



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Facultad de Derecho

Injunctions, ¿una posibilidad para nuestro sistema? Análisis crítico y comparado

Agustín Arturo Figari Wilson
Profesor Guía: Dr. Raúl Núñez Ojeda

VALPARAÍSO – CHILE

2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO PRIMERO: EL MODELO DE MEDIDAS CAUTELARES A NIVEL FEDERAL EN ESTADOS UNIDOS.....	3
1.1 GENERALIDADES DEL FEDERAL CIVIL PROCEDURE NORTEAMERICANO	3
1.1.1 <i>Modelo del Federal Civil Procedure</i>	3
1.1.2 <i>Normativa aplicable</i>	7
1.2 LA MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO	8
CAPÍTULO SEGUNDO: LAS <i>INJUNCTIONS</i> EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO	8
2.1 CONCEPTO	8
2.2 FUNDAMENTO	11
2.3 CLASIFICACIÓN	13
2.4 CARACTERÍSTICAS	17
2.5 EFECTOS PARTICULARES	20
2.6 EJECUCIÓN DE LAS <i>INJUNCTIONS</i>	22
CAPÍTULO TERCERO: LA <i>INJUNCTION</i> A LA LUZ DEL DERECHO CHILENO	24
3.1 EL MODELO CHILENO	24
3.2 PARTICULARIDADES	26
3.3 DIFERENCIAS ENTRE EL MODELO NORTEAMERICANO Y EL MODELO CHILENO.....	27
3.3.1 <i>El carácter drástico y extraordinario de las injunctions</i>	29
3.3.2 <i>La permanent injunction</i>	30
CONCLUSIONES	31
BIBLIOGRAFÍA	34
JURISPRUDENCIA	35

INTRODUCCIÓN

La categoría de tutela cautelar se manifiesta y regula de manera diferente dependiendo del ordenamiento jurídico que se analice. En base a una distinción tradicional, entre el *common law* y el derecho continental, se afirma que son diametralmente distintos, por cuando se fundan en bases diferentes. Una manifestación de esta diferencia al nivel de los principios en que se funda el sistema es la figura del *stare decisis*, el cual tiene su forma más pura en el sistema del *common law* como fundamento del sistema, en el derecho continental sólo se manifiesta de manera accidental. Con todo, nace la pregunta respecto a ¿qué aspectos o instituciones del derecho procesal nos encontramos con semejanzas entre estos sistemas.

A lo largo del desarrollo de la jurisprudencia norteamericana nos podemos encontrar con que las cortes federales han adoptado una serie de medidas que llaman la atención dada su gravedad y amplitud. Éstas medidas son las *injunctions*, las cuales podemos asimilar a las medidas cautelares, una figura propia de la tutela cautelar.

Estas medidas han sido adoptadas en diferentes ámbitos del derecho, ya sea en materia de derechos fundamentales, en materia de *Copyright*, o simplemente en materia civil patrimonial.

Ante la importancia de estas figuras, llama la atención y se hace necesario analizar si éstas tienen algún grado de similitud con la tutela cautelar en el derecho chileno.

En atención a lo anterior, la presente investigación tiene por objeto realizar un análisis respecto de la figura de la *injunction* norteamericana para poder determinar si ésta figura tiene alguna semejanza con las medidas que establece nuestro Código de Procedimiento Civil, en particular con las medidas establecidas en los artículos 273, 290 y 298. Y en el caso de que no existiera dicha similitud, cabe preguntarse ¿sería conveniente la aplicación de una figura similar en nuestro sistema procesal?

La estructura del presente trabajo se divide en tres partes principales: en su primera parte, en una breve mención a las generalidades del *federal civil procedure* norteamericano, su ámbito de aplicación, la estructura general del procedimiento. Esto para poder determinar el terreno en donde opera esta figura, mencionando la normativa generalmente aplicable a la misma.

En su segunda parte, se analiza directamente la institución, primero, analizando los conceptos que ha formulado la jurisprudencia, para después determinar su fundamento y finalidad, luego, mostrando las diversas clasificaciones que ha hecho la jurisprudencia norteamericana, para continuar con la enunciación de las características de esta figura, sus efectos particulares y finalizando con la forma de ejecutarlas.

En último término, se realizará un análisis comparativo entre la figura de la *injunction* y las medidas cautelares que establece el derecho procesal civil chileno, para obtener la respuesta a la pregunta antes formulada.

CAPÍTULO PRIMERO: EL MODELO DE MEDIDAS CAUTELARES A NIVEL FEDERAL EN ESTADOS UNIDOS

1.1 GENERALIDADES DEL FEDERAL CIVIL PROCEDURE NORTEAMERICANO

1.1.1 *Modelo del Federal Civil Procedure*

El modelo de procedimiento civil comúnmente está establecido para la resolución de conflictos entre particulares, ya sea en materia contractual, o extracontractual, materias de familia, etc. Pero el modelo del *civil procedure* norteamericano dista de ésta estructura tradicional. Por cuanto, el procedimiento civil también está establecido para resolver conflictos tanto entre particulares como propios del derecho público¹, el cual es expresión del el control difuso de constitucionalidad², característico de los Estados Unidos, y a su vez en la materia relativa a la conducta de los funcionarios públicos. Pero siempre haciendo la diferenciación con el derecho penal, el cual tiene un rito que se encuentra regulado en un cuerpo normativo totalmente distinto, el *Federal Rules of Criminal Procedure*.

En Estados Unidos, dado que existe un sistema federal, es necesario hacer la diferencia respectiva ya que existe un sistema de procedimiento civil estatal y otro federal. El presente trabajo se va a centrar únicamente en la perspectiva federal y su regulación. Esto, porque si bien en las *Federal Rules of Civil Procedure* (en adelante *FRCP*) se establecen las normas generales en esta materia, cada Estado tiene sus normas procesales particulares.

La estructura orgánica de sistema judicial estatal norteamericano está compuesto por, en orden piramidal: la *State Supreme Courts*, seguidas por las *Intermediate Appellate*

¹ HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, (traducción castellana de F. Gascón, Navarra, Editorial Aranzadi, 2006), pág. 43

² RÍOS, Lautaro, *El control de constitucionalidad de la ley en la República de Chile*, en *Ius et praxis*, 8 (2002), pág. 2, el autor define el control difuso de constitucionalidad como: “aquél en que cualquier tribunal puede declarar la inaplicabilidad de un precepto legal o de inferior jerarquía, que sea contrario a la Constitución, en el caso particular del cual conoce.”

Courts, y finalmente con los *Trial Courts*, las cuales pueden ser *District, County or Municipal Court, Juvenile or Family Court, Probate Court* o *Criminal Court*.

La estructura orgánica del sistema judicial federal consta de, y enunciándolo en modo jerárquico, la *Supreme Court of the United States*, seguido por las *U.S. Courts of Appeals* y la *Court of Appeals for the Federal Circuit*, y finalmente la *U.S. Claims Court, U.S. Court of International Trade* y las *U.S. District Courts*.

La característica más importante del *civil procedure*, es que el juicio que esta lleva adelante, por regla general ante jurado. Esto se establece en la VII Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos la cual dispone que: “*In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved (...)*”, es decir, que en cualquier asunto donde la cuantía de lo discutido exceda los veinte dólares sea conocido por juicio ante jurado, a estos se les denominan litigios *at law*, por lo tanto esta situación constituye la regla general.

Ahora, lo que importa para la presente investigación es que las *injunctions* constituyen la excepción a dicha regla, dado que éstas son adoptadas por el tribunal pero sin presencia de jurado. Esto es lo que se denomina un litigio *in equity*, lo significa que es solamente el juez quien adopta la decisión en atención al mérito del caso.

Cabe mencionar que, en un comienzo los litigios *in equity* y los litigios *at law* estaban separados, porque los primeros eran conocidos sólo por las *courts of equity*, pero hoy estos sistemas se encuentran fusionados en el sistema federal³, y esto se manifiesta en las *FRCP*, particularmente en su *rule 2*, dado que establece que “*There is one form of action—the civil action*”, es decir, no se distingue entre las dos clases de procedimientos que habían antiguamente.

En términos generales el *civil procedure* se divide en cuatro etapas, una primera denominada *pretrial proceeding*, una segunda denominada *trial*, la tercera denominada *post trial proceeding*, y finalmente la última denominada *enforcement of judgment*.⁴

Respecto de la primera, esta se da inicio con la interposición de una *complaint* (demanda), esta etapa es muy importante, porque constituye una fase de investigación muy elaborada, principalmente por la figura del *discovery*⁵, además como esta fase es de

³ Rutter Group Prac. Guide Fed. Civ. Pro. Before Trial Ch. 13.3

⁴ SIRVENT, Consuelo, *El procedimiento civil en los Estados Unidos de América*, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1590/29.pdf>

⁵ HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele, cit. (nº1) pág. 141, dado que el autor en su análisis comparativo entre el *civil procedure* norteamericano y el del *civil law* nos aclara que “El sistema norteamericano regula investigaciones preliminares elaboradas y con frecuencia muy amplia sobre las pruebas, seguidas de un juicio rápido y concentrado(...)”, y la mayor manifestación de esta regulación es la figura del

preparación de juicio, no solo tiene importancia en materia de pruebas, sino que también en materia de soluciones extrajudiciales del asunto -intentos de conciliación- y para ello se establece un procedimiento de oferta de transacción, el *settlement offer*.⁶

En cuanto a la segunda fase, el *trial* consiste en un procedimiento oral, donde la parte demandante comienza con la exposición de su caso, seguido por la exposición de la defensa del demandado el cual puede alegar excepciones, las cuales deben ser resueltas antes de iniciar la fase de pruebas. Respecto a esta última tiene especial importancia la interrogación de testigos, la cual es denominada *cross-examination*, dado que tras la interrogación de su parte, la contra parte tiene la posibilidad de contra interrogar al mismo testigo. La fase de prueba viene seguida por los alegatos finales, que básicamente son la alegación que realiza el abogado justificando su caso y normalmente intentando apelar a las emociones de los miembros del jurado, tras esto el juez instruye al jurado de los principios jurídicos aplicables al caso y luego de ello, el jurado se retira para deliberar sobre el veredicto. El veredicto constituye una decisión, y no una resolución, dado que ella es la sentencia, y será la sentencia la que se va a fundar en el veredicto dado por el jurado⁷.

