el único, resguardándose también un interés público en el caso de la multa, de las costas procesales y de los gastos ocasionados durante el proceso.

Ahora bien, el NCPP en el título correspondiente a las medidas cautelares reales no señala de un modo expreso qué motivos hacen procedente estas medidas³. Con todo, el inc. 2º del art. 157, a propósito de la oportunidad en la cual se pueden pedir estas

¹ La discusión parlamentaria nada aclara sobre este particular. Lo único relevante en esta materia fue el cambio de la expresión *previstas* en el título V, por *autorizadas* en dicho título. Pero no se indica si el legislador estaba pensando sólo en las medidas enumeradas en el art. 290 del CPC o si, también tenía en mente las medidas indeterminadas del art. 298. Vid. al respecto Maturana, Cristián (coordinador) con VVAA, *Reforma procesal penal* (génesis, historia sistematizada y concordancias), t. I, Santiago, 2003, págs. 767-771. En el derecho español, Arangüena observa que «el juez, a la hora de decretar la tutela cautelar real, no puede disponer más medidas que aquellas legalmente previstas en el caso concreto, como por el contrario sí sucede en el ámbito del proceso civil: piénsese en las medidas cautelares indeterminadas o innominadas del art. 1.428 Lec». *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona, 1991, pág. 21.

² En España la doctrina sostiene que «la existencia de las medidas cautelares reales en el proceso penal se justifica por la condena en costas, o porque el delito sea de los que llevan aparejada la pena de multa, o, por último, como consecuencia de la acumulación de la pretensión civil restitutoria o indemnizatoria a la pretensión punitiva dentro de aquel». Moreno Catena (director) con VVAA, *El proceso penal*, v. II, Valencia, 2000, pág. 1.778.

³ El Código de Procedimiento Penal (CPP), en cambio, sí lo hace. En efecto, en el art. 380 dentro del título dedicado al embargo y demás medidas para asegurar la responsabilidad pecuniaria del procesado y de los terceros civilmente responsables, dispone: «En la resolución que someta a proceso al inculpado, el juez ordenará de oficio que, si tiene bienes, se le embarguen los que sean suficientes para *cubrir las costas y gastos que pueda ocasionar el juicio al Estado y el máximo de la multa señalada por la ley al delito, fijando el monto hasta el cual deba calcularse el embargo*». Agrega en los inc. 2º y 3º que «para fijar esta cantidad, el juez no tomará en cuenta las *responsabilidades civiles* provenientes del delito, sino cuando ellas cedan a favor del Fisco. Podrá también considerarlas a petición fundada de parte». Por su parte, el inc. 5º dispone que «en cualquier estado del proceso, el querellante o el actor civil podrían pedir el embargo de bienes del procesado o del tercero civilmente responsable para el aseguramiento de todas las *responsabilidades civiles provenientes del delito [...]*». (El destacado es mío).

medidas, indica que al deducir la demanda civil la víctima podrá solicitar que se decrete una o más de dichas medidas. Es decir, indirectamente sí se prevé al menos una de las finalidades que hemos dicho cumplen estas medidas. Esta idea se reitera en el inc. 2° del art. 61 a propósito de las acciones civiles: «Asimismo, se podrá cautelar la demanda civil, solicitando alguna de las medidas previstas en el art. 157». Por tanto, no hay duda de que uno de los fines que cumplen las medidas cautelares reales es la protección de la acción civil que puede hacerse valer dentro del proceso penal, y que tiene como pretensión, según hemos avanzado, la indemnización de los daños ocasionados por el ilícito a la víctima. Queda por establecer, en consecuencia, si a través de estas medidas también se puede cautelar el pago de la multa, de las costas y de los gastos ocasionados en el respectivo proceso. La duda no es baladí, por de pronto la cuantía de la medida y lo que en cada caso deberá acreditarse para su eventual concesión están en estricta armonía con la interrogante planteada. Al respecto, creo que la referencia explícita que realiza el NCPP a la demanda civil pone de manifiesto sólo una cosa: para el nuevo legislador la responsabilidad civil es la que tiene mayor relevancia dentro de las posibles responsabilidades pecuniarias a las que puede ser condenado el imputado. Con esto se ha plasmado lo que sin duda constituye una preocupación importante del NCPP, a saber, resguardar debidamente los derechos de la víctima a quien se le reconoce expresamente el derecho de ejercer contra el imputado las acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible (art. 109 letra c). Pero lo anterior no es indicativo de que las otras responsabilidades pecuniarias, por las que también puede responder el condenado, queden al margen de la protección que brindan estas medidas. Por de pronto, ellas se contemplan expresamente en el aludido art. 48 del Código Penal, y en verdad, no se divisa razón para excluirlas de este resguardo.

