

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL
DERECHO DE LA TUTELA CAUTELAR
EN LA LEGISLACIÓN CIVIL EN CHILE*
THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW OF PRECAUTIONARY
MEASURES IN CHILEAN CIVIL LEGISLATION
ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT DES MESURES DE
PRECAUTION EN DROIT CIVIL AU CHILI

NICOLÁS CARRASCO DELGADO**

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre el Análisis Económico del Derecho de las medidas cautelares. Al respecto, postula un modelo que combina tanto el régimen de responsabilidad como el control judicial. Se sostiene la plena procedencia de la propuesta desde el debido proceso legal, como asimismo, desde la eficiencia. Dicho modelo se concretiza en una regulación de las medidas cautelares para el proceso civil.

PALABRAS CLAVE: Análisis Económico del Derecho – Derecho Procesal – Medidas Cautelares.

ABSTRACT

This paper deals with the economic analysis of law of precautionary measures. In this regard, proposes a model that combines both the liability regime and judicial control. It supports the full merits of the proposal in due process, as well as from efficiency. This model takes shape in a regulation of the precautionary measures for the civil process.

KEY WORDS: Economic Analysis of Law – Procedural Law – Preventive Measures.

RÉSUMÉ

Cet article traite de le analyse économique de droit des mesures de précaution. À cet égard, elle postule un modèle qui combine le régime de responsabilité et le contrôle juridictionnel. Il prend en charge le bien-fondé application régulière de la loi et l'efficacité dans le modele. Ce modèle est inscrit dans un règlement des mesures de précaution pour la procédure civile.

MOTS CLÉS: Analyse Économique du Droit – Droit procédural – Mesures de précaution

* El artículo fue aprobado para su publicación el 14 de septiembre de 2012.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Diplomado en Reforma Procesal Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención en Derecho Económico, Universidad de Chile.

1. ASPECTOS GENERALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO, Y LA PROBLEMÁTICA ACERCA DE SU APLICACIÓN
COMO CRITERIO NORMATIVO DE DECISIÓN JURISDICCIONAL

1.1. El análisis económico del Derecho

Desde hace siglos podemos encontrar vestigios de vinculación entre Derecho y Economía. Incluso desde la filosofía, autores de escuelas distintas, en los múltiples aspectos que trataron, señalaron formas de entender el Derecho aplicando un sentido común económico, surgido desde la idea básica de la existencia de necesidades ilimitadas a ser satisfechas por recursos escasos¹. La historia de la filosofía liberal, también aporta ejemplos, acerca de las relaciones que se vienen comentando. Dicha forma de explicar el Derecho desde la economía, aparece en Smith en múltiples aspectos². Una misma forma de Análisis Económico sobre aspectos jurídicos es posible constatar en Jeremy Bentham, en su libro *An Introducción to the Principles of Morals and Legislation*³, cuando en su capítulo XIV, trata sobre la función preventiva de la ley como una manera de inducir a los individuos a conductas eficientes generadoras de valor⁴⁻⁵. Lo anterior demuestra que la vinculación entre Derecho y Economía no es nueva, ni surge de la Escuela de Chicago⁶, sino que deriva de la interrelación existente entre dos ciencias sociales que tienen un objeto común de estudio: la conducta del hombre. Ahora bien, la conceptualización sobre dicha conducta, sostiene que el hombre actúa como un ser generalmente racional, lo que significa que se desenvuelve, de conformidad a la experiencia, en busca de su

¹ Cf. ARISTÓTELES (2000). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Ediciones Mestas, p. 123; EPICURO (2000). “Máximas Capitales. D. L., X, 35”. En: *Sobre la Felicidad*, GARCÍA GUAL, Carlos (Dir.), Madrid: Editorial Debate, p. 96.

² SMITH, Adam (2005). *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, pp. 636 y 762.

³ BENTHAM, Jeremy (2000). *An Introducción to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, pp. 140-147. Si seguimos la clasificación de L.A. Kornhauser, acerca de las cuatro tesis del análisis económico del derecho (L.A. KORHAUSER (1985). “L’analyse économique du droit”. *Revue de Synthèse Philosophie et épistémologie juridiques*, pp. 313-330), tendríamos que concluir que Bentham se enmarca dentro de la tesis behaviorista, que sostiene que la teoría macroeconómica es valiosa a los efectos de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas. Ver también: MORESO, José Juan (1992). *La teoría del Derecho de Bentham*. Barcelona: PPU, p. 345.

⁴ Es importante señalar que Jeremy Bentham no sólo trató aspectos de naturaleza económica vinculados con el derecho penal, sino que también apreciamos importantes contribuciones en el ámbito del derecho civil MORESO (1992), p. 349. Incluso su contribución abarca el derecho procesal, existiendo importantes estudios acerca del análisis de la prueba judicial, ver: BENTHAM, Jeremy (1843). *Introductory View of the Rationale of Evidence*. Bowring, vi, pp. 1-187.

⁵ De hecho, si consideramos uno de los postulados paradigmáticos del Análisis Económico del Derecho, referido a que el hombre es un individuo racional que se comporta maximizando su bienestar, tendremos que aceptar que el mismo Bentham, defendía el principio que denominada: *self-preference*, según el cual todos los hombres persiguen su propio interés, que corresponde al sentido normativo del principio de utilidad.

⁶ VELJANOVSKI, Cento (2006). *Economía del Derecho*. DE LA MAZA, Íñigo y MERY, Rafael (Trads.), Santiago: Ediciones Diego Portales, pp. 31-32.

particular interés. Así, basta entender la racionalidad en un sentido *débil*, en cuanto a que la conducta de los sujetos es de alguna manera predecible, y que ellos optan, la mayoría de las veces por aquello que más desean⁷.

De la mencionada mixtura, podemos concluir una segunda idea, en el sentido que el análisis económico del derecho no es solamente la aproximación económica al Derecho, porque hemos visto que ello ha ocurrido desde la antigüedad. Sino que la novedad del Análisis Económico del Derecho, se debe a que introduce la técnica económica moderna al estudio del Derecho, pretendiendo dotar a éste de eficiencia, y de una mirada consecuencialista, desde su perspectiva normativa⁸. La consecuencia de ello, es el tránsito desde la intuición económica del problema jurídico, hacia el Análisis Económico del Derecho⁹. Por lo mismo, no resulta aceptable hoy en día, explicar la procedencia del análisis económico del derecho, en países ajenos a la tradición que permitió su origen, sobre la base de una reminiscencia al sentido común económico, ni tampoco, en una aprobación de parte de los codificadores patrios de la necesidad de avanzar hacia la inter-disciplina, toda vez que ello nos sitúa con anterioridad al surgimiento del *law and economics*, y de sus instrumentos de análisis¹⁰.

Con todo, el problema es que en dicho marco de acción de los operadores jurídicos, la eficiencia que pretende ser alcanzada y explicada con instrumentos analíticos de la Economía no encuentra su cabida de manera inmediata. Dicho problema, se hace más irresoluto, cuando ni las decisiones de los órganos que aplican el Derecho (tribunales), deben considerar la eficiencia de la norma, ni dicho objetivo debe ser aplicado en cada caso con miras a obtener una eficiente asignación de recursos en casos futuros, sobre la base de que dicha decisión será considerada como un precio por sujetos racionales, y por lo tanto, interiorizando las consecuencias de dicho fallo. En este punto, tenemos que el sustrato común del hombre como ser racional, y auto-interesado, muestra sus diferencias en lo que respecta al proceder de la ciencia jurídica, y al proceder de la ciencia económica aplicada al Derecho. En efecto, respecto de esta última ya no basta con una racionalidad en un sentido débil, toda vez que, lo que busca el análisis económico del

⁷ Si lo anterior no fuese así, entonces, no sería posible estructurar una faz preventiva del Derecho Penal, ni sería justificable jurídicamente la protección del incapaz, porque en todos dichos casos, los incentivos no encontrarían respuestas en seres movidos por componentes predecibles.

⁸ PAOLANTONIO, Martín Esteban (2006). "El análisis económico del derecho y la estructura societaria". En: *Análisis Económico del Derecho*, KLUGER, Viviana (Coord.), Buenos Aires: Editorial Heliasta, p. 202.

⁹ Así, hoy en día el Análisis Económico del Derecho, si bien reconoce un origen impropio en dichas expresiones de sentido común, resulta forzoso concluir que sus inicios se encuentran vinculados con la economía moderna.

¹⁰ Es así como debemos rechazar intentos, como los efectuados por Santiago Montt, cuando pretende fundar su argumento a favor del *law and economics* en nuestro país, en base a la importancia que asignaba Bello al estudio de la economía en la formación del abogado. MONTT OYARZÚN, Santiago (2004). "Law & Economics: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos". *Revista de Derechos y Humanidades*, N° 10, pp. 74-75.

derecho es obtener una hipótesis, que permita resolver de la misma forma casos con idénticos fundamentos, en el futuro¹¹. La racionalidad que la ciencia económica en el Derecho busca imprimir a la regla, se basa en un criterio de eficiencia, que no siempre se encuentra presente en los orígenes o fundamentos de la norma, por lo que hace difícil su utilización. Una mirada consecuencialista de la decisión no resultaría aceptable cuando los operadores jurídicos se interesan en la justicia del caso concreto, con prescindencia que el sustrato de hecho que fundamenta el caso, ya ha generado costes imposibles de recuperar, y en donde la única posibilidad de obtención de eficiencia, se traduce en la forma en cómo el adjudicador (juez) puede generar incentivos en casos futuros.

1.2. *Análisis Económico del Derecho normativo y positivo*

La pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿De qué manera se afecta el comportamiento humano con la promulgación de una norma jurídica determinada?, va a producir una respuesta distinta a la pregunta: ¿Por qué resulta preferible un conjunto normativo que promueve la eficiencia, a otro que no? En efecto, la respuesta a la primera pregunta, supone que los sujetos actúan como entes que tienden a maximizar sus beneficios, de manera que considerarán la norma jurídica promulgada, como un precio implícito en la toma de sus decisiones¹². Lo anterior constituye el objeto del Análisis Económico del Derecho positivo. Por su parte, la respuesta a la segunda pregunta, busca generar un cambio normativo, sobre la base de una premisa de eficiencia en la asignación de los recursos. Ello supone, evidentemente, efectuar un juicio de valor acerca de la preeminencia de la eficiencia como criterio que debe orientar la legislación. Importa que se valore la eficiencia (como premisa que subyace a la ley), de mejor manera que otras premisas, como por ejemplo, la equidad. Lo anterior constituye el objeto del Análisis Económico normativo.