Respecto de la tercera fase, como nos dice HAZARD, se analiza lo que ocurre con las sentencias que son impugnadas o “*challenged*”, dado que si no es así el *judgement* va a gozar de *res judicata* -la que entenderemos por “*a final judicial decision pronounced by a judicial tribunal having competent jurisdiction over the cause or matter in litigation, and over the parties thereto*”-⁸, en este sentido, en el caso *Cromwell v. County of Sac* la *Supreme Court* nos dice “*In the former case, the judgment, if rendered upon the merits, constitutes an absolute bar to a subsequent action. It is a finality as to the claim or demand in controversy, concluding parties and those in privity with them, not only as to every matter which was offered and received to sustain or defeat the claim or demand, but as to any other admissible matter which might have been offered for that purpose. But where the second action between the same parties is upon a different claim or demand, the judgment in the prior action operates as an estoppel only as to those matters in issue or points controverted, upon the determination of which the finding or verdict was rendered.*”⁹, es decir, que una sentencia que se pronuncia sobre el mérito o fondo del asunto, constituye un obstáculo para una acción posterior, pero cuando exista una segunda acción entre las mismas partes pero sobre un asunto distinto, la primera

Discovery, el cual es una clara manifestación de que este procedimiento se funda en el *Adversary System*. También véase, Vid. PÉREZ RAGONE, Álvaro, TAVOLARY GOYCOOLEA, Pía (Coordinadores), *Derecho Procesal Civil Comparado: Homenaje a Rolf Stürner* (LegalPublishing, Santiago, 2014) pág. 297-315

⁶ *Íbid*, pág. 140

⁷ *Íbid*, pág. 165

⁸ SPENCER, George, *The Doctrine of Res Judicata* (Londres, Editorial Butterworth, 1924)

⁹ Supreme Court of the United States, *Cromwell V. County of Sac* 94 U.S. 351, p. 351-353

sentencia opera como un impedimento u obstáculo sólo sobre aquellas materias controvertidas sobre las cuales dicha sentencia recayó.

Pero como hemos mencionado puede que la sentencia sea controvertida. Las sentencias de primera instancia por regla general serán impugnadas mediante recurso de apelación, el cual podrá recaer sobre la validez de los principios jurídicos aplicados y sobre la suficiencia de las pruebas para determinar hechos. Además, tenemos que tener en consideración que la apelación, en el *civil procedure*, tiene la calidad de un proceso autónomo, y está regulada por un conjunto de normas relativas al procedimiento de impugnación.¹⁰

Y finalmente la cuarta fase, que constituye el *enforcement of judgment*, que básicamente es la ejecución de las sentencias. En este sistema, “(...)La sentencia que condena al resarcimiento de un daño se ejecuta a través de procedimientos dirigidos a embargar los bienes del deudor y a lograr que se vendan, para obtener las cantidades necesarias para pagar lo previsto en la sentencia”¹¹. A su vez el autor mencionado con anterioridad nos dice que la obligación que es creada con ocasión de la sentencia no es por ningún motivo auto ejecutiva, sino que es a iniciativa de parte, si es que la parte condenada no concurre a pagar voluntariamente.

En la situación de que se genere a iniciativa de parte la ejecución, HAZARD nos dice que, para la ejecución de sentencias de tribunales federales, el embargo de los bienes será realizado por un funcionario público, denominado *U.S. Marshall*. Él embargará los bienes materiales. Suerte distinta corren los bienes inmateriales, como cuentas bancarias, acciones sobre sociedades, las cuales se embargan mediante una orden especial emitida por el tribunal, denominada *writ of garnishment*. Estos bienes inmateriales consisten en deudas que deben terceros, y esta orden básicamente consiste en que dicho tercero deba pagar al acreedor ejecutante.

Tal como sucede en Chile, la orden de embargo no es suficiente para traspasar el dominio de los bienes embargados a un tercero; sino que para ello se requiere de una subasta pública, solamente que en el *civil procedure* ésta es denominada *execution sale*.¹²

Las *injunctions* se manifiestan principalmente en la primera etapa, ya sea en la figura de una *temporary restraining order* o una *preliminary injunction*, sin perjuicio de aquello,

¹⁰ HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele, cit. (nº1) pág. 193, cabe mencionar que una vez que recaiga una sentencia firme después de resuelto el recurso, si es que se ha interpuesto, dicha sentencia gozará de la *res judicata* como fue descrito.

¹¹ *Ibid*, p. 219

¹² *Ibid*, pag. 220

en su segunda etapa se puede solicitar una *temporary injunction*, y a su vez en la dictación de sentencia, se puede dictar una *permanent injunction*.

1.1.2 Normativa aplicable

En primer lugar, el Poder Judicial se encuentra regulado en la Constitución de los Estados Unidos en su artículo 3. Dentro de aquel, en su sección primera, se establece “*The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.*”, que básicamente organiza la estructura del Poder Judicial, como ya fue mencionado, y señala que sus miembros permanecerán en su cargo mientras dure su buena conducta, y que recibirán una compensación por su labor, la cual no será reducida durante su permanencia en su cargo.

Dentro del mismo cuerpo normativo, en el *Bill of Rights*, también existen ciertas normas que regulan al Poder Judicial, entre las cuales está la V Enmienda, por cuanto establece que “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury(...)*”, es decir que ninguna persona deberá responder por un patrimonio o crimen a menos de que así lo ordene un gran jurado, además en esta Enmienda se reconoce que “*(...)nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law(...)*”, en esta norma se reconoce el derecho a la no autoincriminación, y a su vez la garantía del debido proceso. En su VII Enmienda, la constitución establece: “*In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise reexamined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.*”, que, como ya se mencionó, establece la garantía de juicio ante jurado, y que ningún hecho conocido por el jurado podrá ser reexaminado por ninguna Corte de los Estados Unidos, si no como lo establece las normas del *common law*.¹³

Las normas que regulan este proceso están contenidas en las *FRCP*, las cuales son normas que rigen el proceso en las cortes de distrito. En su *rule n°1* establece la finalidad de aquellas normas, que es: *to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding*, es decir, asegurar una no costosa, rápida y justa determinación o resolución de cada acción y procedimiento.

¹³ Vid. CAPPALLI, Richard, *Procedimiento civil comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica*, en *Revista Chilena de Derecho*, 19 (1992) pp. 212

Este cuerpo normativo está compuesto de 86 *rules* distribuidas en XI títulos, las *injunctions* se encuentran reguladas en el título VIII, en la *rule* n° 65, sobre *Injunctions and Restraining Orders*, en ella regula los requisitos para adoptar tanto una *preliminary injunction*, como una *temporary restraining order*, a su vez regula el contenido de la resolución que adopta la medida.

Además hay que tener en cuenta que en la jurisdicción federal, cada *federal district court* tiene sus propias regulaciones sobre la concesión de las *injunctions*, por lo tanto también hay que tener a la vista dichas normativas.¹⁴

1.2 LA MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO

Las medidas cautelares se identifican en el *common law* con la figura de las *injunctions*, y estas son dictadas en procedimientos *in equity*¹⁵, es decir, que se va a pronunciar respecto de aquella solamente en base al mérito del caso, a diferencia de la regla general, que es ante jurado. Dado que lo que resolverá el jurado será si se condena, o no, por la indemnización en razón de los perjuicios causados. En cambio, respecto de las *injunctions* será el juez quien mediante una sentencia ordene a una parte a que haga algo o se abstenga de hacer algo, y la principal diferencia es que no requiere del veredicto de un jurado para que el juez dicte la sentencia adoptando una *injunction*, lo que no puede suceder, por ejemplo, en materia de una indemnización, la cual se debe fundar en un veredicto.¹⁶

Como pudimos ver, en *FRCP* en su *rule* 65 se regulan tanto las *temporary restraining orders*, y a su vez las *injunctions*, estas serán las que pasaremos a analizar y caracterizar en el próximo capítulo.

CAPÍTULO SEGUNDO: LAS *INJUNCTIONS* EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO

2.1 CONCEPTO

¹⁴ 14A Cyc. of Federal Proc. § 73:2 (3d ed.)

¹⁵ LEUBSDORF, John, *The Standard for Preliminary Injunctions*, en *Harvard Law Review*, vol. 91 (1978), no. 3, p. 525

¹⁶ HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele, cit. (n°1), pág. 165

Como ya hemos visto, las *injunctions* se encuentran reguladas en las *FRCP* en su *rule* 65, y si bien nos encontramos con dos sistemas, el estatal y el federal, solamente nos atenderemos a las características de las *injunctions* en este último sistema. Las *injunctions* pueden ser definidas como “una sentencia por que se ordena al demandado que realice un determinado acto –o una serie de actos- o que se abstenga de su realización, y que es distinta de la condena de la reparación del daño”¹⁷. Como nos dice esta definición es una sentencia, dado que estas medidas constituyen uno de los *remedies* que establece el ordenamiento norteamericano. Pero entre estos, podemos distinguir dos: por una parte aquel que se denomina *legal remedies* o *relief*, que constituirían, por ejemplo, el otorgamiento de una indemnización por un daño causado; pero además se establece la posibilidad de solicitar otra clase de remedios, los denominados *injunctive relief*, que básicamente constituyen las medidas en cuestión, que son adoptadas por medio de una sentencia, y que se basan en que ciertos daños requieren de un remedio distinto al solicitado en la demanda (que hablamos de una indemnización), por ejemplo la cesación de una actividad que le produce un daño irreparable al *plaintiff*.¹⁸

Mediante ésta sentencia se puede establecer que la parte haga algo, o deje de hacer algo. Esto depende tanto del contenido de la solicitud como de la clase de daño que se está generando con la actividad en particular, o con la ausencia de dicha actividad. Este contenido va directamente relacionado con lo que se busca con el *injunctive relief*. Y finalmente, este remedio, como ya se mencionó, es distinto al de la condena a la reparación del daño, dado que constituye un remedio distinto a aquellos *remedies at law*.