En este sentido, el art. 45 del NCPP dispone que toda resolución que pusiere término a la causa o decidiere un incidente deberá pronunciarse sobre el pago de las costas del procedimiento. Éstas comprenden, de acuerdo con el art. 46 del citado código, tanto las procesales como las personales⁴. Por su parte, el art. 139 del CPC (expresamente aplicable de conformidad con lo dispuesto en el art. 52 del NCPP) nos indica en el inc. 2° que las procesales «son las causadas en la formación del proceso y que corresponden a servicios estimados en los aranceles judiciales». En todo caso, el art. 140 del CPC dispone que el tribunal solo tasará las costas procesales útiles, «eliminandose las que correspondan a diligencias o actuaciones innecesarias a no autorizadas por la ley [...]».

El inc. 1° del art. 47 del NCPP, por su parte, añade que las costas serán de cargo del condenado, regla que es reiterada por el Código Penal en el art. 24: «toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables». Con todo, el tribunal por razones fundadas puede eximir total o parcialmente al condenado del pago de éstas (inc. 3° art. 47 del NCPP).

En lo que dice relación con la multa, el art. 21 del Código Penal la regula como una pena común a crímenes, simples delitos y faltas. De conformidad con el art. 25 del citado código, la cuantía de la multa tratándose de crímenes no puede exceder de 30

⁴ Asimismo, el art. 47 del Código Penal dispone que «en todos los casos en que se imponga el pago de costas se entenderá comprender tanto las procesales como las personales y además los gastos ocasionados por el juicio y que no se incluyen en las costas. Estos gastos se fijaran por el tribunal, previa audiencia de las partes».

unidades tributarias mensuales; en los simples delitos de 20, y en las faltas de 4⁵. Ahora bien, si el condenado no tuviere bienes para satisfacer esta sanción, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella nunca pueda exceder de 6 meses.

Si los bienes del condenado no fueren suficientes para el pago de estas responsabilidades pecuniarias, el art. 48 del Código Penal establece un orden de prelación para su pago:

- 1° Las costas procesales y personales;
- 2° El resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio;
- 3° La reparación del daño causado e indemnización de perjuicios;
- 4° La multa.

En caso de quiebra estos créditos se graduarán como uno solo entre los que no gozan de preferencia.

Como se aprecia, en el orden de prelación el legislador penal da cierta preferencia al pago de los intereses públicos por sobre los intereses privados, aun cuando sitúa en último lugar el pago de la multa.

En definitiva, si bien hubiere sido preferible que la nueva normativa hubiese previsto expresamente las razones que justifican este tipo de medidas, creo que no hay mayor dificultad interpretativa para concluir que son las mismas razones que se señalan por la doctrina y que se contemplan en el CPP, esto es, la protección de la pretensión civil, y el pago de las costas, gastos y multas del proceso penal.

Despejado lo anterior, en las páginas siguientes me concentraré en el estudio de las medidas cautelares reales en vista de asegurar un conjunto de bienes para hacer efectiva la responsabilidad civil que emana del delito y, en concreto, para materializar la indemnización de los daños y perjuicios que el ilícito pueda producir.

3. PRESUPUESTOS

La aplicación de las medidas cautelares requiere la concurrencia de dos presupuestos normativos: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. A ellos la doctrina agrega, tratándose de las medidas cautelares civiles, la caución o contracautela que debe constituir el solicitante de la respectiva medida. La configuración de estos elementos en el orden procesal civil y en el orden procesal penal, este último referido exclusivamente a las medidas cautelares personales, puede consultarse en mi artículo *Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno*, publicado en el número uno (2002) de esta misma revista, páginas 9-54. En esta ocasión me referiré a la configuración doctrinal de los mencionados presupuestos a propósito de las medidas cautelares reales.

⁵ Según dispone el inc. 3° del art. 25 del Código Penal, la expresión "unidad tributaria mensual" en cualquier disposición del Código Penal, del de Procedimiento Penal y demás leyes penales especiales, significa una unidad tributaria mensual vigente a la fecha de la comisión del delito, y tratándose de multas, ellas se deberán pagar en pesos, en el valor equivalente que tenga la unidad tributaria mensual al momento de su pago.

Tratándose del *fumus boni iuri*, en mi anterior artículo señalé a propósito de las medidas cautelares personales que éste se configura por la probable participación de un sujeto en un hecho que reviste caracteres de delito. Esta situación se presenta de un modo similar en el CPP, al exigir previo a la concesión de una medida cautelar real algún elemento de imputabilidad en contra del sujeto pasivo de la medida. Este elemento por regla general se encuentra configurado por la existencia de presunciones fundadas de participación (art. 380 CPP) y, excepcionalmente, por la existencia en contra del inculpado de fundadas sospechas de participación en un hecho que presente caracteres de delito (art. 381 del CPP). En uno y otro evento, el código requiere de algún elemento que en definitiva muestre la posible participación de un sujeto en la comisión de un hecho delictivo.

Nada de lo anterior ocurre en la nueva legislación que en esta materia, según ya lo adelantamos, efectuó una remisión general a las medidas precautorias reguladas en el CPC. Dispone el art. 157 del NCPP que «durante la etapa de investigación, el ministerio público o la víctima podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En estos casos, las solicitudes respectivas se substanciarán y regirán de acuerdo a lo previsto en el Título IV, de mismo Libro [...]».