Considerando lo anterior, podemos definir ambas perspectivas de la siguiente forma, a saber: El Análisis Económico del Derecho positivo, pone énfasis en la descripción y explicación del contenido de un conjunto normativo o de prácticas contractuales. Por su parte, el Análisis Económico del Derecho normativo, tiene como tarea determinar cómo el ordenamiento jurídico puede ser utilizado para obtener determinar fines, tales como, la prevención de conductas indeseadas o ineficientes, desde la óptica de la economía¹³. En otras palabras, el análisis positivo, describe la situación tal cual es, en cambio, el examen normativa prescribe cómo debe ser dicha situación.

¹¹ SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus (1991). *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, pp. 31-35.

¹² COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1998). *Derecho y Economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, p. 14.

¹³ PAOLANTONIO (2006), p. 207.

1.3. Los Aportes de la Economía al Derecho

La economía ha aportado al Derecho teorías matemáticamente precisas (econometría), y métodos empíricamente razonables (la estadística) para analizar los efectos de las leyes (precios) sobre el comportamiento. Al respecto, el Análisis Económico del Derecho recibe dichos aportes y se desarrolla sobre presupuestos económicos. Así, sus tres premisas básicas son¹⁴: (a) Los agentes económicos persiguen como objetivo aumentar su beneficio (maximización de utilidad); (b) Los agentes económicos actúan racionalmente lo que permite predecir su comportamiento ante cambios en el ordenamiento jurídico, y (c) El conjunto de las preferencias de los agentes económicos es estable, transitiva y libre de contradicción.

Más allá de las variadas críticas que dichas premisas generan¹⁵, debemos señalar que la objeción más típica al mencionado enfoque es su reduccionismo, en el sentido que los supuestos de racionalidad explicados, sólo constituirían abstracciones básicas no replicables en la realidad¹⁶. Con todo, un aporte esencial del Análisis Económico, es la constatación que toda decisión humana genera un problema dual, en cuanto a producir un costo y un beneficio. La contribución en ese sentido, proviene de Ronald Coase, quien en su publicación de 1960 en *The Journal of Law and Economics* de la Universidad de Chicago, titulada: “El problema del costo social”, dejó en claro que toda decisión jurídica de asignación de derechos significa un problema dual, ya que al beneficiar a A, se está perjudicando a B, frente a lo cual, y con miras a evitar el mal mayor, debe decidirse si se permite que A dañe a B, o bien que B dañe a A¹⁷. Ronald Coase elabora una pauta de elección social para el juez: Dicha decisión debe tender a la reducción de los costos a fin de propender a la eficiencia, ya que la alternativa menos cara resulta la que genera mayor beneficio social. Lo que se plantea, en consecuencia, resulta ser un problema en donde se vinculan dos extremos. Por una parte, los objetivos sociales, y por otro, las preferencias individuales. La manera de esclarecer cómo dichos objetivos

¹⁴ PAOLANTONIO (2006), pp. 203-204.

¹⁵ SINGER, Joseph William (1984). “The Placer and the Cards: Nihilism and Legal Theory”. *Yale Law Journal*, N° 94, pp. 98-100; CALABRESI, Guido (1984). *El coste de los Accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. BISBAL, Joaquín (Trad.), Barcelona: Editorial Ariel, p. 349; DEMSETZ, Harold (1964). “The Exchanges and Enforcement of Property Right”. *Journal of Law and Economics*, Vol. 7, pp. 11-26; CABANELLAS, Guillermo (2006). “El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos”. *Análisis Económico del Derecho*, KLUGER, Viviana (Coord.), Buenos Aires: Editorial Heliasta, p. 32; TORRES LÓPEZ, Juan (1987). *Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 42; y POLINSKY, A. Mitchell (1985). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. ÁLVAREZ FLORES, J.M. (Trad.), Barcelona: Editorial Ariel, p. 140.

¹⁶ BARROS BOURIE, Enrique (2008). “La responsabilidad civil como derecho privado”. *Revista de Estudios Públicos*, Primavera 2008, N° 112, p. 332.

¹⁷ Sobre la naturaleza dual de las decisiones jurídicas y económicas, ver: COASE, Ronald (1992). “El problema del Costo Social”. *Revista de Estudios Públicos*, N° 45, p. 3. BEYER BURGOS, Harald (1992). “Ronald Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho”. *Revista de Estudios Públicos*, Verano 1992, N° 45, p. 12.

y preferencias van a jugar en definitiva, viene dada por la eficiencia. En efecto, en miras a ella, se decide un problema particular, pretendiendo resolver un asunto que compete a toda la comunidad, ya que por medio de la sentencia se buscará alcanzar mayores niveles de bienestar social. No por nada, el acto de adjudicación de derechos, debe tender a constituirse en la manifestación, por antonomasia, de la perspectiva normativa del Análisis Económico del Derecho. Ahora bien, la idea de Coase, en cuanto a pretender centrar en la eficiencia el criterio en base al cual debe ser fallado un asunto, resulta ser conflictivo, porque no existe un único concepto de eficiencia¹⁸. Adicionalmente, dicho parámetro de elección social si es que llegase a ser conceptualizado de una manera uniforme, es impuesto por un órgano jurisdiccional, y envuelve, en el fondo, un juicio de valor, que le da preeminencia sobre otros parámetros (justicia o equidad). Entonces: ¿Por qué la eficiencia tendría mayor valor que la justicia?¹⁹.

Con todo, dicha forma de razonamiento jurídico resulta adaptable en países del *common law*, en donde existe la pretensión que el precedente tiene propiedades economizadoras, en cuanto a tender, por su configuración, a mayores niveles de eficiencia²⁰⁻²¹. La duda, entonces, surge: ¿Puede un juez en un sistema del *civil law* efectuar un análisis de las consecuencias de su fallo, aplicando en un caso concreto, la faz normativa del Análisis Económico del Derecho?

Dicha pregunta resulta completamente válida, porque en la mayoría de los Estados de Europa (con exclusión de Inglaterra) y de América Latina, se ha desarrollado, desde hace siglos, con prescindencia de la eficiencia, una doctrina iusprivatista que

¹⁸ Así, existe una eficiencia en el intercambio, expresada en la idea de conmutatividad y de beneficio económico recíproco de los agentes. Por otro lado, es posible hablar de una eficiencia en la producción, cuando dada cierta combinación de factores productivos es posible obtener una mayor generación de bienes y/o servicios, considerando al efecto, la Frontera de Posibilidades de Producción, y la Ley de los Rendimientos Marginales Físicos Decrecientes. Por último, es posible entender la eficiencia desde la perspectiva del consumidor.

¹⁹ Pretendiendo superar estas dificultades Vilfredo Pareto buscó generar una teoría de decisiones sociales al margen de los juicios de valor, por medio de la unanimidad en la toma de opciones. Sin embargo, como la adjudicación en base a la eficiencia, significa una imposición de un tercero (juez), no existe forma de suponer que dicha imposición goza de unanimidad en quienes soportan la decisión, toda vez que existen supuestos en donde la adjudicación es contrapuesta a los intereses de los perjudicados por ella (por lo tanto, no existirá acuerdo respecto de dicho sujeto). Si eso es así, entonces, se genera un juicio de valor implícito a favor de la eficiencia, lo que supone contradecir la neutralidad que sirve de fundamento a su configuración (Ver: PARETO, Vilfredo (1954). *Manual de Economía Política*. CABANELLAS, Guillermo (Trad.), Buenos Aires: Editorial Atalaya, p. 527; PARETO, Vilfredo (1987). *Escritos sociológicos*. MORÁN, María Luz (Trad.), Madrid: Editorial Alianza, p. 395).

²⁰ Una posición contraria, manifiesta Jeremy Bentham, quien proponía la codificación del Derecho porque, a su juicio, en el ámbito del Common Law, los jueces actuaban con plena discrecionalidad en una situación de mínima claridad y de total incertidumbre. Por el contrario, de acuerdo a Posner, un mínimo de reglamentación legislativa es necesaria para garantizar la economía del mercado, y por tanto, el sistema de Derecho judicial tiende hacia la maximización del bienestar.

²¹ Por medio de la depreciación de las leyes deficientes y por la reducción de los costos del sistema procesal. POSNER, Richard (1992). *El análisis económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, p. 514.

pretendió desde sus orígenes, explicar y sistematizar las reglas del Derecho Romano. Dicha tarea, culminó con el proceso de codificación correspondiendo al juez exponer el sentido de las normas, por medio de su interpretación y aplicación al caso concreto. De esta forma, si un juez en el sistema continental de base romanista, tiene la posibilidad de optar por la eficiencia²² al valorar las consecuencias alternativas que puede generar su decisión, entonces, tendría el ámbito de competencia suficiente para poder aplicar, en su tarea de resolución de escenarios de elección social, la perspectiva normativa del *law and economics*. Con todo, la posibilidad del juez de tomar una decisión que signifique otorgar incentivos e información a los individuos para que en casos futuros puedan ajustar su conducta a reglas claras y definidas en precedentes asentados en razón de criterios que incluyan razonamientos económicos, más que centrar su atención a las repercusiones que puede tener la sentencia, en el bienestar de las partes, resulta completamente alejada de la manera como Andrés Bello entendió la labor del juez²³. Pero no sólo eso, la opción por cercenar los ámbitos de decisión del juez, e impedir una valoración de las consecuencias de sus resoluciones, no constituye la base de una posición dogmática de antaño, sino que existe actualmente una fuerte tendencia doctrinal basada en la consideración del poder judicial como un poder nulo e invisible²⁴, que insiste en la correcta adecuación del estatuto normativo al caso concreto, lo que impide cualquier alternativa consecuencialista en la formación del Derecho vía judicial.

De esta forma, y considerando las limitaciones anteriores, podemos concluir que el Análisis Económico del Derecho solamente puede servir como pauta de evaluación, en nuestro país, en los siguientes ámbitos: (a) *De lege ferenda*: Esto es, los instrumentos de la economía del Derecho, pueden introducir grandes avances en el estudio y examen de la normativa tendiente a un cambio de ella, hacia fines o criterios de eficiencia; (b) Normativas específicas provenientes de la descodificación: Como ocurre con la legislación de Quiebras²⁵.

²² Una posición contraria sostiene Bentham ya que para él, un juez se debe comportar como un utilitarista de la regla, en virtud del cual, debe aplicar las leyes maximizadoras de bienestar emitidas por un legislador utilitario, aunque en un caso concreto, ello signifique no incrementar ni maximizar la felicidad, ello porque de acuerdo a la máxima de Bentham el juez siempre debe aplicar las leyes emitidas por el legislador. Desde este punto de vista, e impidiendo que la judicatura se comporte como un utilitarista del acto, Bentham estaría cerrando la puerta a una aplicación inmediata de criterios de eficiencia donde el legislador no lo haya contemplado. Así: MORESO (1992), p. 360. Una posición contraria sostiene: POSTEMA, Gerald (1986). *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press, p. 430.