Cuando hablamos sobre su establecimiento mediante sentencia, nos referimos a lo que ya ha sido mencionado con anterioridad, es decir, que estas sentencias son en procedimientos *in equity*, por lo que, basta con el sólo mérito del caso para determinar la procedencia de dicho remedio, y en base al mismo queda en la prudencia y equidad del juez determinar si es necesario y se justifica la aplicación de dicha medida.

Podemos denotar que este concepto parte esencialmente de la forma en cómo se materializa, y a su posible contenido, remarcando su diferencia con aquellas sentencias que son fruto de un procedimiento *at law*.

Otro concepto, describe ésta figura desde una perspectiva distinta, nos dice “*Injunction is an equitable remedy designed to protect property or other rights from irreparable injury by prohibiting or commanding certain acts. It is a drastic and extraordinary remedy, and when employed by a court, it directs the conduct of a party and does so with the backing of its full coercive powers.*”¹⁹ (“una *injunction* es un remedio de

¹⁷ *Ibid*, pág. 177

¹⁸ Vid, 14A Cyc. of Federal Proc. § 73:10 (3d ed.), en el mismo sentido se expone en, 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2942 (3d ed.)

¹⁹ 19 Fed. Proc., L. Ed. § 47:1

equidad diseñado para proteger la propiedad, u otros derechos, de un daño irreparable²⁰ mediante la prohibición u ordenando de ciertos actos. Es un remedio drástico y extraordinario, y cuando es dictado por una corte, dirige la conducta de una de las partes, y lo hace fundándose en todos sus poderes coercitivos”).

Este concepto se centra en otros elementos, a diferencia del anterior, dado que primero, enuncia la función o finalidad de estas medidas, que es proteger la propiedad u otros derechos de un daño irreparable, esto mediante la imposición de la obligación a una parte para hacer algo o no hacer algo; Así mismo, nos da una caracterización de estas medidas, por cuanto son un remedio drástico²¹ y extraordinario²² y que se respalda en los poderes coercitivos de la Corte. Aquí podemos hacer la conexión con el concepto anterior, dado que en aquel se enuncia la forma en cómo se materializan estas medidas, la cual es una sentencia, y la materialización de los poderes coercitivos de un tribunal es la misma sentencia.

Hay que mencionar, además otro concepto, el cual es dado por la *United States Court of Appeals, ninth circuit*, “*An injunction may be defined as an order that is directed to a party, enforceable by contempt, and designed to accord or protect some or all of the substantive relief sought by a complaint in more than temporary fashion*”²³ (“una *injunction* puede ser definida como una orden dirigida a una de las partes, ejecutable por desacato, y diseñada para otorgar o proteger parte o la totalidad de la compensación sustantiva buscada por la demanda, en más que una forma temporal.”)

Este concepto nos produce un cambio de perspectiva, dado que de su tenor literal hace presumir que, en cierta medida, podrían constituir una forma de tutela anticipatoria²⁴,

²⁰ Por daño irreparable entendemos que “*Irreparable injury has been defined as injury which is certain and great and cannot be compensated by the award of money damages.*” Es decir, que es un daño cierto e importante, que no puede ser compensado a través de una indemnización. Véase en 14A Cyc. of Federal Proc. § 73:52 (3d ed.)

²¹ *United States District Court for the Southern District of California*, In re California Lumber Corp., 24 F.R.D. 190, 192 (S.D. Cal. 1959). “*The drastic remedy of injunctive relief should issue only in extraordinary circumstances where the court is satisfied that a right is about to be destroyed or irreparably injured by an illegal act*” Esto es, dado que constituye un remedio de carácter drástico, y solamente debe concederse en circunstancias extraordinarias, donde la Corte está satisfecha de que un derecho esta por ser destruido o irreparablemente dañado por un acto ilegal.

²² 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2942 (3d ed.) “*Since an injunction is regarded as an extraordinary remedy, it is not granted routinely; indeed, the court usually will refuse to exercise its equity jurisdiction unless the right to relief is clear.*” Es decir, que dado que las *injunctions* son otorgadas como un remedio extraordinario, estas no son dadas rutinariamente, en todo caso, la corte usualmente se va a rehusar a ejercitar su jurisdicción de equidad, a menos que el derecho al alivio este indubitado.

²³ *United States Court of Appeals, Ninth Circuit, GON V. FIRST STATE INS. CO.*, 871 F.2d 863 (9th Cir. 1989)

²⁴ Pero como podemos dilucidar de los conceptos anteriores, esta característica no ha sido mencionada, sino que solamente se ha hecho énfasis ya sea en el contenido de la sentencia que contendría la *injunction*, o ya sea a la finalidad propia que sería proteger un derecho, ya sea la propiedad u otros, de un daño

dado que al enunciar que están diseñadas ya sea para proteger u otorgar parte o la totalidad de la compensación sustantiva solicitada en la demanda, estaríamos frente a un supuesto de tutela anticipatoria. La mención a que estas medidas tienen por objeto obtener o proteger lo solicitado en la demanda, en más que de forma temporal, es una evocación a lo que sería posiblemente una *permanent injunction*..

Pero respecto de los demás elementos de la definición podemos decir que están acordes a lo enunciado por los conceptos anteriormente expuestos, dado que consisten en órdenes decretadas por el tribunal, hacia una de las partes, la cuales son ejecutable frente al desacato²⁵.

2.2 FUNDAMENTO

Teniendo en cuenta el marco conceptual que se ha dado, tanto a nivel doctrinal como a nivel jurisprudencial, hace necesario encontrar el fundamento de la utilización de estos remedios en equidad.

Para ello hay que denotar que “(...) *The substantive prerequisites for obtaining injunctive relief are not changed by Fed. R. Civ. P. 65 and depend on traditional principles of equity jurisdiction.*”²⁶ Es decir, que los requisitos sustantivos para conceder u obtener una de estas medidas se encuentran en los principios tradicionales de la jurisdicción de equidad, y a partir de estos requisitos podemos extraer el fundamento de estas medidas.

En la jurisprudencia se han dado diversos requisitos para poder conceder alguna de estas medidas, una de las sentencias más importantes constituye aquella en el juicio eBay Inc. V. MercExchange, en donde la *Supreme Court* estableció que “*According to well-established principles of equity, a plaintiff seeking a permanent injunction must satisfy a four-factor test before a court may grant such relief. A plaintiff must demonstrate: (1) that it has suffered an irreparable injury; (2) that remedies available at law, such as monetary damages, are inadequate to compensate for that injury; (3) that, considering*

irreparable. Por lo que agregar esta nueva característica vendría a entrar en contravención con lo que se enuncio con anterioridad, por cuanto, estas medidas vendrían a ser concedidas cuando el *relief* que se busca no puede ser concedido por alguno de los remedios *at law*, por lo que decir que una *injunction* vendría a estar diseñada para otorgar parte o la totalidad de lo solicitado en la demanda sería contradictorio.

²⁵ Esto nuevamente se encuentra en relación con uno de los conceptos dados con anterioridad, por cuanto las *injunctions* se encuentran respaldadas por el poder coercitivo de los tribunales federales, por tanto frente al incumplimiento de alguna de estas medidas decretadas por el tribunal, se procederá mediante la figura de desacato para poder ejecutar lo dispuesto en dicha medida.

²⁶ 14A Cyc. of Federal Proc. § 73:2 (3d ed.)

the balance of hardships between the plaintiff and defendant, a remedy in equity is warranted; and (4) that the public interest would not be disserved by a permanent injunction.”²⁷ Aquí la *Supreme Court*, a propósito de una *permanent injunction*, dispone que es necesario realizar un test de cuatro factores determinantes, en primer lugar, que el solicitante ha sufrido un daño irreparable; en segundo lugar, que los remedios *at law*, es decir, aquellos que son solicitados en la demanda principal no son adecuados para poder compensar el daño que se ha sufrido; en tercer lugar, que teniendo en consideración las dificultades entre el demandante y el demandado, el remedio en equidad es justificado; y finalmente, que el interés público no se verá perjudicado por la concesión de una *permanent injunction*.

Otra sentencia establece los requisitos para conceder una *preliminary injunction*, en el caso *Apple, Inc. V. Samsung Electronics Co., Ltd* (2012), donde la corte establece que “*In light of the longstanding principles of equity that govern any request for injunctive relief, a party seeking a preliminary injunction must establish that: (1) it is likely to succeed on the merits of the underlying litigation, (2) it is likely to suffer immediate, irreparable harm in the absence of preliminary relief, (3) the balance of equities weighs in its favor, and (4) an injunction is in the public interest.*”²⁸ Es decir, los principios que deben manifestarse en toda solicitud de una *preliminary injunction* son, en primer lugar, que sea probable que prospere en los méritos de la cuestión principal; en segundo lugar, que sea probable que se sufra inmediatamente, un daño irreparable, ante la ausencia de una remedio preliminar; en tercer lugar, que el balance de las equidades se incline a favor del solicitante; y finalmente, que la medida sea en interés público.