Por tanto, surge la interrogante de saber —tratándose de las medidas cautelares reales— cómo se configura el *fumus* bajo la nueva regulación. En este punto no debemos olvidar que la acción civil que nace del daño ocasionado por el delito y que se hace valer en sede penal, no deja de ser una acción civil *stricto sensu*. Ella no pierde su carácter eventual y de protección de un interés esencialmente privado. Lo anterior, incluso, se ha visto reforzado con la nueva reglamentación que sólo permite el ejercicio de esta acción en sede penal cuando la ejerce la víctima respecto del imputado. Las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado —nos indica el inc. 3° del art. 59—, «deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales».

En el caso del derecho español, si bien la doctrina exige como *fumus* para decretar una medida cautelar real que existan *indicios de criminalidad*, ello se debe a la existencia de una norma que expresamente así lo exige. En efecto, el art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecr) dispone que «cuando en el sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades sino prestare fianza».

En este sentido, Arangüena nos indica que «vemos que el "*fumus boni iuris*" que justifica la adopción de una medida de este tipo se identifica con la expresión "indicios de criminalidad" que se emplea en el art. 589 Lecr»⁶. Cortés, aún cuando no reconoce carácter cautelar a estas medidas y prefiere denominarlas medidas de seguridad, observa en relación con los presupuestos para adoptar estas medidas que «tienen que existir indicios racionales de criminalidad contra una determinada persona. Requisito éste que viene a ser

⁶ *Teoría general...*, op. cit., pág. 26; en el mismo sentido vid. Ortells, *El embargo preventivo*, 2° ed., Granada, 1998, pág. 58.

en el proceso penal lo que en el proceso cautelar civil es el requisito de la apariencia de derecho»⁷.

Con todo, evidenciando el problema que para la doctrina española significa el artículo recién transcrito, Font Serra observa que «por lógica, el primer presupuesto para la adopción de medidas cautelares patrimoniales frente al imputado debería ser que resultaren indicios de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, el art. 589 de la Lecr. requiere, al igual que el art. 384 para dictar [el] auto de procesamiento, que resulten indicios de criminalidad»⁸. De ahí que una parte de la doctrina observe que este *fumus* sólo permite adoptar medidas cautelares reales para asegurar las costas procesales y no para asegurar las responsabilidades civiles del inculpado. Para este último evento exigen que el delito sea de aquellos que por su naturaleza y grado de ejecución sea capaz de producir tales responsabilidades civiles⁹, o que exista un derecho aparente a ser indemnizado¹⁰.

Tratándose de la nueva legislación chilena, en cambio, el art. 157 nos señala que en los casos en que se solicite una o más de las medidas precautorias reguladas en el título V, del libro II del CPC, dichas solicitudes se *substanciarán y registrarán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del mismo Libro*. Por tanto, para que el tribunal pueda ordenar una medida cautelar real bajo este nuevo código, debemos acreditar el *fumus* propio de las medidas prejudiciales precautorias según la regulación que se contempla en el mencionado título IV del libro II del CPC.

En este sentido, el art. 287 del CPC señala que el solicitante de la medida debe indicar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos. Requisito que debe vincularse con el elemento característico de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, con el daño producido en la víctima; de allí que el solicitante debe señalar que la pretensión que oportunamente deducirá es la de indemnización de daños y perjuicios; que *prima facie* el delito es de aquellos que generan precisamente una obligación de indemnizar daños; y que los hechos que fundamentan su pretensión civil son los mismos que han generado el respectivo proceso penal.

Pero no basta con lo anterior, el solicitante debe además acreditar los requisitos generales que se exigen para conceder una medida precautoria, esto es, acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho reclamado (art. 298 del CPC). Lo anterior debido a que tratándose de las medidas prejudiciales precautorias (que no otra cosa son las medidas cautelares reales en esta etapa procesal) la doctrina y jurisprudencia nacional son contestes en exigir dicho elemento. Así, se ha resuelto que «por tratarse, en el fondo, de medidas precautorias que se conceden con antelación a la existencia del juicio, deben cumplir, además, con los requisitos propios que se exigen para esta clase de medidas según el artículo 298, o sea, deben limitarse a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio y acompañar el actor comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama»¹¹. En consecuencia, el solicitante de una medida cautelar real debe además cumplir con el requisito general de las medidas precautorias.

⁷ *Derecho Procesal Penal*, con Gimeno y Moreno Catena, 3° ed., Madrid, 1999, pág. 552.

⁸ *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991, pág. 64.

⁹ Moreno Catena (director) con VVAA, *El proceso penal*, op. cit., pág. 1.785.

¹⁰ Font Serra, *La acción civil...*, op. cit. pág. 65.