²³ Artículo 3° inciso 2° del Código Civil.

²⁴ Ver: ATRIA LEMAITRE, Fernando (2005). "Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo". *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 5; y ATRIA LEMAITRE, Fernando (2007). "La improbabilidad de la Jurisdicción. La Judicatura como organización". *Expansiva*, Santiago, N° 44.

²⁵ En cuya evolución se ha pasado desde el objetivo de liquidación del activo del fallido, hacia la continuación de la empresa en insolvencia, en aquellos casos, en donde, la permanencia de la actividad económica, se justifica en razón de ciertas variables económicas, como es el caso de las empresas en crisis viables.

Lo señalado anteriormente, en cuanto a la aplicación del Análisis Económico del Derecho normativo en nuestro sistema jurídico de fuente romanista, es con prescindencia de la cuestión de si el Derecho (y la adjudicación en el ámbito judicial) lleva implícito, desde una mirada económica, un fin distinto de la eficiencia. Ello, porque si los criterios de eficiencia no soportan, para su validez, opciones distintas del mercado, y una de esas segundas opciones lo constituye el Derecho, entonces, la posibilidad de corrección de las fallas del mercado no sería posible por parte del sistema jurídico, ni menos en razón de una aplicación normativa del análisis económico del derecho y, en consecuencia, habría que aceptar la inviabilidad del modelo en múltiples casos²⁶.

2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LA TUTELA PROVISIONAL

2.1. Análisis económico del Derecho Procesal

De acuerdo a la literatura del Análisis Económico del Derecho Procesal los objetivos que debe buscarse en dicha área jurídica involucra la reducción de dos clases de costes, a saber: La reducción de los costos del sistema judicial y la reducción de los costos del error²⁷. Desde dicha perspectiva, una solución eficiente sería aquella que ponderara ambas clases de costes, ya que de dicha manera se obtendría una respuesta óptima. Por otro lado, las exigencias del debido proceso legal, constituyen resguardos que no pueden ser soslayados²⁸, y que indudablemente imponen trámites, diligencias o etapas procesales de carácter formal que acrecientan la inversión en justicia. En este mismo sentido, el proceso es visualizado como mecanismo de adjudicación razonada en virtud de un discurso de adecuación²⁹, por lo que la respuesta judicial va asociada a la idea de legitimidad del procedimiento³⁰, lo que comparativamente resulta más caro que un proceso entendido como simple mecanismo de resolución de conflictos. Por lo mismo, podríamos pensar que los objetivos del Análisis Económico del Derecho Procesal resultan ajenos y opuestos a las exigencias que hemos señalado en el párrafo anterior. Sin embargo, ello no es así, por ejemplo, Richard Posner, quien implícitamente analiza este problema, consagra una fórmula matemática,

²⁶ TORRES LÓPEZ (1987), p. 35. El Derecho, así, llevaría implícita una lógica racional distinta, que no podría ser mejorada por la elección de la mejor alternativa en cuestión (aquella basada en la eficiencia).

²⁷ COOTER y ULEN (1998), pp. 530-532; y POSNER (1992), pp. 549-551.

²⁸ COOTER y ULEN (1998), p. 483. Para un mayor análisis de esta materia, ver: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Santiago: Editorial Librotecnia, pp. 42-56.

²⁹ Cf. NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2008). "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo". *Revista Ius et Praxis*, N° 14, pp. 101-102.

³⁰ Ver: TARUFFO, Michele (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, p. 425.

tendiente a determinar cuándo se niega el debido proceso a un ciudadano que exige acceso a la justicia, señalando en tal sentido que:

“En los términos de la fórmula de Hand³¹, se niega el proceso debido cuando $B < PL$ donde B es el costo de la salvaguarda procesal, P es la probabilidad de error si se niega la salvaguarda, y L es la magnitud de la pérdida si se materializa el error”³².

Aplicando dicha fórmula a la materia aquí tratada, se llega a la conclusión de que se respeta el debido proceso, en materia de acceso a la justicia, si es el caso que un Tribunal se niega a dar una audiencia a un sujeto (derecho a ser oído) en el evento que el costo del respeto de la garantía sea mayor que la probabilidad del error si se niega la salvaguarda, multiplicado por la entidad de la pérdida si se materializa el error. Si se produce el caso contrario, entonces, debe concederse al ciudadano el derecho a ser oído por el órgano jurisdiccional. A partir del examen de la fórmula mencionada, y que materializa las exigencias y propósitos del Análisis Económico del Derecho, podríamos concluir que en su formulación se ponderan debidamente los intereses involucrados en el resguardo del debido proceso, así como los criterios tendientes a la minimización de los costes sociales, por lo que la contradicción intuitiva antes indicada, no sería tal.

2.2. Las medidas cautelares desde la perspectiva del análisis económico del Derecho

Sin pretender dar un concepto de tutela provisional, podemos señalar que la finalidad de la tutela provisional es la de un actuar temprano dentro del proceso, de forma que el plazo necesario para el reconocimiento definitivo del derecho, no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho, haciendo nula la posibilidad de su ejercicio. En tal sentido, en el ámbito procesal civil la tutela provisional tiene (en teoría) una extensión tan amplia como sea posible imaginar, refiriéndose: A todo medio de salvaguarda de dicha tutela definitiva dentro del curso del proceso. La tutela cautelar opera bajo las exigencias del tiempo. Por lo mismo, y frente a la tardanza de los procesos judiciales, la cautela constituye un instrumento a fin de afrontar la demora del proceso. Sin embargo, la expansión de la tutela cautelar en sus ámbitos de aplicación ha significado, por contrapartida, la afectación de exigencias del debido proceso, tales como el derecho a la igualdad procesal y la bilateralidad de la audiencia. Se genera así, una verdadera

³¹ La famosa fórmula Hand, fue creada por el juez federal norteamericano don Learned Hand, a raíz de su participación en el caso Estados Unidos contra Carroll Towing Co. (United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947). Es importante señala que la fórmula Hand, utilizada en materia de responsabilidad civil, pretende determinar cuándo una conducta es negligente, afirmando dicha imprudencia, si la acción se lleva a cabo, en supuestos en que el gasto de previsión (Gp) es menor que daño previsto (D) multiplicado por la probabilidad que ello ocurra (P). Dicha función se expresa como sigue: $Gp < D \times P$ (SCHAFER y OTT (1991), pp.109-111).

³² POSNER (1992), p. 520.

paradoja de garantías³³, que manifiesta la existencia de intereses contrapuestos que, por una parte, exige celeridad cautelar, y por la otra, impone el respeto a ciertas ritualidades que favorecen el debido proceso.

Una de las maneras de poner fin a dicha paradoja, viene dada por el Análisis Económico del Derecho Procesal, materializada en la denominada propuesta Posner-Leubsdorf³⁴, la que otorga un sentido económico al parámetro de los cuatro factores desarrollado en la legislación norteamericana³⁵, en relación a las medidas cautelares. Dicha fórmula se expresa como sigue:

$$P(D te) > (1-P) Ddo^{36}.$$

De acuerdo a ella, debería concederse la prohibición preliminar, sí y solo sí, la proporción de las probabilidades de triunfo del demandante respecto de las del demandado supera la proporción del daño irreparable del demandado respecto del daño irreparable del demandante³⁷. Es importante hacer presente que se contempla en la fórmula analizada un aspecto descuidado en las legislaciones de origen continental, cual es, el daño esperado que se producirá al demandado al concederse la tutela provisional, con ello se pretende equilibrar los intereses contrapuestos, sobre el entendido económico que toda decisión genera costes/beneficios. Dichos daños se caracterizan porque no pueden ser reducidos a 0, por lo mismo, debe alcanzarse para los efectos de minimizar los costos involucrados, un óptimo de prevención de daños, el que estará dado por aquel nivel de detrimento esperados para el demandado que no supere el valor del daño probable para el demandante, de no concederse la tutela provisional, multiplicado por la probabilidad para el actor de obtener una sentencia favorable. Dicho óptimo de prevención (como es posible de observar), se encuentra implícito en la aplicación de la fórmula estudia-

³³ RAMOS ROMEU, Francisco (2006). *Las Medidas Cautelares Civiles. Análisis Jurídico-Económico*. Barcelona: Editorial Atelier, p. 629.

³⁴ Ver: LEUBSDORF, John (1978). "The Standard for Preliminary Injunctions". *Harvard Law Review*, N° 91, p. 525; Roland Machinery Co vs. Dresser Industries Inc. 749, f. 2D (7o. Cir. 1984), p. 7, y POSNER (1992), p. 520.

³⁵ Los cuatro factores a considerar para conceder una medida cautelar en la legislación norteamericana son: (a) La existencia de un riesgo de daño irreparable para el demandante de no adoptarse la tutela provisional (*the threat of irreparable harm to the Plaintiffs*); (b) La probabilidad que el demandante obtenga un resultado favorable en el juicio (*the probability that the Plaintiffs will succeed on the merits*); (c) La comparación del riesgo de daño irreparable del demandante, con aquel riesgo de daño que la concesión de la medida cautelar ocasionará en las otras partes del juicio, y especialmente, en el demandado (*the state of the balance between this harm and the injury that granting the injunction will inflict on other parties*), y (d) la existencia de un interés público (*whether it is in the public interest*. Ver: WOLF, Arthur (1984). "Preliminary Injunctions". *Western New England Law Review*, N° 7, p. 228.

³⁶ Donde P es la probabilidad de que el demandante gane en el juicio, y por tanto (1-P) es la probabilidad de que el demandado gane. Dte es el daño irreparable que sufrirá el demandante si no se otorga la medida cautelar, y Ddo, es el daño irreparable que sufrirá el demandado si se otorga la tutela provisional.

³⁷ POSNER (1992), p. 520.

da, de manera que el juez al decidir si conceder o no una tutela provisional estará aplicando derechamente criterios de eficiencia³⁸.