²⁷ *U.S. Supreme Court, eBay Inc. V. MercExchange*, 547 U.S. 388 (2006), en este caso los hechos consistieron en que eBay practica su negocio con una tecnología de la cual MercExchange es dueña de patentes comerciales, en particular una que cubre la función “*Buy it Now*” (la cual consiste en un 30 % del negocio de la compañía), en razón de esto eBay inició una serie de negociaciones para comprar dichas patentes a MercExchange las cuales concluyeron en un abandono de las negociaciones por parte de eBay. A partir de esto MercExchange demandó a eBay por infracción de patentes, proceso en el cual obtuvo un fallo favorable, además solicitó una *injunction* para prevenir que eBay siga utilizando las propiedad intelectual de la cual es dueño MercExchange, medida que fue denegada por la corte de distrito, pero finalmente concedida por la corte federal de apelaciones, estableciendo que esos son los criterios en virtud de los cuales se concede una *permanent injunction*, y finalmente eBay eleva el caso a la *Supreme Court* donde prevalece, y la sentencia de la corte de apelaciones es anulada, por no atenerse a los principios tradicionales de equidad.

²⁸ *United States District Court, Northern District of California, San Jose division, Apple, Inc. v. Samsung Electronics Co., Ltd.*, 877 F. Supp. 2d 838 (2012), en este caso Apple demandó a Samsung alegando la infracción de una serie de patentes comerciales y la afectación a la imagen corporativa de Apple, Samsung por su parte alegó, a su vez, la infracción de una serie de patentes por su parte, este procedimiento resultó en un fallo favorable a Apple condenando a Samsung a más de \$1 billón de dólares. Tras el juicio, Apple solicitó una *permanent injunction* para que Samsung sea obligado a dejar de importar o vender cualquiera de sus 26 patentes de *smartphones* o *tablets*, o cualquier otro producto que sea parcialmente distinto a aquellos que han sido infringidos ya sea por diseño o por sus características. Ante esto la corte denegó la concesión de la *permanent injunction*, y a su vez en la apelación, esto dado que, en criterio de la corte, Apple no pudo probar que estas circunstancias le generaban un daño irreparable.

En el caso *Borum V. Brentwood Village*, 2016, se estableció que “*To warrant preliminary injunctive relief, the moving party must show (1) a substantial likelihood of success on the merits, (2) that it would suffer irreparable injury if the injunction were not granted, (3) that an injunction would not substantially injure other interested parties, and (4) that the public interest would be furthered by the injunction.*”²⁹ Es decir, que para otorgar una *preliminary injunction* la parte solicitante debe demostrar, en primer lugar, una probabilidad sustancial de éxito en base a los méritos del caso; en segundo lugar, de que se va a sufrir un daño irreparable en el caso de que la medida no sea otorgada; en tercer lugar, que la medida no dañara sustancialmente a otra parte interesada; y finalmente que el interés público será promovido a través de la medida.

Como podemos denotar de los ejemplos dados, si bien los requisitos que establecen dichas sentencias en cierta medida varían, hay un elemento que es común en todas ellas, que es el elemento del daño irreparable, o alta probabilidad de ocurrencia de un daño irreparable.

Este elemento se identifica con el fundamento de las *injunctions*, el cual es proteger ciertos derechos del daño irreparable que pueda ocasionar una actividad ilegal, pero esta protección es distinta a la protección judicial general, o *at law*, por cuanto constituye un mecanismo distinto y extraordinario para velar por esos derechos.

Entonces podríamos decir que el fundamento de las *injunctions* es la necesidad de otorgar una protección a las partes de aquellos daños o amenazas de daños, los cuales no pueden ser cesados o prevenidos, mediante los mecanismos que establecen los procedimientos *at law*.

2.3 CLASIFICACIÓN

Las *injunctions* se pueden clasificar en base a diversos criterios, y a continuación se expondrán unas clasificaciones a las cuales se pueden someter estas medidas, en particular, nos vamos a centrar en tres criterios para clasificarlas, en primer lugar, en base a un criterio temporal, en segundo lugar, en base al efecto que tienen en la parte

²⁹ *United States District Court, District of Columbia, Borum V. Brentwood Village, LLC*, 218 F. Supp. 3d 1 (2016), en este caso, el cual trata sobre una zona residencial la cual iba a ser objeto de una remodelación de infraestructura, la corte tuvo que ponerse en la situación de tener que decidir si amparaba la remodelación o perjudicar el hogar de familias, quienes dependían del *statu quo*, este daño se generaría por la violación a las normas de la *Federal Fair Housing Act*, y los demandantes solicitaron que la corte ordenara una *preliminary injunction* para prevenir el daño irreparable que les podría generar esta situación. En este caso la corte denegó la solicitud dado que los demandantes no lograron demostrar que las amenazas del posible daño irreparable eran de carácter inminente.

ordenada, y en tercer lugar, a partir del efecto particular de la medida. Terminaremos en esfuerzo por lograr asimilar una de estas clasificaciones con las que se aplican en el derecho chileno.

En base al primer criterio, podemos clasificar a las *injunctions* entre, *Temporary Restraining Orders*, *Preliminary Injunctions* y *Permanent Injunctions*.³⁰ Las *Preliminary Injunctions* son “*a provisional remedy issued prior to final disposition of the litigation. Its function is to preserve the status quo and to prevent irreparable loss of rights prior to judgment.*”³¹ Esto quiere decir, que son un remedio provisional, anterior a la disposición final de la litigación o proceso. Su función es preservar el *statu quo* y prevenir una pérdida irreparable de derechos anterior a la sentencia. En base al criterio de la clasificación, estas *injunctions* tendrán lugar durante la litigación, porque como dice su concepto, su función es mantener el *statu quo* en el periodo de tiempo anterior a la sentencia.

Sobre las *Temporary Restraining Orders* se ha fallado que “*a temporary restraining order is designed to restrain the defendant for a brief period pending a hearing on an application for a preliminary injunction.*”³² es decir, que una *temporary restraining order* está diseñada para contener o restringir al demandado por un breve periodo de tiempo, pendiente la audiencia para la aplicación de una *preliminary injunction*. Como podemos ver, estas son una forma de *preliminary injunction*, por cuanto las *temporary restraining orders* también van en búsqueda de mantener el *statu quo*, pero esto se extiende durante el tiempo que suceda entre su solicitud hasta que se realice la audiencia para solicitar la *preliminary injunction*. Éstas medidas pueden ser otorgadas sin darle noticia a la contraparte, lo cual es una característica particular de estas medidas en comparación con las *preliminary injunctions*. Ahora, para que sean concedidas sin noticia de la contraparte, o su abogado, es necesario que se cumplan ciertos requisitos: (1) que claramente conste de hechos específicos demostrados, ya sea por declaración jurada o por la demanda verificada, que un daño irreparable e inmediato, o pérdida, puede resultar al demandante antes de que la contraparte sea notificada o escuchada en audiencia. (2) que se debe certificar que se han hecho los esfuerzos por notificar a la

³⁰ Cabe hacer la mención de que si bien cada una de estas medidas se consideran clases distintas de *equitable relief*, la negación de uno no impide que se pueda solicitar otro, así nos dice el texto, Rutter Group Prac. Guide Fed. Civ. Pro. Before Trial Ch. 13:11, dado que establece “*Denial of preliminary injunctive relief (or failure to seek such relief) does not affect the right to seek a permanent injunction, as they are ‘distinct forms of equitable relief that have different prerequisites and serve entirely different purposes.’*”, esto último fue extraído de la sentencia *Lerner Germany GmbH v. Lerner Corp.* (Fed. Cir. 1996) 94 F3d 1575, 1577, básicamente establece que cada forma de *equitable relief* tiene distintos prerequisites y sirven para finalidades totalmente distintas.

³¹ Rutter Group Prac. Guide Fed. Civ. Pro. Before Trial Ch. 13-A

³² 42 Am. Jur. 2d Injunctions § 8

contraparte, y a su vez los argumentos en virtud de los cuales se justifica que no deba haber una notificación o aviso de ésta medida.³³

En tercer lugar, nos encontramos con las *permanent injunctions*. Éstas tienen por finalidad, al igual que las anteriores, mantener el *statu quo* pero con un efecto de carácter perpetuo³⁴.

Como podemos ver, a las *injunctions* las podemos clasificar desde un criterio temporal, dado que en una línea de tiempo secuencial, las primeras que podrían tener efecto son las *temporary restraining orders*, para después solicitar una *preliminary injunction*, y si se requiere mantener el *statu quo* tras la sentencia y hacia futuro de manera indeterminada, se solicitará una *permanent injunction*.

Un segundo criterio para clasificar estas medidas es respecto al efecto que tienen en la parte ordenada. Entonces hablaríamos de las denominadas *mandatory injunctions* y las *prohibitory injunctions*³⁵. En particular, aquellas contienen una orden a la parte para que realice algo, y por su parte estas, como dice su nombre, ordena a la parte a que se abstenga de la realización de un acto³⁶.

Este último criterio lo podríamos similar al utilizado por ROMERO SEGUEL, pero, debemos observar que utiliza una denominación distinta, dado que clasifica las medidas cautelares en base al criterio del contenido de las mismas. Por lo tanto, habrían medidas cautelares conservativas e innovativas, las primeras serían aquellas que “impiden determinados cambios en la situación de hecho, evitando el daño que puede significar que el proceso jurisdiccional llegue demasiado tarde; el proceso cautelar de esta clase trata de conservar (inmovilizar) una situación, para impedir cambios de la misma que puedan frustrar, luego, el resultado práctico del proceso jurisdiccional o del ejecutivo.”³⁷ Las innovativas, en cambio, son aquellas que “se encaminan a producir una alteración del estado de hecho, que de no mediar comprometerían el resultado del

³³ 14A Cyc. of Federal Proc. § 73:41 (3d ed.)

³⁴ 42 Am. Jur. 2d Injunctions § 11, “ *While preliminary injunctions are designed simply to preserve the status quo pending resolution of the merits of the case, permanent injunctions extend or maintain the status quo indefinitely.*” Es decir, que mientras una *preliminary injunction* es diseñada simplemente para preservar el *statu quo* pendiente la resolución de los méritos del caso, las *permanent injunctions* se extienden o mantienen el *statu quo* de manera indefinida.