¹¹ *Gaceta*, N° 59 (1985), pág. 12. También han señalado que «para otorgar una prejudicial precautoria, además de las exigencias señaladas en el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil, [...] debe reunirse la exigencia

En relación con la forma en que se debe acreditar frente al tribunal la presunción grave del derecho reclamado, hay acuerdo en la doctrina chilena en que la palabra «comprobantes», que emplea el art. 298, no sólo se refiere a documentos sino a cualquier otro medio de prueba¹². La jurisprudencia a este respecto ha resuelto que «el legislador al exigir que se "acompañen comprobantes" que constituyan a lo menos la presunción grave del derecho que se reclama, no ha exigido pluralidad de ellos, sino que se ha tomado esa acepción como sinónimo de "prueba", "medios probatorios", porque: a) comprobar significa verificar, confirmar una cosa, cotejándola con otra o repitiendo las demostraciones que las prueban y acreditan como ciertas; b) porque en los artículos 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil se consulta un régimen amplio de comprobación que va de los instrumentos a cualquier otro medio de prueba, debiendo el juez únicamente remontarse a lo dispuesto en el artículo 47 del Código Civil, en orden a que si los acompañados, o medios de prueba producidos "constituyen presunción grave del derecho que se reclama" [...]»¹³. Lo anterior es de toda lógica si pensamos que tratándose de la responsabilidad civil extracontractual normalmente no existirá un documento previo en el cual se fundamente la acción.

De este modo, el *fumus* queda establecido por los requisitos previstos en los arts. 287 y 298 del CPC, aun cuando este último no se encuentre dentro del título de las medidas prejudiciales.

En relación con el segundo elemento normativo, esto es, con el *periculum in mora*, en el proceso civil éste se configura por el peligro de que durante la tramitación del procedimiento se verifique un evento que limite o restrinja el patrimonio del demandado, en términos de hacer ilusoria la ejecución de la posible sentencia que en su día se dicte (peligro de infructuosidad). Esta configuración doctrinal también ha sido recogida en el CPP en el citado art. 381, al exigir para la procedencia de los embargos, junto con las fundadas sospechas de participación (*fumus*), casos graves y urgentes, o que sea de temer que el inculpado o el responsable civil oculten sus bienes o se desprendan de ellos, o que la persona a la cual se deba aplicar la medida no sea de conocida solvencia. Son todas situaciones, como vemos, que muestran un especial peligro de que no pueda realizarse en términos efectivos la responsabilidad del sujeto demandado.

Tratándose del NCPP, ya sabemos que él se remite a la reglamentación de las medidas prejudiciales contenidas en el CPC, por tanto allí debemos ver qué *periculum* se exige. Sobre este particular el artículo 279 señala que: «Podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el título V de este libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes:

1a. Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias; y

establecida en el art. 298 del mismo cuerpo legal, esto es, que el solicitante acompañe comprobantes que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama». *RDJ.*, t. LXXXVI (1989), segunda parte, sec. 2a., pág. 19. Vid., igualmente: *Gaceta*, N° 53 (1984), págs. 56 y 57; *Gaceta*, N° 57 (1985), pág. 90 y *RDJ.*, t. XXVIII, (1931), segunda parte, sec. la., pág. 630.

¹² Rojas, *Las medidas precautorias*, Concepción, 1965, págs. 83 y ss.

¹³ *RDJ.*, t. LXVI (1969), segunda parte, sec. 2ª., pág. 86.

2a. Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan¹⁴.

Por tanto, el *periculum* de las cautelares reales se encuentra configurado por la existencia de motivos graves y calificados, esto es, de situaciones en las cuales puede presumirse que la demora en conceder la medida se traducirá en serios perjuicios para la víctima, de allí la necesidad de que el tribunal las conceda de inmediato. Son situaciones en las que la conducta del imputado hace presumir que de no adoptarse por el tribunal alguna medida urgente, será muy difícil posteriormente asegurar el cumplimiento de la pretensión que en su momento intente la víctima, por ejemplo, que el imputado intente ocultar sus bienes, disiparlos, venderlos o gravarlos con la finalidad de disminuir el derecho de garantía general que todo acreedor posee de conformidad con la ley¹⁵.

Pero no es suficiente con lo anterior. El art. 279 del CPC dispone como requisito adicional que debe determinarse el monto de los bienes sobre los cuales recaerá la medida. Lo anterior es de toda lógica porque es la forma que tiene el tribunal de controlar que la medida no sea abusiva y de conocer qué parte del patrimonio del imputado se desea afectar. Es una consagración más del principio de proporcionalidad que debe guiar la conducta del tribunal cuando se enfrenta a una solicitud de este tipo, evitando, de este modo, que se concedan medidas abusivas que busquen gravar todo el patrimonio del demandado¹⁶.