Sin embargo, la mencionada propuesta parte de premisas que necesitan ser explicitadas a fin de que se logre el objetivo buscado. En efecto, en el marco del parámetro propuesto, se supone que una concesión errónea de una medida cautelar va a generar perjuicios a la demandada, y que en algún momento posterior, dichos daños deben ser trasladados a quien deba soportarlos, en el evento que el demandado obtenga un resultado favorable. Por lo mismo, el régimen de responsabilidad va asociado ineludiblemente a la propuesta referida, ya que con su establecimiento se trasladan los perjuicios de la parte que los sufre a quien deba, en definitiva, soportarlos (esto es, el demandante pernicioso). No obstante ello, el criterio Posner-Leubsdorf nada dice al respecto. Adicionalmente, la fórmula mencionada guarda culpable silencio acerca de uno de los costes más relevantes asociados a la concesión de una medida cautelar: los costes sociales. En esta materia, ellos se materializan como daños sufridos por terceros, o por el sistema judicial, que no son posibles de ser trasladados en el marco de un procedimiento tendiente a la determinación de la responsabilidad del causante del perjuicio. Así, también, existen una serie de costos (*A direct net loss of social welfare*) que no pueden, siquiera, dar lugar a transferencias entre las partes, por lo que incluso cualquier mecanismo de responsabilidad resulta insuficiente³⁹. Con todo, dichos costes existen, y si se pretende considerar en el equilibrio de eficiencia implícito en la fórmula referida la totalidad de los costes/beneficios que la medida cautelar produce, ellos deben encontrar una cabida, por medio de una variable sujeta a control judicial. Por lo mismo, podemos reformular la propuesta Posner-Leubsdorf, como sigue:

$$P(D_{te}) > (1-P)D_{do} + P(D_{ter}).$$

En donde se agrega como variable a considerar el daño que la medida cautelar produce en terceros (D_{ter}), el que también es probabilístico (P), ya que no toda tutela provisional va asociada al mismo. El gran aporte de la fórmula mencionada, lo constituye el hecho de consagrar el daño probable que la medida produce en el demandado, ya que el interés de dicha parte, en cuanto al perjuicio consecuente a la adopción de una medida cautelar, no encuentra reconocimiento en nuestra legislación⁴⁰. Sin embargo, todos los análisis, criterios y correcciones de parámetros

³⁸ De hecho, la defensa frente a los anti-bienes (daños) sólo es eficiente en la medida que la pérdida de utilidad necesaria para defenderse de los mismos sea inferior a la utilidad de reducirlos. Dicha enunciación de eficiencia y de gastos óptimos de prevención se encuentra implícita en la fórmula estudiada, no siendo ésta sino una aplicación particular de aquélla.

³⁹ GRISSKOPF, Ofer, y MEDINA, Barak (2008). *Repairing (the Doctrine of) Irreparable Harm: Economic Analysis of Preliminary Injunctions*, p. 2. Disponible en: <http://works.bepress.com/barak_medina/6> [consulta: 3 junio 2011].

⁴⁰ Algunos autores, como Juan Carlos Marín González (MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2002). *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado)*. Santiago: Editorial Jurídica

que se han desarrollado hasta el momento, olvidan el estudio complementario de los mecanismos de mitigación de daños y regímenes de responsabilidad, que complementan la funcionalidad de las fórmulas estudiadas y que, en su conjunto, propugnan hacia la consecución de los fines procesales del Análisis Económico del Derecho. En efecto, los remedios tendientes a aminorar los daños causados por las medidas cautelares, coadyuvan a la finalidad de minimizar el daño irreparable⁴¹.

2.3. La propuesta de análisis económico del Derecho de Francisco Ramos Romeu

El profesor español Francisco Ramos Romeu, ha efectuado una propuesta de medidas cautelares, que pretende enfocar la cuestión ya no sólo desde el prisma del control judicial, sino que también desde el régimen de responsabilidad, de forma de complementar los diversos instrumentos involucrados en las medidas cautelares. La tesis central del autor es que la eficacia de las medidas cautelares tanto en el *civil law* como en el *common law* se ve gravemente afectada por la trascendencia que se le da al control judicial de las solicitudes de medidas cautelares a efectos de filtrar medidas no óptimas, en desmedro y a expensas de otros mecanismos, como lo constituye el régimen de responsabilidad. Asimismo, el autor señala que el control judicial tendería a ser redundante y llevaría a una sobreprotección del demandado⁴². Para llegar a tal conclusión, el autor señala que la teoría del Análisis Económico del Derecho sobre la materia, nada expresa acerca del régimen de responsabilidad, o bien, nada cuestiona acerca de las bondades de un control judicial exclusivo acerca de la procedencia de la tutela cautelar. Ahora bien, a efecto de solucionar el vacío doctrinario que ha detectado, comienza a desarrollar las diferentes razones por las cuales un sistema de responsabilidad debe ser preferido a un sistema basado en el control judicial acerca de la procedencia de las medidas cautelares. La conclusión

de Chile, p. 216), ven en la proporcionalidad un criterio normativo que considera el interés del demandado de manera igualitaria a la consideración del interés del demandante. Sin embargo, ello no es así, la proporcionalidad sólo significa que debe existir algún grado de adecuación entre la tutela provisional y la pretensión ejercida, de forma que la clase de cautela que se obtenga sea apta para satisfacer una eventual tutela definitiva posterior. En otras palabras, se refiere al nivel de eficacia cualitativa de la tutela cautelar. Extender el principio de proporcionalidad a la ponderación de los intereses de ambas partes, en términos de igualdad, significa superar ampliamente el sentido y alcance de dicho concepto, cuyo reconocimiento normativo encontramos en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, cuya norma constituye una prohibición de extralimitación cautelar.

⁴¹ Solamente si es que dichos remedios cumplen ciertas funciones, a saber: (a) Desde una perspectiva *ex ante*, si es que rectifican las consecuencias de un interdicto preliminar mal concedido, considerando tanto los costes susceptibles de redistribución futura entre las partes, como las pérdidas netas de bienestar social; (b) Si pueden afectar la cantidad de información existente al momento en que se dicta dicha medida, de manera de aumentar la probabilidad de que la decisión preliminar sea la correcta, y (c) Si desde una perspectiva *ex ante*, generan incentivos al demandante para solicitar la medida precautoria (no es inhibitoria), y tampoco elimina los incentivos al demandado para oponerse a ella.

⁴² RAMOS ROMEU, Francisco (2009). "An Economic Theory of the Regulation of Preliminary Measures". *Berkeley Program in Law and Economics*, Annual Papers, pp. 3-4.

es que, desde todo punto de vista, el sistema de responsabilidad resulta preferible al del control judicial⁴³. En cuanto al problema, acerca de cómo configuramos dicha responsabilidad, y qué tipo de responsabilidad⁴⁴ (estricta o por culpa), el profesor Ramos Romeu expresa que existen diversos factores que favorecen el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetivo⁴⁵. Una vez efectuado el desarrollo del marco conceptual indicado, el autor pasa a efectuar sus propuestas de *lege ferenda*, que se expresa en los siguientes términos, a saber⁴⁶:

“Para adoptar una medida cautelar, bastará con que el juez aprecie que la pretensión del demandante no es temeraria, que los riesgos derivados del retraso en dictar una resolución sobre el fondo no son inexistentes, y que el demandante es solvente. A falta de solvencia, el juez podrá exigir caución”⁴⁷ (Supuesto 1).

⁴³ Ello debido a que: (a) Respecto de los costes administrativos de uno y otro sistema, concluye que el control judicial genera mayores costos administrativos, toda vez que las partes se ven obligadas a justificar los presupuestos de las medidas, y el juez debe estudiar cada caso; (b) En cuanto a la agilidad y celeridad de ambos mecanismos, el sistema de responsabilidad tiene la ventaja que no provoca una demora en la adopción de las medidas cautelares; (c) En tercer lugar, señala que el error judicial es más probable bajo un sistema de control judicial que bajo un sistema de responsabilidad, toda vez que las decisiones sobre la tutela cautelar se adoptan en presencia de información incompleta; (d) Por último, sostiene que el sistema de responsabilidad genera menor inseguridad jurídica, porque los presupuestos de la responsabilidad serían menores.

⁴⁴ Mitchell Polinsky concluye que, en general (considerando solamente la precaución de ambas partes), tanto el sistema de responsabilidad objetivo como el de culpas conducen a resultados eficientes. Sin embargo, si agregamos dentro de los presupuestos del análisis, el nivel de actividad de cada uno de los partícipes, y no estamos en condiciones de conocer los valores asociados a dicho nivel de actividad, la elección del sistema más óptimo pasará por decidir si es más importante controlar la actividad del ofensor o de la víctima, en el primer caso (como ocurre en materia de medidas cautelares), será preferible un sistema de responsabilidad objetivo corregido por un mecanismo de compensación de culpas. POLINSKY (1985), pp. 53-67.

⁴⁵ Los motivos a favor del establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva, pasa por: (a) En primer lugar, la clase de daños que puede provocar el demandante con la concesión indebida de una medida cautelar, es de aquellos denominados unilaterales, y por lo tanto, él se encuentra en la mejor posición para controlar el acaecimiento del perjuicio; (b) El segundo factor es la dificultad que significa determinar *a posteriori*, la existencia de culpa en la actuación del solicitante de una medida cautelar; (c) Asimismo, en un sistema de responsabilidad objetivo, se logra el propósito de que, el juez que resuelve sobre el proceso principal, y el que se pronuncia sobre la existencia de la responsabilidad, sea el mismo. Por lo mismo, la falta de valoración de la negligencia no trasunta en una situación de falta de parcialidad; (d) Un cuarto factor es que la concesión de una medida cautelar genera, en la mayoría de los casos, una terminación anticipada del procedimiento; (e) Una quinta consideración a favor de la preeminencia de un sistema de responsabilidad objetivo, es el hecho de que la regulación de las medidas cautelares constituye un reglamento aplicable a diversos procedimientos, de forma que el establecimiento de responsabilidad (y de cuidado debido, en cada clase de proceso) puede resultar demasiado complejo.

⁴⁶ La propuesta se basa en la idea central de que el sistema de responsabilidad funciona adecuadamente, de manera que no existe motivo para que un juez ejerza mayor control sobre la solicitud de una medida cautelar. Otra característica de dicha propuesta, es que establece un sistema de responsabilidad unido a un mecanismo de caución facultativa, cuya concesión dependerá de la existencia de un demandante insolvente. Por último, determina la existencia de un control judicial fuerte, en los mismos términos de la fórmula *Leubsdorf-Posner*, en supuestos en donde se pudieran ocasionar al demandado perjuicios irreparables, así como daños de difícil equivalente monetario (casos en donde el dinero es un mal sustituto).

⁴⁷ RAMOS ROMEU (2006), p. 458.