³⁵ Rutter Group Prac. Guide Fed. Civ. Pro. Before Trial Ch. 13:12

³⁶ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Meghrig v. KFC Western, Inc.* (1996) 516 US 479, 485, 116 S.Ct. 1251, 1254, esta sentencia estableció en una de sus partes “*Under a plain reading of this remedial scheme, a citizen plaintiff could seek a mandatory injunction that orders a responsible party to “take action” by attending to the cleanup and proper disposal of waste, or a prohibitory injunction that “restrains” a responsible party from further violating RCRA.*” Esto es, que un ciudadano demandante podría solicitar una *mandatory injunction* que ordene a la parte responsable a “tomar acción” asistiendo a la limpieza y eliminación de desechos, o podría solicitar una *prohibitory injunction* que “restrinja o contenga” a la parte responsable de futuras violaciones a la RCRA.

³⁷ ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, I (Santiago, Editorial Jurídica, 2012)

proceso”³⁸, si bien las conservativas se podrían identificar con las *prohibitive injunctions*, no se puede predicar lo mismo respecto de las innovativas y las *mandatory injunctions*, dado que si bien ambas tienden a producir un cambio a un estado de hecho, tienen finalidades distintas. Las primeras, buscan asegurar el resultado de la acción³⁹, y las segundas apuntan al cambio de un estado de hecho, dado que suponen una actuación positiva de la parte ordenada, pero en orden generar un *status quo*, por lo tanto las *injunctions*, ya sean *mandatory* o *prohibitory*, siempre atienden a generar o preservar un *status quo* lo que se identifica con las medidas conservativas.

Finalmente el tercer criterio se desarrolla a partir del efecto particular que tienen estas medidas. Así, las podemos clasificar entre *preventive injunctions*, *reparative injunctions* y *structural injunctions*. Las *preventive injunctions* la jurisprudencia las ha entendido como “*A preventive injunction attempts to foreclose a future harmful act; it would be improper unless the defendant is threatening to commit a wrong.*”⁴⁰ Esto quiere decir que, una *preventive injunction* va dirigida a anular la posibilidad de un acto dañino futuro, y sería impropia a menos que el demandado amenace con cometer un mal. Por otra parte, tenemos las *reparative injunctions* que son “*A reparative injunction prevents the future harmful effects of past acts; it requires the defendant to restore the plaintiff to a preexisting condition to which plaintiff was entitled.*”⁴¹ (“Las *reparative injunctions* previenen los efectos dañinos de actos del pasado, requieren del demandado para restaurar al demandante a una condición preexistente al cual este se encuentra titulado.”) Y finalmente están las *structural injunctions* que son “*The purpose of a structural injunction is to remodel an existing social or political institution to bring it into conformity with constitutional demands*”⁴². En este caso la corte se refiere a estas medidas en base a su propósito, el cual es remodelar una institución política o social, para traerla en conformidad con los requerimientos de la constitucion.

De este último criterio las únicas medidas que se podrían asimilar a las existentes en nuestro derecho son las *preventive injunctions*, dado que tanto las *reparative* como las *structural* superan a nuestra tutela cautelar en cuanto a contenido.

³⁸ CARNELUTTI, Francisco, Sistema de Derecho Procesal Civil, traducción al castellano por Alcalá-Zamora (B. Aires, UTEHA, 1944) pp. 246-248

³⁹ Vid. CORTEZ MATCOVIC, Gonzalo, *La tutela cautelar en el proceso civil* (Legalpublishing, Santiago, 2017), pág. 163

⁴⁰ *United States District Court, District of Columbia, Brenda LAMPKIN, as legal guardian of Jessica Lampkin and Christine Lampkin, et al., Plaintiffs, v. DISTRICT OF COLUMBIA, et al., Defendants* (886 F. Supp. 56, 100 Ed. Law Rep. 1031, D.D.C. 1995).

⁴¹ *Íbid*

⁴² *Íbid*

2.4 CARACTERÍSTICAS

La tutela cautelar norteamericana, y en particular las *injunctions*, tienen diversas particularidades, las cuales difieren de las características de la tutela cautelar en Chile, pero aun así podemos identificar que existen ciertos puntos de contacto, consideramos que esto se produce por la coincidencia en la esencia cautelar.

En primer lugar, podemos decir que las *injunctions* tienen un carácter extraordinario. Esto lo podemos afirmar en virtud de los requisitos que ha establecido la jurisprudencia para que estas medidas sean concedidas⁴³, ya sea una *permanent injunction*, o una *preliminary injunction*, o inclusive una *temporary restraining order*. Pero como hemos establecido anteriormente, en todos los requisitos, o principios de la equidad, se requiere la ausencia de un *remedie at law* para salvar la situación. Entonces este carácter subsidiario es el que a su vez determina el carácter extraordinario de estas medidas, esto lo vemos reafirmado en virtud de lo que nos dicen diversos textos en la materia, por ejemplo: “*Since injunctive relief prior to trial is an extraordinary remedy, there is a consensus of opinion that it is to be granted only in exceptional cases where the issues are clear and well defined, and where the plaintiff has established a reasonable certainty of prevailing at trial*”⁴⁴ esto nos dice que, dado que la tutela cautelar o las medidas cautelares previas al juicio son un remedio extraordinario, existe consenso en que solo deben ser otorgadas en situaciones excepcionales donde las cuestiones del caso están claras y bien definidas y donde el demandante ha establecido una certeza razonable de prevalecer en el juicio⁴⁵.

Otro rasgo de estas medidas es su carácter drástico. Esto está directamente relacionado con que la medida es propuesta por el demandante o *plaintiff*, por lo tanto lo único que debe hacer es convencer al tribunal sobre que dicha medida es la apropiada para sanear la situación y que prevenga la posibilidad que se genere un daño irreparable o hacer cesar el que ya está ocurriendo. Entonces, el hecho de que estas medidas queden a la sola discreción de la corte le otorga este carácter drástico⁴⁶. Ahora bien, el límite a ésta

⁴³ United States Supreme Court, *eBay Inc. V. MercExchange*, 547 U.S. 388 (2006)

⁴⁴ 1 Federal Unfair Competition: Lanham Act 43(a) § 10:2

⁴⁵ Esto lo podemos identificar con uno de los requisitos que se establecen en el derecho chileno para que sea concedida una medida prejudicial o cautelar, el cual es el *fumus boni iuris*, que como lo establece ROMERO SEGUEL es “es el juicio de verosimilitud acerca de la existencia del derecho que se reclama”, pero en cómo se ha analizado, de la jurisprudencia federal norteamericana podemos detectar que este requisito es mucho más exigente que el establecido en nuestro derecho continental, dado que aquí debemos demostrar que existe un derecho, no la apariencia de uno. ARANZI, Rolando, *Medidas cautelares* (VV.AA.) B. Aires, 2ª ed., 1999, p. 7, ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, I (Santiago, Editorial Jurídica, 2012)

⁴⁶ 14A Cyc. of Federal Proc. § 73:4 (3d ed.), establece que “*Mandatory injunctions may be issued by federal courts in proper cases, in the sound discretion of the court.*” Esto quiere decir que, una *mandatory*

discreción son los principios de la equidad. Como hemos visto, son aquellos que determinan la concesión de estas medidas, dado que en la ley no se regulan estos requisitos.

Otra característica de estas medidas, es que son de carácter accesorias en cuanto a su solicitud, pero independientes en cuanto a su existencia. La accesoriedad viene dada en virtud de que la solicitud de estas medidas es con ocasión de un juicio principal, en donde se está solicitando un *remedie at law*, como podría ser una indemnización de perjuicios en materia extracontractual; pero puede resultar que dicha indemnización no repare o satisfaga en todos los aspectos la situación, dado que por ejemplo el daño se puede seguir causando, y aquí entra el *injunctive relief* en cuanto a que viene a satisfacer al *plaintiff* en aquellos aspectos donde no existe un *remedie at law* que le pueda compensar⁴⁷.

Además, como es establecido en las *FRCP*, en particular en su *rule 2* “*There is one form of action—the civil action.*” Esto dice que existe na forma de acción, la acción civil, por tanto la accesoriedad en cuanto a su solicitud deriva en que históricamente estas medidas eran otorgadas por las *court of equity*, donde la competencia de estas cortes tenían como límite la existencia de un remedio *at law*. Pero eran dos acciones distintas, una para solicitar un *legal remedie*, y en el caso que dicho remedio sea insuficiente para cesar o prevenir un daño irreparable se podía solicitar un *injunctive relief*, pero con la unificación de estas acciones en la acción civil, el *injunctive relief* adquiere este carácter accesorio.

También esta accesoriedad en su solicitud queda de manifiesto dado que, una vez interpuesta la demanda, ésta no contiene la solicitud de una *injunction*, sino que debe hacerse mediante una *motion*, por lo tanto claramente es una cuestión accesorio a la principal⁴⁸.

Pero si bien son accesorias en cuanto a su solicitud, respecto a su subsistencia son independientes. Esto se presenta particularmente en las *permanent injunctions*, dado que son concedidas una vez finalizada la cuestión principal, y su mantención depende de persistan las circunstancias que justificaban la aplicación de esta medida. Además, hay que tener en consideración que el remedio principal ya fue obtenido. Por lo que ésta medida se desprende del remedio principal y adquiere un carácter de independencia. Se debe agregar que la concesión de estas medidas se realiza en virtud de que el remedio

injunction puede ser otorgada por cortes federales en casos concretos, en virtud de la sutil discreción de la corte.

⁴⁷ *Supra*, p.9, esto nuevamente lo podemos ver en los principios de equidad en virtud de los cuales se conceden estas medidas.