Finalmente, vemos aparecer en el art. 279 del CPC el tercer elemento que la doctrina reconoce como integrante de las medidas cautelares, a saber, la caución o contracautela. Indica el mencionado artículo que el solicitante deberá otorgar fianza u otra garantía suficiente a efectos de responder por los eventuales perjuicios que se irroguen al futuro demandado. Por tanto, cada vez que la víctima o el ministerio público soliciten una medida cautelar real deberán constituir la correspondiente caución. Éste es uno de los casos excepcionales en el derecho nacional en que la caución es un requisito indispensable para conceder la medida. De allí que se haya ordenado el alzamiento de aquellas medidas prejudiciales precautorias que han sido concedidas omitiendo este presupuesto. Así, se ha

¹⁴ Estos requisitos deben concurrir todos conjuntamente. Así, la Corte Suprema ha señalado que la ley, al reglamentar la concesión de medidas precautorias como prejudiciales, exige diversos motivos y circunstancias, a saber: que se exprese 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». *RDJ*, t. XXVIII, (1931), segunda parte, sec. 1a., pág. 630.

¹⁵ Zaldívar refiriéndose a las medidas prejudiciales precautorias observa que «surge, pues, de aquí, la razón de existencia dentro de nuestra legislación procesal, de estas disposiciones que autorizan a un individuo para solicitar ciertas medidas precautorias, aun antes de deducir su demanda, adelantándose a evitar los posibles fraudes de que pudiese ser víctima, mediante las maquinaciones antes indicadas, cometidas por el demandado, a fin de hacer ilusorio el cumplimiento de lo que se sentencie en el juicio». *De las medidas prejudiciales*, Santiago (Chile), 1933, pág. 124.

¹⁶ De ahí que se hayan alzado medidas prejudiciales, entre otros motivos, por la extrema amplitud con la cual fueron acordadas: «Que el juez inculcado estimó de justicia conceder las medidas [prejudiciales] precautorias materia de la queja en toda la amplitud y en la misma forma que ellas habían sido solicitadas [...]; Que de este modo el juez de letras puso al demandado en situación de sufrir las graves resultas de las medidas decretadas en su contra, sin que previamente se hubiera otorgado la caución o garantía con que la ley ha querido resguardarlo de todos perjuicios; *falta ésta cuya gravedad guarda relación con la naturaleza extrema de la medida precautoria ejecutada, o sea la extracción de los almacenes del dendor, en cantidad muy considerable, de las mercaderías que constituían su giro*, para entregarlas a un depositario por tiempo indeterminado». *RDJ*, t. XVII, (1919), segunda parte, sec. 1a., págs. 158 y 159. [El destacado es mío].

resuelto que «dada la importancia y gravedad de la imposición de una medida prejudicial precautoria, el juez a quo, al no exigir la fianza respectiva y suficiente, ha obrado con falta y abuso y sumado al hecho de no haber analizado exhaustivamente los comprobantes no se justifica la mantención de tales medidas»¹⁷. Me queda, en todo caso, la duda de saber si tratándose de la víctima del delito, especialmente cuando ésta tiene escasos recursos, resulta razonable condicionar la concesión de una medida cautelar real al hecho de que previamente deba constituir una fianza o una garantía suficiente. ¿No es esto un contrasentido con el nuevo estatus que el NCPP ha reservado a este sujeto procesal?

4. CARGAS PROCESALES

Además de los elementos que hemos visto se establecen por la ley procesal chilena para conceder una medida cautelar real, una vez que ha sido otorgada surgen importantes cargas procesales. Al respecto, dispone el inc. 1° del art. 280 del CPC: «Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda, en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados». Esta norma se ve modificada por el art. 157 del NCPP que sobre el particular dispone: «Con todo, concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extenderá hasta la oportunidad prevista en el artículo 60».

Como vemos, dos son las cargas procesales que la norma del CPC impone a quien solicitó y obtuvo una medida cautelar real: por un lado, presentar la demanda dentro de la oportunidad que señala el art. 60 del NCPP¹⁸; y, por el otro, pedir que se mantenga la medida decretada. Si el solicitante no cumple con cualquiera de estas cargas la medida decretada caducará *ipso facto*¹⁹.

Con todo, el cumplimiento de las mencionadas cargas procesales no garantiza de un modo inequívoco que las medidas continuarán en vigor. En otras palabras, la renovación de las medidas no es automática sino que el tribunal debe tomar una decisión al respecto. En este sentido, el inc. 2° del artículo 280 del CPC prescribe: «Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento». Es decir, el tribunal que decreta la medida cautelar real una vez que se ha dado cumplimiento a lo prescrito en la norma anterior, debe decidir si las mantiene o si, por el contrario, ordena su alzamiento. La disposición busca que el tribunal en todo momento aprecie si se justifica la continuidad de las medidas, si continúan siendo indispensables para asegurar el resultado de la acción,

¹⁷ RDJ, t. LXXXVI, (1989), segunda parte, sec. 2a., pág. 17.

¹⁸ Señala dicha disposición: «La demanda civil en el procedimiento penal deberá interponerse en la oportunidad prevista en el art. 261 [...]». Por su parte, esta última disposición indica que: «Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante por escrito podrá: [...] d) deducir demanda civil cuando procediere».