Ha dicho estándar, el autor señala que debería añadirse una posibilidad de control judicial, en los siguientes términos, a saber:

“En los casos en que la medida pudiera causar daños de difícil equivalente pecuniario, o daños irreparables, para adoptarla el juez deberá determinar que los perjuicios que causa su adopción no son superiores a los posibles perjuicios que pueda evitar, teniendo en cuenta la probabilidad de que la pretensión del demandante sea estimada y los tipos de daños que puedan sufrir ambas partes”⁴⁸ (Supuesto 2).

Con todo, dicho planteamiento se encuentra afecto a las siguientes inconsistencias:

En efecto, y en primer lugar, la propuesta de Ramos Romeu se basa en la preeminencia del régimen de responsabilidad para alcanzar una medida cautelar óptima, y que satisfaga criterios de eficiencia. Pues bien, el autor, previo a fundamentar el tránsito, en perspectiva de eficiencia, desde un sistema basado en la homologación jurisdiccional de los requisitos de la tutela provisional, hacia un sistema basado en la responsabilidad, define lo que entiende como indemnización óptima, señalando que ella sería igual al daño efectivamente causado al demandado con el otorgamiento de una medida cautelar indebida⁴⁹. Sin embargo, tal como han dejado en claro Crisskopf y Medina⁵⁰, la preeminencia del régimen de responsabilidad no tiene en cuenta todos los daños probables que el otorgamiento de una medida cautelar (que no debió ser concedida) puede ocasionar, como daños globales. Lo anterior, debido a que la concesión de una medida cautelar indebida, genera costos sociales que no son susceptibles de recuperación en un sistema de responsabilidad, no obstante, tratarse de pérdidas netas de bienestar que deberían ser consideradas sí o sí, por el juzgador, si es que el objetivo en el establecimiento de un instituto como el que se estudia es, precisamente, la minimización de los daños sociales provocados irregularmente. La objeción cobra fuerza si de la misma definición de daños efectuada por Ramos Romeu, solamente se consideran como perjuicios indemnizables los detrimentos sufridos por el demandado, mas no otros costes sociales, que pueden terminar generando disminuciones efectivas de bienestar social, sin posibilidad futura de recuperación, como lo son los perjuicios que pueden ocurrir a terceros⁵¹. Por otro lado, la propuesta de Ramos Romeu no

⁴⁸ RAMOS ROMEU (2006), p. 458.

⁴⁹ RAMOS ROMEU (2006), p. 271.

⁵⁰ GRISSKOPF y MEDINA (2008), pp. 4-5.

⁵¹ Dichas observaciones dejan en evidencia deficiencias ciertas de la propuesta que se estudia. Ya que una confianza alta en el régimen de responsabilidad no permite la reasignación *ex post* de las pérdidas de bienestar que genera una medida cautelar mal concedida. Tal opinión es sostenida por Crisskopf y Medina, frente a lo sugerido por Richard Brooks y Warren Schwartz, en su texto: *Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine*, en cuanto a que, si el demandante asume el riesgo de soportar los daños de la parte demandada, el tribunal no debería sopesar dichos daños al momento de expedir una medida preliminar de carácter cautelar, lo que, implícitamente, significa reducir el nivel de control judicial

se hace cargo de los objetivos de eficiencia de la fianza. De hecho, no soluciona el problema de la incapacidad para responder, en los siguientes casos: (a) Cuando el juez, en el supuesto 1, no estando en presencia de un demandante solvente, no exige la fianza (recordemos que no es obligatorio su establecimiento, sino que excepcional), y (b) En todos los casos posibles del supuesto 2, ya que, allí, el control judicial, aunque más intenso que en el control 1, no se extiende a la verificación de la solvencia del actor. Dicha propuesta resulta más insatisfactoria en el supuesto 2 que en el supuesto 1, ya que la existencia de daños irreparables o de no susceptibles de compensación pecuniaria, agrava la posición del demandado afectado por una medida cautelar indebida, porque a medida que se intensifican dichas clases de perjuicios, en sentido proporcional inverso, el dinero se hace menos apto para satisfacer dichos perjuicios. Adicionalmente, la medida es insatisfactoria, incluso en la lógica del mismo autor, porque en el supuesto 1 la fijación de una fianza obliga a efectuar un control judicial, tendiente a calcular una fianza óptima, que es aquella que es mínimamente inferior al óptimo cautelar, de forma que la variable $K(f)$ no signifique un costo que desincentive la adopción de medidas cautelares óptimas⁵². De esta forma, el juez al efectuar dicho cálculo, lo que en realidad está haciendo es un control judicial igualmente intensivo como el propuesto por la fórmula *Leubsdorf-Posner*, por lo que nuevamente no encontramos justificación (en la propuesta de Ramos Romeu) para eludir un nivel importante de homologación jurisdiccional.

Incluso más, la forma en cómo dichos supuestos se encuentran regulados, determina que ambos juegan en base a posibilidades de opción judicial de carácter alternativas y excluyentes. Es decir, operando un supuesto, no resulta posible optar por la otra regulación alternativa. El problema es que el autor no indica un criterio de preferencia mínimo a favor del supuesto 1, o del supuesto 2, no obstante que, implícitamente, toda la construcción se encuentra formulada para dar preeminencia al supuesto 1, ya que con ello logra superar las exigencias de control judicial, como la fórmula *Leubsdorf-Posner*⁵³. Pues bien, dicho criterio de preferencia mínimo no existe en la propuesta de Ramos Romeu, porque no se explicita nada acerca de qué supuesto constituye la regla general y cuál la excepción. Por lo demás, empíricamente, tampoco resultaría posible formular dicho criterio de preferencia. Por otro lado, la propuesta de Ramos Romeu se opone a lo que el mismo autor ha propuesto, al analizar las exigencias de una caución óptima, ya

en pos de favorecer el régimen de responsabilidad. Lo que se pretende, entonces, es que el tribunal al momento de decretar una medida cautelar, debe considerar la minimización de los daños globales que genera la medida. Por lo mismo, la reducción del concepto indemnizable resulta contradictoria con la búsqueda de una reducción de los costos sociales totales o globales que genera la medida.

⁵² En los siguientes términos: $K(f) + (1-p) \times Ddte > (1-P) Ddo + H(D\text{ ter})$.

⁵³ Ya que, en la práctica, resulta muy similar a la regulación contenida en el supuesto 2, ya que exige la prueba acerca de las probabilidades de resultado favorable de ambas partes, así como la determinación de los perjuicios esperados en caso de que se adopte o no la medida cautelar.

que en el supuesto 1 en no todos los casos se controla a demandantes insolventes, por lo que en un sistema sin caución, siempre se solicitará la medida, sea o no óptima. Y en el supuesto 2, como no se exige caución, entonces siempre se solicita la medida, sea o no óptima. Por último, podemos observar la propuesta de Ramos Romeu, señalando que la misma no logra la consecución del objetivo de reducir el error en la toma de decisiones en un marco de incertidumbre⁵⁴. Vinculado con lo anterior, no deja de ser relevante, el hecho que el supuesto 1 no atiende al daño esperado que puede ocasionar la medida cautelar en el demandado, lo que no permite dar una respuesta adecuada a la paradoja de garantías.

2.4. Síntesis y propuesta

De acuerdo a lo expuesto, la mejor manera de lograr una debida respuesta a los problemas involucrados en la concesión de una medida cautelar, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, e incluso, desde el debido proceso legal, pasa por compatibilizar dos clases de cuestiones, a saber: (a) Compatibilizar los objetivos del Análisis Económico del Derecho Procesal, en cuanto a la reducción de los costos del error, y la disminución de los costos del sistema procesal, y (b) Compatibilizar un sistema de control judicial con mecanismos *ex post* de mitigación de daños. Desde dichas ópticas, la propuesta de Ramos Romeu resulta deficitaria en ambas cuestiones, en cambio, la propuesta de *Leubsdorf-Posner* resulta por lo menos aceptable desde la perspectiva de compatibilizar los objetivos señalados en la letra a) anterior, pudiendo, en miras a la eficiencia, mejorarse a ese respecto, y propender a compatibilizar los distintos instrumentos de mitigación de daños.

La propuesta que se formula en este trabajo, entonces, se diferencia de aquella expresada por Ramos Romeu, porque la caución debe ser generalmente obligatoria, y no doblemente excepcional, como la formulada por aquél⁵⁵. Los únicos casos de excepción serían aquellos en donde estemos en presencia de un solicitante notablemente solvente, debiendo recaer la prueba acerca de la suficiencia de activo, en el mismo peticionario. Con todo, el solo establecimiento de un sistema de fianza generalmente obligatorio no permite constituir por sí solo un mecanismo de mitigación de daños. Requiere ir unido, ineludiblemente, a un sistema de responsabilidad eficaz, toda vez que la fianza no será entregada al demandado perjudicado, sino una

⁵⁴ Lo anterior, se verifica con el examen del supuesto 1, en donde un mínimo de control judicial, poco puede lograr en cuanto a algún grado razonable de adecuación con la sentencia definitiva. Ello deja de lado completamente la ponderación de los costos por sus errores, que es el presupuesto económico que permite compatibilizar los dos objetivos del Análisis Económico del Derecho Procesal.

⁵⁵ Ello permite que el solicitante internalice *ex ante* ciertos costos asociados a las medidas cautelares, por lo que constituirá un filtro a reclamaciones provisionales infundadas. Pero, adicionalmente, se logra el traslado de ciertos costes al solicitante al momento mismo de la concesión de la medida cautelar, por lo que desaparece cualquier riesgo de abuso del procedimiento, al no ser de cargo del demandado la restitución *ex post* de sus detrimentos.

vez que se determine la responsabilidad del demandante⁵⁶. Frente a ello, resulta esencial el establecimiento de un régimen correcto de responsabilidad. En este sentido, y a efecto de lograr dicho fin, tenemos que el daño producido en sede de medidas cautelares es propiamente unilateral⁵⁷, esto es, depende fundamentalmente de la conducta e incentivos del mismo solicitante, frente a lo cual, los deberes de cuidado de la víctima de la medida son muy menores, por no decir, nulos⁵⁸. De todas formas, el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva requiere de ciertas reglas de procedimiento que lo hagan efectivo⁵⁹.