⁴⁸ 14A Cyc. of Federal Proc. § 73:48 (3d ed.) “*A preliminary injunction may be obtained upon motion.*” Es decir, que una *preliminary injunction* puede ser obtenida a partir de una moción.

legal no será suficiente para el *plaintiff*⁴⁹, entonces constituye un remedio distinto, distinguible e independiente al remedio legal.

Hay que mencionar, además que estas medidas son de carácter innominado⁵⁰. Esto se da en virtud de, que en su regulación⁵¹, la única mención que se realiza es la distinción entre *temporary restraining orders*, *preliminary injunctions* y *injunctions* en general; pero no existe ninguna mención a una forma que podría adoptar estas medidas, sino que estas están entregadas a la discreción de la corte. Y como ya hemos mencionado el único límite viene dado por los tradicionales principios de la equidad⁵². Dado que el contenido de la medida será aportado por el *plaintiff* en su *motion*, y quedará en la corte decidir si es procedente dicha medida.

Por último, podemos decir que estas medidas, por regla general, tienen un carácter provisorio. Dado que su principal finalidad es mantener el *statu quo*⁵³ con la sola finalidad de prevenir o detener la ocurrencia de un daño irreparable⁵⁴, hasta la resolución de la cuestión principal.

En virtud de las clasificaciones de estas medidas vimos que a proósito de su oportunidad podemos hablar de *temporary restraining orders*, *preliminary injunctions* y de *permanent injunctions*, el carácter provisorio radica en las dos primeras clases de medidas, dado que buscan mantener el *statu quo* durante el proceso hasta la resolución final sobre la cuestión principal, pero respecto a la última se producen problemas al darle este carácter provisorio, básicamente por los argumentos dados anteriormente. Las *permanent injunctions* se conceden en conjunto con la cuestión principal cuando el

⁴⁹ EQT Production Company v. Wender, 191 F. Supp. 3d 583 (S.D. W. Va. 2016). “*Permanent injunction*” is a form of equitable relief, appropriately granted when the court has found for the plaintiff on the merits of one or more of its claims and a legal remedy would be insufficient”. En otras palabras, una *permanent injunction* es una forma de remedio de equidad, concedido apropiadamente cuando la corte ha encontrado que el demandante en los méritos de una o más solicitudes y el remedio legal no serían suficientes.

⁵⁰ ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, I (Santiago, Editorial Jurídica, 2012), entendiendo por aquellas medidas cautelares que no se encuentran reguladas expresamente en la legislación, aquellas que son de carácter genérico o indeterminado.

⁵¹ FRCP, rule 65

⁵² Véase en, *Supreme Court of the United States*, Ebay Inc. et al., Petitioners, v. MercExchange, L.L.C. (126 S.Ct. 1837), en esta sentencia se establecen los requisitos para que sea concedida una *permanent injunction*, dichos requisitos representan los principios de la equidad que se aplican al momento de conceder una de estas medidas.

⁵³ 19 Fed. Proc., L. Ed. § 47:54, “*The status quo is not simply any situation before the filing of the lawsuit but rather the last uncontested status that preceded the parties’ controversy.*” Esto quiere decir que, el *statu quo* no es cualquier situación previa a la interposición de la demanda, sino el último estado que precedió a la controversia entre las partes.

⁵⁴ *Supra*, p.9, nuevamente dentro de los principios de la equidad en virtud de los cuales se funda la concesión de una *injunction* queda de manifiesto que su finalidad es prevenir o detener la ocurrencia de un daño irreparable.

remedio *at law* no es suficiente y se requiere hacer cesar el daño irreparable que está ocurriendo, por lo tanto este carácter provisorio se desvirtúa con esta clase de medidas.

2.5 EFECTOS PARTICULARES

Cuando una *injunction* es concedida, la resolución que la contiene deberá “*must state the reasons why it issued, state its terms specifically, and describe in reasonable detail—and not by referring to the complaint or other document—the act or acts restrained or required.*”⁵⁵ Es decir, deberá establecer las razones en virtud de las cuales es concedida, establecer sus términos de manera específica y describir, con un detalle razonable- y no refiriéndose a la demanda u otro documento- el acto o actos al cual es obligado.

El efecto que tienen estas medidas radica, por regla general, en las partes involucradas en el procedimiento⁵⁶. Pero cabe hacer una precisión respecto a esta afirmación, dado que el concepto de parte se ve ampliado, porque puede involucrar a los subordinados de las partes, no solo a los intervinientes, sino que también a “*A decree against a city could properly enjoin its officers, agents and employees, and its confederates or associates*”⁵⁷, por lo tanto este efecto obligacional podría ampliarse a mas sujetos que las partes en sí.

Estas medidas se caracterizan por ser la forma por antonomasia de remedio *in personam*. Esto porque supone la obediencia personal del afectado⁵⁸. Ahora, cabe hacerse la pregunta si estas medidas pueden recaer sobre la propiedad o tener un efecto *in rem*. *A priori* hay que responder esto de manera negativa dado que esta facultad deriva de la jurisdicción *in personam* que tienen las cortes federales, sin perjuicio de lo anterior, igual hay situaciones donde la misma ley o *statue* autoriza a las cortes para afectar la propiedad mediante una *injunction*.

No obstante aquello, hay cierta autoridad que afirma lo contrario, en cuanto a que si habría un efecto *in rem* en estas medidas. En el particular, la *U.S. District Court for the Western District of Missouri* estableció, en un caso particular, que “*It is noted that the injunction decree in part is in personam and in part in rem, i.e., the injunction decree enjoins the corporation from distributing, in interstate commerce, “any of the stock of*

⁵⁵ 14A Cyc. of Federal Proc. § 73:86 (3d ed.)

⁵⁶ 14A Cyc. of Federal Proc. § 73:91 (3d ed.)

⁵⁷ United States Supreme Court, Chase Nat. Bank v. City of Norwalk, Ohio, 291 U.S. 431, 54 S. Ct. 475, 78 L. Ed. 894 (1934).

⁵⁸ Supreme Court of the United States, Nken v. Holder (2009) 556 US 418, 428, 129 S.Ct. 1749, 1757

defective rubber prophylactics which it now has on hand."⁵⁹ *That portion of said decree is in rem.*" Esto es, que el decreto que adopta ésta medida es en parte *in personam* y parte *in rem*, en donde la medida ordena a la parte sobre una actuación en particular que es la distribución a nivel interestatal, de una cosa. Es ahí donde la corte hace la diferenciación en cuanto a sus efectos, dado que la orden respecto a una determinada actuación sería de efecto *in personam*, y la relativa a la cosa sería de efecto *in rem*.

Cabe preguntarse cuál es el límite a los efectos de las *injunctions*. Ante esto tenemos que tener en consideración un elemento muy importante a la hora de analizar esta figura, que es la discrecionalidad de la corte⁶⁰. La concesión de estas medidas y sus límites radican solamente en el criterio de los jueces que están evaluando el mérito de la solicitud. Ahora, claramente debemos reiterar que los límites reales son los principios tradicionales de la equidad, pero estos no hacen mención a algún tipo de límite respecto de la amplitud de los efectos que podrían tener estas medidas, es decir, si solamente pueden recaer sobre algún acto en particular, o cosa en particular. Esto marca una gran diferencia respecto del sistema chileno dado que las medidas cautelares sólo pueden ser concedidas respecto de actos particulares y cosas determinadas⁶¹.

Los efectos de las *injunctions* tienen por límite la jurisdicción *in personam* de la corte. Este efecto no puede traspasar dicha frontera, es por eso que cuando hablamos de los sujetos a quienes afectan estas medidas, son por regla general, las partes involucradas en el proceso⁶², pero la jurisdicción territorial no supondría límite si, por ejemplo, la medida supone realizar un acto fuera del territorio jurisdiccional de la corte, y así se afirma "*The injunctive mandate of a federal court runs nationwide, and the issuing court has the authority to deal with defiance of its order regardless of where that defiance occurs.*"⁶³ Esto quiere decir que, el mandato de la corte federal produce efectos en todo el territorio de los Estados Unidos, y la corte que ordenó tiene autoridad sobre cualquier desobediencia relativa a su orden, sin importancia del lugar en donde dicha infracción ocurrió. Esto claramente deriva de la jurisdicción federal, la cual es totalmente distinguible de la jurisdicción estatal, como fue mencionado anteriormente.

⁵⁹ U.S. District Court for the Western District of Missouri, UNITED STATES v. DEAN RUBBER MFG. CO. et al. (71 F. Supp. 96, W.D. Mo. 1946)

⁶⁰ 14A Cyc. of Federal Proc. § 73:9 (3d ed.)

⁶¹ Esto en base a lo que establece el art. 290 del Código de Procedimiento Civil, dado que en cada una de las medidas que establece expresamente dice que deben recaer sobre objetos determinados y actos determinados.

⁶² 11A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2956 (3d ed.), en el texto se menciona una excepción a dicha regla, "*The only significant exception to this rule involves nonparties who have actual notice of an injunction and are guilty of aiding or abetting or acting in concert with a named defendant or the defendant's privy in violating the injunction.*" Esto quiere decir que, la única excepción significativa a la regla enunciada involucra a personas distintas de las partes, quienes tienen noticia de la medida y son culpables de añadir, inducir o actuar en concierto con el demandado en violar la medida.

⁶³ 14A Cyc. of Federal Proc. § 73:93 (3d ed.)

Otro efecto de las *injunctions* es la necesidad de la contracautela o *security*, requisito establecido en las *FRCP rule 65(c)*, la que establece “*SECURITY. The court may issue a preliminary injunction or a temporary restraining order only if the movant gives security in an amount that the court considers proper to pay the costs and damages sustained by any party found to have been wrongfully enjoined or restrained. The United States, its officers, and its agencies are not required to give security.*”⁶⁴, de esto podemos concluir que la regla general en materia cautelar es la obligación de dar contracautela, salvo los Estados, sus funcionarios y agencias. Ésta obligación de dar caución se justifica dado que en una sentencia se estableció que “*A party injured by the issuance of an injunction later determined to be erroneous has no action for damages in the absence of a bond*”⁶⁵. En este sentido, consideramos necesaria la norma que establece la obligación de otorgar caución, sin perjuicio de ello, se ha afirmado que la existencia de ésta caución no es un prerequisite de validez para la concesión de una *preliminary injunction* o *temporary restraining order*⁶⁶. Sin embargo, se puede alegar la falta de ésta en su debido momento, es decir, al momento de la concesión de la *preliminary injunction*.