¹⁹ Los tribunales chilenos sobre este particular han señalado que «si la demanda es deducida con posterioridad al plazo fijado en esta disposición y en ella no se pide que se mantengan, deben ellas alzarse, condenándose en costas a la parte que obtuvo la medida. Tal sanción legal opera de hecho, por el sólo ministerio de la ley, y surte todos sus efectos como si no hubiera existido tal prohibición». *Gaceta de los Tribunales*, N° 217, 1er. sem., pág. 316.

o si, por el contrario, procede cancelarlas de acuerdo con los nuevos antecedentes que se han tenido a la vista.

Ahora bien, en el evento de que el solicitante no presente la demanda en la oportunidad prevista, o si no pide en ella la renovación de las medidas o, si como hemos visto, el tribunal al resolver tal solicitud no las mantiene, «por este sólo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento» (inc. 2 del art. 280 del CPC). La norma es clara y muy drástica en relación con la responsabilidad que asume quien solicita y obtiene una medida cautelar real; por un lado, lo hace responsable de los daños y perjuicios que la medida haya ocasionado y, por el otro, considera dolosa su actuación. En cualquiera de las tres hipótesis previstas por el art. 280 los tribunales junto con ordenar la cancelación de las medidas decretadas deberían, previa instancia de parte, declarar la responsabilidad del solicitante de las mismas por los daños ocasionados, considerándose doloso su proceder²⁰. Esta declaración de responsabilidad debe ser hecha valer por quien sufrió los daños en el correspondiente juicio indemnizatorio, en el cual sólo tendrá que acreditar el monto de los perjuicios y la relación de causalidad existente entre éstos y la concesión de la medida.

5. TRAMITACIÓN

Solicitada una medida cautelar real surge la pregunta de cómo debe ser tramitada. Por de pronto, el art. 157 del NCPP exige que la presentación sea efectuada por escrito, lo cual constituye una excepción al principio de oralidad que informa todo el código. En consecuencia, tanto la víctima como el ministerio público cada vez que requieran de una medida cautelar real deberán presentar un escrito en el que indiquen la o las medidas que requieren, y cada uno de los elementos que hemos visto son necesarios para su concesión.

Ahora bien, una vez que el escrito ha sido presentado debemos distinguir dos situaciones para saber cómo continúa la tramitación de la medida: (i) por una parte, si el escrito ha sido presentado en la etapa de investigación del procedimiento, o (ii) si lo ha sido en la etapa de preparación del juicio oral al deducir la demanda civil. En este último evento el NCPP contempla algunas disposiciones que permiten inferir la forma cómo debemos tramitar el respectivo escrito. El estudio de esta situación lo realizaremos en el apartado siguiente.

Por tanto, ahora nos vamos a concentrar en la primera hipótesis mencionada, esto es, en aquellos casos en que la medida es requerida durante la etapa de investigación del procedimiento. Al respecto, el NCPP no contiene ninguna disposición que reglamente esta situación, por lo que una vez más debemos acudir a las normas sobre medidas prejudiciales del CPC y ver allí cómo se tramitan estas medidas. En este sentido, dentro del título IV del libro II existe un artículo que ha sido utilizado por la jurisprudencia y la doctrina chilena para establecer la manera en que se tramitan las medidas prejudiciales precautorias. El art. 289, último del título IV, señala al respecto: «Las diligencias expresadas en este título pueden decretarse sin audiencia de la persona en contra de quien se piden, salvo los casos en que expresamente se exige su intervención».

²⁰ Sobre este particular, Casarino observa que «se trata de una presunción legal establecida en beneficio de la persona en contra de quien se solicitaron estas medidas, y evitarle tener que rendir prueba dentro del pleito sobre indemnización de perjuicios, que podrá iniciar en contra del que pidió las medidas precautorias, acerca del dolo con que este último actuó en las gestiones respectivas». *Manual de derecho procesal*, t. III, Santiago, 1974, pág. 355.

A partir de este último precepto la doctrina²¹ y la jurisprudencia nacionales sostienen que las medidas prejudiciales precautorias se deben conceder de plano, sin intervención del sujeto pasivo de la misma. Así se ha resuelto que:

Las diligencias expresadas en este Título —dice el art. 289— pueden decretarse sin audiencia de la persona en contra de quien se piden, salvo los casos en que expresamente se exige su intervención. La realidad es que la intervención del afectado por las medidas prejudiciales se requiere legalmente en todos los casos en que no constituyen medidas precautorias, según aparece del propio texto de las disposiciones respectivas. En el caso preciso de las medidas prejudiciales precautorias, tratadas específicamente en los artículos 279 y 280, la mención del artículo 289, en cuanto dispone que las diligencias respectivas «pueden decretarse sin audiencia de la persona contra quien se piden», pasa a ser la forma lógica de su cumplimiento, toda vez que el mencionado art. 280 es lo suficientemente explícito en cuanto señala, como única gestión que debe cumplir el solicitante, la de presentar la demanda y pedir que se mantengan las medidas decretadas, sin agregar exigencia alguna en orden al conocimiento de la persona en contra de quien se pide la medida²².