Ahora bien, la propuesta que se formulará está afecta a una problemática esencial, ya que resulta perturbador para el sistema introducir reformas parciales en una etapa específica del proceso, y no extender dicho cambio legislativo a la totalidad del procedimiento. Si ello no es así, tendríamos áreas del proceso basadas en un objetivo determinado, y otras, en objetivos diversos, lo que impediría la consecución y evaluación de un único parámetro buscado, impidiendo que los beneficios de un área terminen siendo ganancias del sistema en su totalidad, porque bien pueden compensarse con las deficiencias que sean detectadas en las otras áreas. Por lo mismo, lo que se dirá solamente tendrá la posibilidad de obtener resultados

⁵⁶ Si ello es ilusorio, porque el régimen de procedimiento establecido al efecto es lento, o bien, porque no permite el debido resguardo del demandado, ocurrirán dos cosas, a saber: (a) Los demandantes se abstendrán de solicitar medidas óptimas, porque, aun cuando fueran responsables de los perjuicios, mantendrán valores económicos sin utilidad por un gran lapso de tiempo. Puede ocurrir, entonces, que el beneficio que obtiene el actor proveniente de la medida cautelar se subsuma en la pérdida de valor por la no utilización de los recursos adscritos a la fianza; (b) Los demandados, frente a un proceso de determinación de responsabilidad poco eficaz, y que demore en la compensación y resarcimiento de sus perjuicios, deberán asumir mayores pérdidas temporales, incentivando defensas que tiendan a aumentar el verdadero valor de sus detrimentos, de forma que por dicha vía, compensen las mayores pérdidas temporales que se produzcan por la demora en la compensación.

⁵⁷ Cf. SCHAFER y OTT (1991), pp. 219-239; COOTER y ULEN (1998), pp. 382-419; POLINSKY (1985), pp. 53-74, y POSNER (1992), pp. 156-204.

⁵⁸ Incluso más, es posible agregar a los argumentos a favor de un sistema de responsabilidad objetiva, otra razón adicional, en cuanto al hecho que un sistema de responsabilidad por culpa no permite optar por la medida más eficiente, entre dos o más medidas óptimas.

⁵⁹ Al respecto estas reglas serían: (a) Que el procedimiento en donde se haga valer el régimen de responsabilidad objetiva sea efectuado ante el mismo tribunal que conoció del proceso principal; (b) Dicho procedimiento debe tramitarse de conformidad con las reglas sobre incidentes que se establezcan en cada legislación; (c) El plazo para reclamar de dichos perjuicios prescribe dentro del plazo de tres meses de ejecutoriado el fallo; (d) Si es el caso que no se reclama dentro de dicho plazo, el tribunal deberá dejar sin efecto la caución otorgada por el solicitante de la medida cautelar; (e) Es necesario que se definan claramente los presupuestos que harían precedente la responsabilidad objetiva, en casos en donde existe por parte del demandante que ha obtenido una medida cautelar, un interés que escapa al logro de una tutela definitiva efectiva; (f) Establecimiento de una regla de deber de mitigación de daños, a ser aplicada en cada caso por el juzgador. Este último aspecto resulta clave, ya que la existencia de un deber de mitigación de daños resulta necesario frente al hecho de que, de acuerdo a una regla de responsabilidad objetiva, el demandante deberá hacerse responsable de todos los perjuicios que ocasione la medida, lo que puede conducir a que el demandado, consciente de que será resarcido debidamente, no adopte ningún deber de mitigación, lo que puede traducirse en inexistencia de prevenciones tendientes a que el daño no se acreciente (azar moral).

satisfactorios, si es que se efectúa una reforma general al sistema procesal civil, con el objetivo de hacerlo más eficiente y más efectivo. Ahora bien, y sintetizando las observaciones formuladas anteriormente, se propone la siguiente regulación de medidas cautelares óptimas, a saber:

Para poder adoptar una medida cautelar, el juez debe analizar si la medida propuesta evita mayores daños esperados que aquellos que la medida ocasiona. Al respecto, las probabilidades del demandante de obtener un resultado favorable multiplicado por el daño esperado que la medida ocasionará en caso de no concederse la medida cautelar deben superar las probabilidades de que el demandado obtenga un resultado favorable, multiplicado por los costos totales esperados que la medida cautelar ocasiona. Se consideran costos totales, no sólo el daño esperado que la medida produce en el demandado, sino que también toda otra pérdida de bienestar social que no afecte a dicha parte, y que vaya asociada a la medida. Al momento de conceder una medida cautelar, el juez debe fijar una fianza a ser rendida por el solicitante, la que debe ascender a una cuantía mínimamente inferior a los costos totales esperados que se producirán al otorgarse la medida cautelar. El solicitante de una medida cautelar se hará responsable de las costas que se originen, en caso que sea declarado responsable del otorgamiento de la tutela provisional. El solicitante de una medida cautelar incorrectamente otorgada, se hará responsable objetivamente de los perjuicios que ocasione la tutela provisional, debiendo el juez, al momento de fijar la cuantía de los daños a indemnizar, determinar si resultaba procedente, de acuerdo al caso concreto, exigir un deber de prevención al demandado a efectos de reducir la magnitud de los perjuicios sufridos. Si al efecto, dicho deber era exigible, deberá el juez fijar la cuantía de la prevención, a efectos de reducir dicho monto de la indemnización que le corresponda al demandado, en caso de que no la haya adoptado.

Sin embargo, la duda es si dicha propuesta puede considerarse que lleve a un estado de cosas cautelares, que no sea susceptible de mejora alguna, sin que por ello se perjudique a alguna parte. Al respecto, la respuesta es negativa, ya que el demandado siempre estará mejor sin medida cautelar. En consecuencia, cualquier tránsito hacia una tutela provisional generará costes que, de otra manera, el demandado no debería soportar. De esta forma, los modelos de tutela provisional siempre deben ser analizados sobre la base de un criterio *Kaldor-Hicks* potencial o real, mas no sobre la base de Pareto.

3. LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE MEDIDAS CAUTELARES A LA LUZ DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En la presente sección pretenderemos dilucidar si la normativa nacional sobre las medidas cautelares (precautorias) satisface o no las exigencias que el Análisis Económico del Derecho fórmula para el problema cautelar. Las deficiencias más relevantes que nuestra legislación sobre medidas cautelares posee, son aquellas referidas a: (a) La omisión en el establecimiento de una regla óptima de responsa-

bilidad; (b) La excepcionalidad de la regulación de la caución, y (c) La inexistencia de un procedimiento especial de liquidación de daños y perjuicios.

En primer lugar, resulta evidente que las medidas cautelares son otorgadas por cuenta y riesgo de quien las solicita, lo que significa que el demandante que formula una solicitud de medidas cautelares debe hacerse responsable de los perjuicios que de ello puedan derivarse para el sujeto pasivo, así como también, de aquellos detrimentos que puedan sufrir terceros, por lo mismo, cualquier sistema de responsabilidad óptimo debe considerar como objetivo, el traslado al causante de dichas pérdidas netas de bienestar. Sin embargo, la constatación anterior no tiene un correlato en nuestra legislación, toda vez que no existe una regla que consagre dicho principio. Solamente, de modo excepcional, se contempla un supuesto de responsabilidad en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil. Frente a ello, la doctrina se ha mostrado uniforme en cuanto a señalar que dicha omisión resulta negativa para el funcionamiento del sistema cautelar chileno⁶⁰. Y en dicho mismo sentido, el Informe del Foro para la Reforma Procesal Civil se hace cargo de dicho descontento⁶¹. Asentado el hecho que debe avanzarse hacia el establecimiento de un sistema de responsabilidad, cabe discutir ahora qué clase de régimen resulta conveniente para estos efectos. En nuestro país, a falta de indicación expresa, se considera que el régimen común y subsidiario es el de responsabilidad subjetiva⁶². Sin embargo, en presencia de un riesgo unilateral (aquel cuya concreción depende fundamentalmente de la magnitud de la conducta del demandante) la teoría económica se muestra más proclive a un sistema de responsabilidad objetivo⁶³, al respecto nos remitimos

⁶⁰ Cf. MARÍN GONZÁLEZ (2002), p. 223; CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2009). "Apreciación crítica de la regulación de la tutela cautelar en el anteproyecto de código procesal civil". *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, N° 16, p. 145; CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (1999). "La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno". *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 205, pp. 71-72.

⁶¹ MATURANA MIQUEL, Cristián (2008). "Informe de foro para la reforma procesal civil". *Revista de Derecho Procesal*, N° 21, p. 15. De hecho, el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil consagra expresamente el principio de responsabilidad en su artículo 177.

⁶² Cf. ROMERO SEGUEL, Alejandro (2001). "La tutela cautelar en el proceso civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XCIII, N° 2, p. 61.

⁶³ En efecto, existe cierto consenso que en general tanto un sistema de responsabilidad objetivo como uno subjetivo se encuentran en condiciones de inducir la solicitud de una medida cautelar cuando fuese óptimo socialmente (Ver: RAMOS ROMEU (2006), p. 239, y COOTER y ULEN (1998), pp. 323-325). Ahora bien, si pretendemos controlar, con el sistema de responsabilidad, la actividad de quien puede producir perjuicios (demandante solicitante), resulta más conveniente un sistema de responsabilidad objetivo, ya que uno por culpa sólo tenderá a la eficiencia, si logra controlar el estándar de negligencia, como el nivel de actividad, lo que en un marco de información incompleta es difícil y podría aumentar los costos innecesariamente. Lo trascendente es que si nos preocupamos de controlar el nivel de actividad del victimario, por medio de una regla de responsabilidad objetiva que signifique que cualquier daño que provoque le va a significar asumir el costo de dichos detrimentos, entonces debemos establecer deberes de mitigación de daños para la víctima. Cf. SHAVELL, Steven (2004). *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, p. 205; POLINSKY (1985), pp. 61-65; y COOTER y ULEN (1998), p. 389.

a lo dicho anteriormente⁶⁴. Todo ello, es sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por error judicial⁶⁵.

La segunda deficiencia de nuestro sistema procesal sobre medidas cautelares, lo constituye la no consagración de un sistema de caución obligatorio. Ello va unido ineludiblemente al sistema de responsabilidad, precisamente porque la caución permite materializar la responsabilidad del demandante, ya que el activo que la compone estará predestinado a satisfacer aquellos perjuicios no mitigables sufridos por el demandado⁶⁶. La caución óptima es aquella que se fija y proyecta en un monto mínimamente menor a la evaluación probable de los daños totales que ocasione la medida cautelar, ya que en dicho nivel no se desincentiva la concesión de medidas óptimas. Por lo mismo, el único parámetro a fin de valorar el monto de la caución, deben ser los perjuicios probables que la medida cautelar pueda producir, pudiendo ser de ayuda la opinión pericial⁶⁷⁻⁶⁸. Sin embargo, no debemos olvidar el hecho que la medida cautelar ocasiona perjuicios no sólo al sujeto pasivo, sino que, también a terceros, por lo mismo, y con ese agregado, la caución debe ser fijada en un monto mínimamente inferior a la suma de las variables exógenas a la posición del demandante.