Además, las medidas sin caución, normalmente se dan cuando la *injunction* es concedida al solicitante que acciona en una litigación de interés público.

2.6 EJECUCIÓN DE LAS *INJUNCTIONS*

⁶⁴ (“La corte podrá ordenar una *preliminary injunction* o una *temporary restraining order* solamente si el requirente da seguridad o caución en un monto que la corte considere apropiado para pagar los costos y daños sostenidos por cualquiera de las partes que se encuentre que ha sido erróneamente obligado o restringido a través de esta medida. Los Estados Unidos, sus funcionarios, y sus agencias no son obligadas a dar seguridad o caución”)

⁶⁵ *W.R. Grace and Co. v. Local Union 759*, Intern. Union of United Rubber, Cork, Linoleum and Plastic Workers of America, 461 U.S. 757, 103 S. Ct. 2177, 76 L. Ed. 2d 298 (1983). (“Una parte perjudicada por una *injunction* que posteriormente ha sido determinada como errónea no tiene acción por los daños causados ante la ausencia de una caución o *security*”)

⁶⁶ *Aoude v. Mobil Oil Corp.*, 862 F.2d 890 (1st Cir. 1988). En esta sentencia, la *United States Court of Appeal 1st District*, se estableció “*Aoude argues before us that the district court erred in issuing the preliminary injunction without requiring Mobil to post bond. See Fed.R.Civ.P. 65(c) (...) Yet the district court was not earlier requested to set a bond, so we turn a deaf ear to this plaint. (...) Because posting of a bond is not a jurisdictional prerequisite to the validity of a preliminary injunction, and because appellant did not raise the matter below, we reject the assignment of error as untimely.*” (“Aoude argumenta que la corte de distrito erro en conceder la *preliminary injunction* sin requerir al solicitante de caución. A la corte de distrito no le fue solicitada que se establezca caución, así que nos hacemos oídos sordos sobre esta solicitud. Dado que establecer una caución no es un prerequisite jurisdiccional de validez para una *preliminary injunction*, y porque el apelante no alego respecto a esta materia en su momento, se rechaza.”)

Estas medidas, al constituir una orden de la corte a la parte obligada, su infracciones es conocidas como desacato ⁶⁷. Es mediante estos procedimientos, los *contempt proceedings*⁶⁸, donde se analiza si efectivamente se produjo una vulneración de la orden. Dicho análisis se hace en base a la resolución que contiene la orden, dado que ella contiene todo el detalle de los actos a seguir, y como fue comentado anteriormente, debe ser con una especificidad razonable.

La vulneración de éstas medidas normalmente vienen aparejadas de sanciones pecuniarias sumamente elevadas, además, tradicionalmente, se han establecido diversos mecanismos para velar por el cumplimiento de las *injunctions*, como el control directo por parte del tribunal, o el nombramiento de un tercero imparcial que verifique el cumplimiento de la medida y también la rendición de informes por parte del afectado dando detalle del cumplimiento de estas resoluciones⁶⁹.

Pero estas medidas, dada su amplitud en esta materia, varían en el método de ejecución. Dado que podríamos estar frente a una *structural injunction* que por una parte, involucra instituciones de carácter político o social, o de otra, simplemente una *injunction* en una disputa entre particulares, claramente la primera situación tiene mayores dificultades a la hora de ejecutarlas dado el efecto que tiene a nivel administrativo. Tal como ocurrió en el caso *Brown v. Board of Education*, donde se solicitaron *injunctions*, para cambiar la estructura de las escuelas para el ingreso de estudiantes afroamericanos a las aulas, dichas medidas fueron concedidas y en base a una orden de la corte hubo un cambio en las escuelas.

Este tipo de medidas es las que denominamos anteriormente como *structural injunctions*, y para efecto de su ejecución hay problemas mayores, dado que empiezan a tener aristas políticas no menores al momento de ejecutar estas medidas, como a su vez

⁶⁷ United States Supreme Court, Ex Parte Robinson, 86 U.S. 505 (1874), “The power to punish for contempt is inherent in all courts; its existence is essential to the preservation of order in judicial proceedings, and to the enforcement of the judgments, orders and writs of the courts and, consequently, to the due administration of justice. The moment the courts of the United States were called into existence and invested with jurisdiction over any subject, they became possessed of this power.” (“el poder de castigar el desacato es inherente a todas las cortes, su existencia es esencial para la preservación del orden en los procesos judiciales, y para la ejecución de sentencias, órdenes y decretos judiciales de las cortes, por consiguiente, para la correcta administración de justicia. El momento en el que la corte de los Estados Unidos fue llamada a la existencia e investida de jurisdicción sobre cualquier materia, fue provista de este poder”).

⁶⁸ United States Court of Appeals, Seventh Circuit, BRUMBY METALS, INC. V. BARGEN (275 F.2d 46, 7th Cir. 1960) En este caso la corte afirmó “An injunctive order is an extraordinary writ, subject to contempt for failure to comply, and thus must be set out in specific terms.” Es decir, que una orden que consiste en una *injunction* es un decreto judicial extraordinario, sujeto a desacato ante el fracaso en su cumplimiento, y por lo tanto debe estar establecido en términos específicos.

⁶⁹ HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele, cit. (nº1), pág. 222-225

de finanzas públicas. Pero analizando la otra perspectiva, la de los problemas entre particulares, aquí cabe el procedimiento de desacato.

En los *contempt proceedings*, ante el desacato de una orden de la corte la parte puede ser condenada tanto a sanciones pecuniarias como a arresto o una forma alternativa de arresto⁷⁰, por lo que el incumplimiento de estas medidas trae aparejadas sanciones gravísimas para el infractor. Pero hay situaciones donde el procedimiento de desacato no es el más conveniente para sancionar la desobediencia de la parte, sino que “*Generally, it is the better practice not to resort to contempt proceedings for the determination of collateral substantial questions arising subsequent to the issuance of an injunction, unless it is quite clear from the surrounding circumstances that such a course is required to preserve the integrity of the injunction. At times, a supplemental injunction is preferable to contempt proceedings.*” Esto quiere decir que, generalmente, es mejor practica no iniciar un procedimiento por desacato, para la determinación de cuestiones sustanciales colaterales que nazcan por consecuencia de la dictación de una *injunction*, a menos que esté bastante claro de las circunstancias que tal camino es necesario para preservar la integridad de la medida. En ciertos casos, una *injunction* que supla a la anterior es preferible al procedimiento de desacato.

CAPÍTULO TERCERO: LA *INJUNCTION* A LA LUZ DEL DERECHO CHILENO

3.1 EL MODELO CHILENO

En nuestra legislación las medidas cautelares se encuentran reguladas en el título IV del libro II, artículos 273 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), donde se regulan las medidas prejudiciales, y después en el título V artículos 290 y siguientes del CPC, se regulan las medidas precautorias.

La tutela cautelar en Chile se funda en lo que se denomina la “necesidad cautelar”. Que básicamente supone que entre la interposición de la demanda y la sentencia que resuelve el conflicto existe un lapso de tiempo no menor, por lo tanto se requiere de un congelamiento, o evitar que se realicen cambios o alteraciones a la cosa litigiosa mientras dure el litigio⁷¹.

⁷⁰ *Ibid*, pág. 228-230

⁷¹ ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, I (Santiago, Legal Publishing, 3ra edición, 2017) pp. 179

Así mismo, los elementos esenciales que configuran el sistema cautelar chileno son dos, por una parte el *fumus boni iuris*⁷², y por otra parte, el *periculum in mora*⁷³. Son elementos recogidos de la teoría clásica italiana, donde en el primero básicamente se requiere cierta verosimilitud o buena apariencia del derecho en la solicitud; y respecto del segundo, éste supone el peligro en la demora, es decir, la posibilidad de evitar que se genere un daño mediante la concesión de la medida precautoria.

De la regulación existente en Chile podemos ver que por regla general las medidas cautelares son de carácter nominado, así lo podemos ver en aquellas reguladas en el art. 273 del CPC, el que establece “El juicio ordinario podrá prepararse, exigiendo el que pretende demandar de aquel contra quien se propone dirigir la demanda:

1° Declaración jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes;

2° La exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar;

3° La exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas;

4° Exhibición de los libros de contabilidad relativos a negocios en que tenga parte el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio; y

5° El reconocimiento jurado de firma, puesta en instrumento privado.

La diligencia expresada en el número 5° se decretará en todo caso; las de los otros cuatro sólo cuando, a juicio del tribunal, sean necesarias para que el demandante pueda entrar en el juicio.” Claramente vemos que es el legislador quien regula el contenido de la medida cautelar, también sucede así respecto de las medidas precautorias, en el art. 290 del CPC, el que establece: “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:

1a. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;

2a. El nombramiento de uno o más interventores;

⁷² Vid. CORTEZ MATCOVIC, Gonzalo, *La tutela cautelar en el proceso civil* (Legalpublishing, Santiago, 2017), pág. 90

⁷³ ROMERO SEGUEL, Alejandro, cit. (n°70), pág. 182

3a. La retención de bienes determinados; y

4a. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.”