Inclusive la doctrina y la jurisprudencia rechazan la posibilidad de que el sujeto en contra de quien se solicitó la medida pueda intervenir en este estadio procesal. Ni siquiera se le permite efectuar alguna diligencia en el cuaderno en que se tramita la medida²³. Por tanto, el derecho de oposición del futuro demandado queda diferido a aquel momento en que se le dé noticia de la medida ya concedida.

En este punto ha surgido un problema que la jurisprudencia ha resuelto aplicando el artículo 302 del CPC, ubicado en el título de las medidas precautorias. El art. 280 del CPC, tal como señala el fallo recién transcrito, impone la carga de presentar la demanda dentro de un determinado plazo. Pero no obliga a *notificar* la demanda en ese mismo término. Es por ello que una vez que se ha presentado la correspondiente demanda y el tribunal debe resolver sobre la mantención de la medida ahora como precautoria, se recurre al art. 302 del CPC. Este artículo permite al tribunal llevar a efecto dicha medida antes de notificar a la persona contra quien se dicta, pero impone la carga de notificar la medida en el plazo de cinco días o en el plazo superior que el tribunal señale. Así, se ha resuelto:

Que este *modus operandi* encuentra su explicación y justificación, precisamente por el hecho de que se trata de medidas precautorias concedidas anticipadamente, pero con la garantía requerida por el artículo 279, las cuales pasan a investir la función de precautorias ordinarias al pronunciarse el tribunal sobre su mantención cuando es proveída la demanda y debiendo, por lo mismo, ordenarse la formación del correspondiente cuaderno separado para los efectos del artículo 302. Es entonces y sólo a partir de ese momento, que es procedente la aplicación

²¹ Vid., por todos, Morales, *Explicaciones de derecho procesal*, Santiago (Chile), t. II, 1987, págs. 67-70.

²² *RDJ*, t. LXXXII, (1985), parte segunda, sec. 1a. págs. 24 y 25.

²³ Así se ha resuelto que «pudiendo el juez, como se ha dicho decretar las medidas prejudiciales precautorias, sin audiencia ni intervención del demandado, es obvio que su acción no puede ser entrabada por ninguna excepción dilatoria, ni aun por la de incompetencia del tribunal, excepciones todas que tendrán su oportunidad únicamente después de la notificación de la demanda». *RDJ*, t. XXV, (1928), parte segunda, sec. 2a., pág. 73.

de esta disposición legal, que presupone, en conformidad a las reglas generales, la notificación de la medida precautoria a la persona en contra quien se dicta, pudiendo excepcionalmente llevarse a efecto antes de la notificación, cuando el tribunal así lo dispone por existir motivos graves para ello [...]. Si la notificación no se realiza dentro del plazo de cinco días desde la fecha en que la medida precautoria se lleva a efecto, quedarán sin valor las diligencias practicadas. [...]. Se trata, pues, de un esquema perfectamente claro y coordinado, en que la medida precautoria aparece antes del juicio, con el debido respaldo requerido por el art. 279 y debiendo cumplirse fatalmente las obligaciones impuestas al solicitante por el art. 280. Seguidamente, cuando es presentada la demanda y es mantenida la medida prejudicialmente otorgada, ésta deviene en precautoria, rigiendo a su respecto la normativa procesal estatuida por el artículo 302²⁴.

Ahora bien, la pregunta que debemos formularnos es si esta manera de tramitar las medidas prejudiciales puede ser aplicada sin más a las medidas cautelares reales, y la respuesta parece ser negativa. Téngase presente que la lógica que está detrás de ambas situaciones es completamente distinta. En el caso de las medidas prejudiciales, si bien ellas pueden ser concedidas sin dar noticia al futuro demandado, el plazo que tiene el solicitante para notificar la medida, una vez que ha cumplido con la carga de presentar la demanda, es un plazo muy breve, cinco días por regla general. Por tanto, el tiempo de indefensión de quien soporta la medida prejudicial es reducido y una vez que le es notificada surge en toda su plenitud el derecho de oponerse a la misma. En cambio, tratándose de las medidas cautelares reales el plazo para presentar la demanda ha sido extendido por el inc. 2º del art. 157 del NCPP a un momento procesal que incluso puede tardar más de un año en llegar. Simplemente no se puede mantener en contra del imputado una medida cautelar por tan prolongado tiempo sin que él pueda manifestar su posición al respecto. Es cierto que en el NCPP expresamente se contempla el recurso de apelación en contra de la resolución que concede una medida cautelar real (art. 158), pero el problema se produce porque el afectado, por regla general, no tiene forma de saber de la existencia de esta medida. Esta situación se produce, por ejemplo, con la anotación en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de una prohibición de celebrar actos y contratos sobre un inmueble de propiedad del imputado.