Por último, la tercera deficiencia de un sistema nacional de tutela provisional, se debe a la inexistencia de un procedimiento especial de liquidación de daños. Ello significa que, frente a la existencia de perjuicios indemnizables, el demandado deberá iniciar un juicio ordinario a fin de que se declare la responsabilidad del demandante y el monto de los daños que deba soportar el actor. Dicha posibilidad constituye un grave desincentivo para el demandado, porque el inicio de un proceso de lato conocimiento supone una tramitación promedio de 500 días⁶⁹, frente a los cuales resulta mejor alternativa la no reclamación del daño, teniendo

⁶⁴ En contra de esta posición se manifiesta cierta doctrina nacional: MARÍN GONZÁLEZ (2002), pp. 228-229.

⁶⁵ Cf. ROMERO SEGUEL (2001), pp. 60-61. En el derecho comparado, y más específicamente en el derecho español, se pronuncia a favor de la responsabilidad del Estado, por error judicial, exigiendo un estándar de responsabilidad mayor que el exigido para el solicitante, los siguientes autores: RAMOS ROMEU (2006), p. 183; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1980). *Los daños causados como consecuencia de actuaciones judiciales*. Madrid: Civitas, p. 95.

⁶⁶ A pesar de que nuestra legislación no contemple la caución en carácter de obligatoria y general, el objetivo de la misma es completamente pacífico en la doctrina. Cf. DEVAU OJEDA, Mario (1982). *Estudio particular de las cauciones procesales*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, p. 4; CALAMANDREI, Pietro (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, p. 64.

⁶⁷ En este sentido: CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2009), p. 147.

⁶⁸ En sentido contrario, se pronuncia Juan Carlos Marín, quien agrega otros criterios diversos de la evaluación probabilística de los perjuicios que puede sufrir el demandado: MARÍN GONZÁLEZ (2002), pp. 262-263. Con todo, cualquier otro criterio que se considere a los efectos de determinar el monto de la caución, será perturbador para la fijación del bono.

⁶⁹ De acuerdo a los datos obtenidos de: TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (1993). *El proceso en acción*. Valparaíso: Editorial Libromar, p. 231.

presente, además, la inexistencia de una regla de responsabilidad, y el hecho de que no exista, por regla general, un fondo donde lograr efectivamente el resarcimiento de los perjuicios. En consecuencia, el costo de litigar para el sujeto pasivo ganancioso supera su beneficio. Se hace necesario, entonces, que el legislador establezca un sistema incidental de cobro de perjuicios, y que se disponga que la resolución que establezca el alzamiento de las medidas cautelares (ya sea definitiva, cuando resuelve el conflicto sobre el fondo o interlocutoria, cuando por ejemplo, se alza por variación de las circunstancias) determine la condena previa al demandante, quedando solamente por discutir la existencia y monto de los daños.

Ahora bien, como sabemos en el ámbito de la justicia civil, existe en nuestro país un movimiento de reforma que se inició el año 2004, y que ha dado como resultado la publicación de un Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil. En cuanto a la regulación contenida en dicho anteproyecto, podemos decir que en primer lugar el artículo 174 inciso final del Anteproyecto, que trata del ámbito de aplicación de las medidas cautelares, indica que ellas sólo proceden a petición de parte demandante o demandante reconvenional, negando la posibilidad de concederse de oficio por el tribunal (sistema acusatorio), pero permitiendo al juez otorgar una medida diversa de la requerida por el actor, si es que se resguarda de igual modo la pretensión de éste, y es menos gravosa y perjudicial para el demandado. En segundo lugar, el artículo 176 del Anteproyecto trata sobre la proporcionalidad, consagrando en forma expresa la exigencia de tomar en cuenta los daños irreparables que la medida provocará en el demandado. En tercer término, el artículo 177 del Anteproyecto subsana la omisión existente en nuestra legislación referente al principio de la responsabilidad, contemplándolo como una disposición general. Por último, se indican los presupuestos generales de las medidas cautelares, a partir del artículo 182 del Anteproyecto, consagrándose los elementos del *fumus* (artículo 182 del Anteproyecto), y del *periculum* (artículo 183 del Anteproyecto). Dicha regulación, nos permite concluir que el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil contiene una regulación que mejora sustancialmente la normativa sobre medidas cautelares que actualmente se contempla en el Código de Procedimiento Civil, salvando gran parte de sus omisiones, así como reemplazando las deficiencias detectadas. En efecto, la legislación actual sobre medidas cautelares pretende de manera intuitiva la protección del demandante, en cuanto a satisfacer niveles de eficacia cuantitativa⁷⁰ y cualitativa⁷¹.

⁷⁰ La eficacia cuantitativa en materia de medidas cautelares, mide la cantidad de daño que la tutela provisional evita que se produzca en el demandante. Para poder denotar la eficacia cuantitativa de una medida, tenemos que partir de aquella cuantía que represente la parte de los daños no cubiertos por una medida cautelar (z). En consecuencia, la eficacia cuantitativa viene dada por: $Dte - z$. De lo anterior, se concluye que la medida cautelar sería óptima desde la perspectiva de la eficiencia cuantitativa, cuando: $P \times Dte > (1-p) \times Ddo + P \times D ter + P \times (Dte-z)$.

⁷¹ La eficacia cualitativa de la tutela provisional se refiere a la probabilidad de que una vez adoptada dicha tutela, la misma, resulte eficaz. Entenderemos que (t) mide el grado de eficacia cualitativa de la medida, la que resultará óptima, si es que: $P \times Dte > \{(1-p) \times Ddo \times t + (p \times D ter)\} + \{(P \times (1-t) \times D te)\}$.

Ello es intuitivo porque, obviamente, la legislación busca que las medidas cautelares eviten perjuicios que puede sufrir el actor (*pericula*), así como que tengan cierta correlación con el objetivo que se quiere resguardar (proporcionalidad); sin embargo, dicha regulación normativa no persigue el paso previo a dicha eficacia, en cuanto a que la medida sea óptima, ya que no valora ni pondera los costos esperados del error para ambas partes del proceso, precisamente porque no considera la posición del demandado. Por lo mismo, si no es posible concluir en la existencia de una medida óptima (aquella que trata de compatibilizar la reducción de los costos asociados a la medida cautelar), se cae todo objetivo de eficiencia cuantitativa o cualitativa, porque no podemos pretender lograr dichos fines, si no sabemos que los daños que estamos evitando superan los costos que producimos con la medida, o bien, que los beneficios de la efectividad de la medida superan los costes del otorgamiento de la misma. Ello trata de ser solucionado con el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, al incluir una ponderación parcial de los costos esperados del error para ambas partes. Sin embargo, la no consideración del elemento probabilístico del daño para el demandado, así como la omisión, respecto de los perjuicios esperados para terceros, impiden la obtención de un análisis completo sobre la eficiencia de la medida⁷².

CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto en el presente trabajo podemos alcanzar las siguientes conclusiones, a saber:

1. La vinculación entre el Derecho y la Economía no es reciente ni surge de la Escuela de Chicago, sino que nace de la interrelación de dos ciencias sociales que tienen a la conducta del hombre como objeto común de estudio. Con todo, lo novedoso del Análisis Económico del Derecho es que introduce la técnica económica al estudio del Derecho, dotándola de una mirada consecuencialista, desde su perspectiva normativa. En otras palabras, los fallos judiciales deben pretender la búsqueda de la eficiencia, de forma que bajo tal parámetro se valoren sus consecuencias.

2. Dicha manera de operar, resulta contradictoria con la adjudicación judicial del sistema continental de base romanista, donde se consideran las particularidades del caso concreto. Sin embargo, el Análisis Económico del Derecho puede servir de pauta de evaluación, en países como el nuestro, en los siguientes

⁷² Con todo, dicha propuesta prelegislativa avanza en la reducción de los costos totales asociados a la medida, permitiendo una limitación débil al principio dispositivo en lo referente a la adopción de cierta medida cautelar específica (artículo 174 inciso final del Anteproyecto). Sin embargo, si bien dicha regulación permite una situación superior en términos de Pareto, no logra alcanzar la máxima reducción de costes posibles, y por tanto, la máxima situación de beneficio social, ya que no permite optar por aquella alternativa de medida cautelar, que reduzca de mayor manera los costes sociales totales, sobre la base de una consideración preeminente de la onerosidad cuantitativa involucrada en la materia, como sí lo hace la propuesta de *lege ferenda* formulada en este trabajo, y que concretiza el interés del demandado, con la finalidad de resguardar su esfera de derechos, de manera acorde con las exigencias del debido proceso.

ámbitos: (a) *De lege ferenda*, y (b) En normativas específicas provenientes de la descodificación, que incluyan como finalidad, la eficiencia.

3. Con todo, el Análisis Económico del Derecho, a partir de los aportes de Ronald Coase, introduce consideraciones apropiadas para la decisión jurisdiccional de base romanista, al entender los escenarios alternativos de una decisión en términos de beneficios y perjuicios, respecto de ambas partes.

4. El Análisis Económico del Derecho aporta sus herramientas al Derecho Procesal. La premisa de eficiencia, en dicho contexto, es generar un óptimo de reducción de dos clases de costos, a saber: costos sociales de la administración de justicia, así como los costos que se generan por el error judicial. Dicho parámetro servirá para determinar cuándo estamos en presencia de una infracción al debido proceso.

5. Ahora bien, el problema fundamental de la administración de justicia dice relación con la demora en la resolución del litigio. A efectos de resguardar los riesgos que ello genera, es que surgen las medidas cautelares. En el ámbito procesal civil los dos intereses en juego, son el daño irreparable que se puede causar al demandante por la no concesión de la medida en tiempo oportuno, y por otra parte, el daño irreparable que ocasiona la tutela provisional al demandado. Dichos intereses son expresión de garantías contradictorias, por una parte, el derecho a un proceso resuelto en un tiempo razonable, y por otro, el derecho a un adecuado ejercicio de la defensa.

6. Una propuesta específica sobre tutela provisional lo constituye el modelo *Lubsdorf-Posner*, basado en el control judicial de los requisitos normativos de la fórmula respectiva. En este sentido, una medida cautelar debe concederse sí y sólo sí: $P(H_p) > (1-p)H_d$, o sea, cuando la proporción de las probabilidades de triunfo del demandante respecto de las del demandado supera la proporción del daño irreparable del demandado respecto del daño irreparable del demandante. Por medio de esta fórmula se otorga un adecuado resguardo de las garantías involucradas en el problema cautelar, ya que se parte de la base de la consideración de los intereses de ambas partes.

7. Sin embargo, dicha fórmula no incluye un análisis de la caución óptima, tampoco considera los costos del sistema procesal en cuanto a evitar abusos del procedimiento, por medio del traslado *a posteriori* de los beneficios indebidamente obtenidos por el demandante pernicioso por la concesión de una medida cautelar. Estas críticas llevaron al profesor Francisco Ramos Romeu a considerar el foco de atención, no desde el prisma del control judicial de requisitos, sino desde el régimen de responsabilidad, toda vez que éste permite reducir los costes administrativos del sistema, otorgar mayor celeridad, disminuir las probabilidades de error judicial y generar mayor seguridad jurídica, al disminuir los presupuestos sujetos al examen judicial. En razón de estar en presencia de daños unilaterales, favorece el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetivo, definiendo la indemnización óptima, como aquella igual al daño efectivamente causado al demandado con el otorgamiento de una medida cautelar indebida.

8. Con todo, la tesis del profesor Ramos Romeu no considera la totalidad de los costos asociados a la concesión de una medida cautelar, al limitar los perjuicios indemnizables solamente a los detrimentos causados al demandado. Por otra parte, su propuesta de caución óptima termina necesitando de un sistema de verificación jurisdiccional de requisitos igual o más intensivo que aquellos derivados de propuestas de control judicial.

9. Por lo mismo, en base a lo señalado, es que se propone una fórmula de medidas cautelares civiles, que considere la totalidad de costos asociados a las medidas preliminares, en términos probabilísticos, de que la misma quedaría redactada como: $P(D_{te}) > (1-p)D_{do} + P(D_{ter})$. Donde D_{ter} , constituye aquellos costos terciarios asociados a la medida tutelar, el que es también probabilístico (P).

10. Tal propuesta se complementa con un régimen óptimo de fianza, que es aquella fijada en un monto algo menor al nivel eficiente, esto es, aquél establecido en una cuantía ligeramente menor al valor probable de los daños que la medida ocasiona. Asimismo, el sistema de fianza debe ir asociado a un régimen de responsabilidad eficaz, el que se reconduce, por la naturaleza del daño involucrado, al de responsabilidad objetiva. Por último, se requiere de ciertas reglas de procedimiento que lo hagan efectivo, siendo la más importante de ellas un deber de mitigación de daños, a ser aplicada en cada caso, por el juzgador.

11. Como el presupuesto de la propuesta anterior es que debe concederse la tutela cautelar si es que se minimizan mayores daños de aquellos que se causan, existirá en su otorgamiento un mayor beneficio social que aquel que existiría en un escenario alternativo, esto es, un escenario en donde no exista dicha tutela. Por lo mismo, el tránsito hacia un proceso con medida cautelar genera un mayor bienestar social, de forma que dicho paso resulta eficiente en términos de *Kaldor-Hicks*. Incluso más, la posibilidad de que los vencedores en sede cautelar indemnicen a los perdedores, va a depender del resultado del juicio principal, haciéndose efectiva dicha compensación, en caso de que se haga lugar a la responsabilidad del solicitante de una medida cautelar que no debió concederse, por lo que la compensación potencial involucrada en dicho criterio de eficiencia, daría paso a una compensación real en aquellos supuestos en donde la medida cautelar en realidad no escondía una minimización de daños sociales. De esta manera, los modelos de tutela provisional, siempre deben ser analizados sobre la base de un criterio *Kaldor-Hicks*, potencial o real, mas no sobre la base de Pareto, ya que el daño asociado para el demandado, impide que con la concesión de la medida se logre un escenario mejor que el anterior, sin perjudicar a nadie.

12. Si nosotros comparamos la normativa nacional sobre medidas cautelares civiles (Código de Procedimiento Civil) a la luz del Análisis Económico del Derecho, podemos detectar que las deficiencias más importantes son: (a) La omisión en el establecimiento de una regla óptima de responsabilidad; (b) La excepcionalidad en cómo se encuentra regulada la caución, y (c) La inexistencia de un

procedimiento especial de liquidación de daños y perjuicios. Estas deficiencias son subsanadas parcialmente en el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, al considerar expresamente los daños irreparables que la medida provoca al demandado (artículo 176), asimismo, se consagra un principio de responsabilidad general, sin embargo, no se señala su carácter objetivo. Por otra parte, se consagra el requisito de caución obligatoria, lo que constituye un avance respecto del estado actual. Por último, se extraña el establecimiento de un procedimiento incidental de liquidación de perjuicios.

13. Una pauta óptima, para avanzar hacia un sistema más eficiente de tutela cautelar procesal civil, lo constituyen las directrices contenidas en la propuesta de que trata este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARISTÓTELES (2000). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Ediciones Mestas.
- ARIZA COLMENAREJO, María Jesús (2008). “Medidas Cautelares en el proceso de declaración y otras medidas del procedimiento concursal”. En: *Derecho Procesal Concursal*, OLIVENCIA, Manuel, FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos y JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael (Coords.), Barcelona: Marcial Pons.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2005). “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 5.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2007). “La improbabilidad de la Jurisdicción. La Judicatura como organización”. *Expansiva*, Santiago, N° 44.
- BARROS BOURIE, Enrique (2008). “La responsabilidad civil como derecho privado”. *Revista de Estudios Públicos*, Primavera 2008, N° 112.
- BENTHAM, Jeremy (1843). *Introductory View of the Rationale of Evidence*. Bowring, vi.
- BENTHAM, Jeremy (2000). *An Introducción to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books.
- BEYER BURGOS, Harald (1992). “Ronald Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho”. *Revista de Estudios Públicos*, Verano 1992, N° 45.
- CABANELLAS, Guillermo (2006). “El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos”. *Análisis Económico del Derecho*, KLUGER, Viviana (Coord.), Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- CALABRESI, Guido (1984). *El coste de los Accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. BISBAL, Joaquín (Trad.), Barcelona: Editorial Ariel.
- CALAMANDREI, Pietro (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica.
- COASE, Ronald (1992). “El problema del Costo Social”. *Revista de Estudios Públicos*, N° 45.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2010). *Insolvencia y Quiebra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1998). *Derecho y Economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (1999). “La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 205.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2009). “Apreciación crítica de la regulación de la tutela cautelar en el anteproyecto de código procesal civil”. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, N° 16.
- DEMSETZ, Harold (1964). “The Exchanges and Enforcement of Property Right”. *Journal of Law and Economics*, Vol. 7.

- DEVAU OJEDA, Mario (1982). *Estudio particular de las cauciones procesales*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1980). *Los daños causados como consecuencia de actuaciones judiciales*. Madrid: Civitas.
- EPICURO (2000). “Máximas Capitales. D. L., X, 35”. En: *Sobre la Felicidad*, GARCÍA GUAL, Carlos (Dir.), Madrid: Editorial Debate.
- GRISSKOPF, Ofer, y MEDINA, Barak (2008). *Repairing (the Doctrine of) Irreparable Harm: Economic Analysis of Preliminary Injunctions*. Disponible en: <http://works.bepress.com/barak_medina/6> [consulta: 3 junio 2011].
- L.A. KORHAUSER (1985). “L’analyse économique du droit”. *Revue de Synthèse Philosophie et épistémologie juridiques*.
- LEUBSDORF, John (1978). “The Standard for Preliminary Injunctions”. *Harvard Law Review*, N° 91.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2002). *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado)*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MATURANA MIQUEL, Cristián (2008). “Informe de foro para la reforma procesal civil”. *Revista de Derecho Procesal*, N° 21.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2004). “Law & Economics: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos”. *Revista de Derechos y Humanidades*, N° 10.
- MORESO, José Juan (1992). *La teoría del Derecho de Bentham*. Barcelona: PPU.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2008). “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo”. *Revista Ius et Praxis*, N° 14.
- PAOLANTONIO, Martín Esteban (2006). “El análisis económico del derecho y la estructura societaria”. En: *Análisis Económico del Derecho*, KLUGER, Viviana (Coord.), Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- PARETO, Vilfredo (1954). *Manual de Economía Política*. CABANELLAS, Guillermo (Trad.), Buenos Aires: Editorial Atalaya.
- PARETO, Vilfredo (1987). *Escritos sociológicos*. MORÁN, María Luz (Trad.), Madrid: Editorial Alianza.
- POLINSKY, A. Mitchell (1985). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. ÁLVAREZ FLORES, J.M. (Trad.), Barcelona: Editorial Ariel.
- POSNER, Richard (1992). *El análisis económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- POSTEMA, Gerald (1986). *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press.

- QUEZADA MELÉNDEZ, José (1997). *Las Medidas Prejudiciales y Precautorias*. Santiago: Ediciones Digesto.
- RAMOS ROMEU, Francisco (2006). *Las Medidas Cautelares Civiles. Análisis Jurídico-Económico*. Barcelona: Editorial Atelier.
- RAMOS ROMEU, Francisco (2009). “An Economic Theory of the Regulation of Preliminary Measures”. *Berkeley Program in Law and Economics*, Annual Papers.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2001). “La tutela cautelar en el proceso civil chileno”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XCIII, N° 2.
- SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus (1991). *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos.
- SHAVELL, Steven (2004). *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- SINGER, Joseph William (1984). “The Placer and the Cards: Nihilism and Legal Theory”. *Yale Law Journal*, N° 94.
- SKARIC CAREVIC, Antonio (1985). *Reforma del sistema concursal chileno. Sus fundamentos en el derecho internacional. Texto comparado de las Leyes N° 18.175 y N° 4.558*. Memoria de prueba para optar al grado de Magíster en Derecho de la Contratación Comparada e Internacional, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.
- SMITH, Adam (2005). *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- TARUFFO, Michele (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (1993). *El proceso en acción*. Valparaíso: Editorial Libromar.
- TORRES LÓPEZ, Juan (1987). *Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal*. Madrid: Editorial Tecnos.
- VELJANOVSKI, Cento (2006). *Economía del Derecho*. DE LA MAZA, Íñigo y MERY, Rafael (Trads.), Santiago: Ediciones Diego Portales.
- WOLF, Arthur (1984). “Preliminary Injunctions”. *Western New England Law Review*, N° 7.
- ZACCHINO, Heriberto (2001). “Sinopsis de la medida autosatisfactiva. Su aplicación en la Ley de Concursos y Quiebras y en la Ley de Defensa de la Competencia”. En: *Medidas Autosatisfactivas*, PEYRANO, Jorge (Dir.), Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

NORMAS CITADAS

- Código Civil.
 Código de Procedimiento Civil.
 Constitución Política de la República.