De por sí las medidas cautelares civiles son fuente de grandes molestias y perjuicios en el patrimonio del sujeto que las padece. Si a esto agregamos el efecto sorpresa que acompaña a las medidas prejudiciales precautorias, los daños pueden ser muy considerables. Y si a lo anterior le añadimos que el derecho de defensa del imputado quedará en estado latente por un periodo más o menos prolongado de tiempo, la situación se torna sencillamente insoportable, y el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas se ven seriamente afectados.

Si el tribunal estima que la medida cautelar real debe ser concedida sin dar noticia al imputado, lo razonable es que junto con acceder a la solicitud aplique de inmediato el art. 302 del CPC, fijándole al solicitante, en la misma resolución que concedió la medida, un plazo de cinco días (o uno superior si hay motivos fundados) para notificar al imputado la medida. Una vez notificada surge el derecho de oposición del imputado y si éste se opone el tribunal deberá resolver, con los nuevos antecedentes aportados, si mantiene la medida o si, por el contrario, ordena su alzamiento. Inclusive debería

²⁴ *RDJ*, t. LXXXII, (1985), parte segunda, sec. 1a., pág. 25.

permitirse al imputado alzar la medida otorgando una caución suficiente de resultas (art. 301 del CPC). Bajo estas circunstancias sí tiene sentido el recurso de apelación que contempla el art. 158 del NCPP: «Serán apelables las resoluciones que negaren o dieran lugar a las medidas previstas en este título». Esta norma presupone precisamente que la medida ha sido notificada al imputado, y es aquí donde surge el derecho a apelar de la misma.

6. OPORTUNIDAD

El art. 157 del NCPP señala que durante la etapa de investigación podrá solicitarse por escrito una o más de las medidas precautorias previstas en el CPC. Como se aprecia, la oportunidad para pedir una medida cautelar real es bastante amplia, durante toda la etapa de investigación. Con todo, en seguida veremos que el fiscal debe previamente haber formalizado la investigación²⁵. En efecto, tratándose de la solicitud del ministerio público el inc. 2° del art. 230 señala lo siguiente: «Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiera realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados por la ley»²⁶. Queda claro, en consecuencia, que para que el ministerio público pueda demandar del juez de garantía una medida cautelar real, previamente debe haber formalizado la investigación. Por su parte, tratándose de la solicitud de la víctima el art. 157 debe armonizarse con el art. 61 del NCPP. Esta última disposición prescribe en su inciso 1°: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con posterioridad a la formalización de la investigación la víctima podrá preparar la demanda civil solicitando la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda, aplicándose, en tal caso, lo establecido en los artículos 183 y 184». Agrega de inmediato en el inc. 2°: «Asimismo, se podrá cautelar la demanda civil solicitando alguna de las medidas previstas en el art. 157».

Entiendo que este *asimismo* con el cual comienza el inc. 2° del art. 61 se interpreta en relación con el inc. 1° de la siguiente manera: «Asimismo, con posterioridad a la formalización de la investigación». En definitiva, tanto si el fiscal como la víctima desean pedir una medida cautelar real primeramente debe encontrarse formalizada la investigación. Finalmente, el inc. 2° del art. 157 señala que al deducir la demanda civil la víctima podrá solicitar que se decrete una o más de dichas medidas. La oportunidad para presentar la demanda civil es hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral (art. 60 en relación con el art. 261 ambos del NCPP). En este caso, la tramitación de una medida cautelar real es mucho más simple. Junto con la demanda se debe pedir por escrito la concesión de una o más medidas cautelares. Esta petición se notifica al acusado a más tardar diez antes de la realización de la audiencia de preparación del juicio oral (art. 262). El acusado, hasta la víspera del inicio de esta audiencia, por escrito o al inicio de dicha audiencia, verbalmente, puede oponerse a la concesión de la o las medidas requeridas (art. 62 en relación con los arts. 263 y 268,

²⁵ Como sabemos, la formalización de la investigación no es más que la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, frente al juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados (art. 229 NCPP).

²⁶ (El destacado es mío). Sobre los casos en que la ley expresamente exceptúa esta formalización vid. art. 236 del NCPP en relación con el art. 9 del mismo código. Dejo planteada la inquietud si entre las diligencias referidas en los arts. 236 y 9 del NCPP se pueden incluir las medidas cautelares reales.

todos del NCPP). En este evento, la solicitud de medidas cautelares reales se resuelve después que ha fracasado el llamado de conciliación que el juez debe realizar en la audiencia de preparación del juicio oral (art. 273 del NCPP).

CONCLUSIÓN

La regulación de las medidas cautelares reales muestra que en esta materia se actuó más bien con ligereza. La remisión efectuada a las medidas precautorias del título V, del libro II del CPC si bien es genérica es a la vez incompleta. En efecto, el NCPP sólo alude a las medidas autorizadas en el mencionado título V y no a la reglamentación que allí se contiene. Tratándose de esta situación sabemos que el NCPP se remitió al título IV del libro II del CPC, esto es, a la regulación de las medidas prejudiciales, lo cual, me temo, va a generar muchos problemas en la tramitación de estas medidas y en su adaptación a la estructura del nuevo proceso penal chileno.