Nuevamente nos encontramos con que es el legislador quien le atribuye el contenido a la medida cautelar, pero si bien la regla general es el carácter nominado de estas medidas, en nuestro sistema, de todos modos se reconocen las medidas de carácter innominado. Esto, en el art. 298 del CPC, el que en su segunda parte establece “Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.” Si bien se reconocen establece la exigencia de la contracautela⁷⁴. El elemento de la contracautela⁷⁵, en nuestra legislación, solamente se exige respecto de las medidas prejudiciales precautorias y respecto de las precautorias innominadas antes mencionadas.⁷⁶

3.2 PARTICULARIDADES

Otro rasgo de las medidas cautelares en el derecho chileno es aquel relacionado con la finalidad que tienen, y ante esto CASARINO, nos dice que “el *objeto específico* (...) de las medidas precautorias es asegurar el resultado de la acción interpuesta por el demandante”⁷⁷, y respecto de las medidas prejudiciales⁷⁸, que nos dice que “se *definen* como los medios que franquea la ley a las partes litigantes para preparar su entrada al juicio”⁷⁹.

Respecto de los requisitos generales de las medidas precautorias el mismo autor afirma que son dos: “que se limiten a los bienes necesarios para responder a los resultados del pleito, y que el demandante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos

⁷⁴ FUENTES, Cristián Leonidas, *La exigencia de caución como presupuesto de aplicabilidad de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil y en la Reforma Procesal Civil. "sic"* (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 2012), el autor nos dice que es una caución y que esta “se basaría en el principio de igualdad en que se encuentran las partes en litigio”.

⁷⁵ Vid. MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Tratado de las Medidas Cautelares* (2da edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2015), pág. 335

⁷⁶ FUENTES, Cristián Leonidas, cit. (nº72), pág. 9

⁷⁷ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal, III* (Santiago, Editorial Jurídica, 6ta edición, 2005) pág. 190

⁷⁸ Vid. MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Tratado de las Medidas Cautelares* (2da edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2015), pág. 383

⁷⁹ CASARINO VITERBO, Mario, cit. (nº76), pág. 202

presunción grave del derecho que se reclama”⁸⁰, y respecto de las medidas precautorias innominadas se le agrega el otorgar caución, como fue mencionado anteriormente.

3.3 DIFERENCIAS ENTRE EL MODELO NORTEAMERICANO Y EL MODELO CHILENO

Teniendo en cuenta esto nos vamos a centrar en las medidas precautorias y las prejudiciales precautorias⁸¹ para realizar el análisis comparativo con las *injunctions* en el sistema norteamericano.

A la hora de analizar estas dos instituciones podemos detectar que se fundan en la esencia de la tutela cautelar -la idea de prevenir la realización de un daño-, esto con distintos alcances, y a su vez con la idea de la “necesidad cautelar”. Sin perjuicio de poder que podemos afirmar que tienen varios caracteres similares hace necesario mencionar las especiales diferencias que tienen los dos sistemas.

En primer lugar, las *injunctions* son *per se* innominadas, y será el *plaintiff*, en su escrito de solicitud de la medida, quien dará contenido a la misma y quedará a la discrecionalidad de la corte determinar la procedencia de la medida. Entonces éstas medidas pueden adoptar infinitas formas, y serán concedidas siempre y cuando se cumplan los principios de equidad enunciados con anterioridad.

En cambio, en el sistema chileno, comenzamos de la base que el legislador regula cada una de las medidas precautorias, y a partir del art. 273 del CPC nos queda la idea de que están reguladas de manera taxativa⁸². Esto último no es así dada la presencia del art. 298 del mismo código, que reconoce las medidas precautorias de carácter innominado⁸³.

Por otra parte, en el sistema norteamericano no existe la figura de las medidas prejudiciales, como aquellas que tienen por objeto preparar la entrada en juicio, esto principalmente porque dicha finalidad no está comprendida dentro de aquellas que se enunciaron sobre las *injunctions*⁸⁴; sin perjuicio de lo anterior, si podríamos hablar de

⁸⁰ *Íbid*, pág. 195

⁸¹ *Vid.* CORTEZ MATCOVIC, Gonzalo, *Contribución de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno*, en *Revista de Derecho*, 30 (2017)

⁸³ CORTEZ MATCOVIC, Gonzalo, *La tutela cautelar en el proceso civil* (Legalpublishing, Santiago, 2017), pág. 85, dado que el autor establece “(...) ocurre que en el régimen chileno, a pesar de haberse estructurado sobre la base de medidas cautelares precisas y concretas, una visión preliminar parece conducirnos a concluir que éstas no aparecen adscritas a un determinado ámbito objetivo de aplicación”.

⁸⁴ Anteriormente, analizando el fundamento de las *injunctions* vimos que la función propia de estas medidas es hacer cesar, o prevenir que se siga realizando un daño irreparable para el *plaintiff*, por lo tanto solamente se pueden asimilar a lo que serían en derecho chileno las medidas precautorias y las medidas

que existen las medidas prejudiciales precautorias, las que se asimilarían a las *temporary restraining orders*, dado que se solicitan antes de iniciar el juicio, y además sin notificación a la parte contraria, y a partir del sólo mérito de la solicitud.

Otra diferencia radica en los requisitos para que la medida sea concedida en cada sistema difieren. Por su parte, como vimos con anterioridad en el sistema norteamericano, estos principios son reconocidos por la jurisprudencia de las cortes federales y la *Supreme Court*, y van variando dependiendo de si hablamos de una *permanent injunction* o de una *preliminary injunction*. Pero en su esencia los principios de la equidad a aplicar son los mismos: probar la existencia de un daño irreparable o la amenaza inminente de aquel, la insuficiencia del remedio *at law*, probar la alta posibilidad de éxito en el litigio⁸⁵, que la concesión de esta medida no afectaría el interés público.

En cambio, en el sistema chileno hablamos de dos principios fundamentales para conceder estas medidas, el *fumus boni iuris*⁸⁶, y el *periculum in mora*⁸⁷, hasta cierto punto estos requisitos se pueden incorporar en los principios tradicionales de la equidad utilizados en el derecho anglosajón, pero claramente los requisitos para que una *injunction* sea concedida son más específicos.

El ámbito de aplicación de las medidas cautelares en el derecho chileno es considerablemente más reducido que en el derecho norteamericano, y una de sus manifestaciones se puede observar de los casos mencionados con anterioridad, en particular, el caso *Brown v. Board of Education*⁸⁸, donde las *injunction* solicitadas involucraban materias de políticas públicas, inclusive finanzas públicas, y quien en último término administra la ejecución de dichas medidas es el tribunal. Esto viene reafirmado por lo enunciado en el primer capítulo del presente trabajo, en donde se determinó el ámbito de aplicación del *federal civil procedure*.

prejudiciales precautorias, y a nuestro juicio esta finalidad de asegurar la entrada en juicio, ya sea para obtener más información o medios de prueba es salvado en el sistema anglosajón mediante la figura del *Discovery*, la cual constituye una etapa de investigación en sí, y antes del juicio propiamente tal, por lo tanto no se requeriría de una figura como las medidas prejudiciales en el sistema norteamericano, ahora la conveniencia del sistema del *Discovery* para el sistema chileno traspasa el objeto del presente trabajo.

⁸⁵ Este requisito se establece solamente respecto de la *preliminary injunction*, dado que esta se solicita para que tenga sus efectos durante la sustanciación del juicio, en cambio, respecto de la *permanent injunction* su supuesto es una vez ya terminado el juicio por lo tanto el derecho ya ha sido establecido.

⁸⁶ Vid. MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Tratado de las Medidas Cautelares* (2da edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2015), pág. 330

⁸⁷ Vid. MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Tratado de las Medidas Cautelares* (2da edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2015), pág. 321

⁸⁸ Este es uno de los casos en donde podemos dilucidar el alcance que podrían tener las *injunctions*, dado que el efecto que producen en la sociedad no es menor, las consecuencias políticas que se generan son de gran importancia, y todo esto en virtud de una medida cautelar.

En cambio en el derecho procesal civil chileno, las medidas cautelares se encuentran reguladas en el marco del código de procedimiento civil, el cual no abarcaría materias de esa índole, además que al regular las medidas en particular claramente existe una intención de reducir su aplicación, salvo por la existencia de las medidas de carácter innominado.

A nuestro criterio, y desde un punto de vista sistemático la *injunction* constituye un remedio distinguible a aquellos remedios principales establecidos por la ley, como la indemnización de perjuicios. En cambio, las medidas cautelares en Chile más que un remedio, constituyen una herramienta que sirve a la cuestión principal, dado que su función es asegurar el objeto del procedimiento; por otra parte, el carácter de remedio que tiene la *injunction* viene dado porque esta se aplica cuando el remedio *at law* es insuficiente, y es necesario adoptar dicha medida para evitar que se siga produciendo un daño irreparable⁸⁹. Sumado a lo anterior el ámbito más amplio del *civil procedure* supone mayores posibilidades del contenido que podría tener esta medida.

Entonces, la *injunction* por si sola puede producir efectos que en Chile requeriríamos de iniciar procedimientos en otros ámbitos del derecho, ya sea una acción de protección, o un procedimiento administrativo, o un contencioso administrativo, y además el procedimiento civil en cuestión para adquirir la indemnización correspondiente, en cambio en Estados Unidos, basta con que se haya obtenido una sentencia favorable en la cuestión principal, para que después se solicite una *permanent injunction* la cual puede estar dotada de una diversidad de posibilidades de contenido, y así obtener la tutela deseada.

Pero existe otra diferencia, la que consideramos que es la esencial para este análisis comparativo.

3.3.1 *El carácter drástico y extraordinario de las injunctions*

En estrecha relación con lo anterior, y en nuestro criterio, el carácter drástico y extraordinario de las *injunctions* es una de las diferencias más importantes que se deben recalcar en la presente investigación, dado que es aquel el que marca la gran diferencia entre dicha institución y las medidas precautorias y prejudiciales precautorias.

Por su parte en el sistema chileno las medidas cautelares son concebidas con un carácter provisorio, para asegurar el resultado de la acción principal y subsistirán mientras su causa pueda afectar dicho resultado. Además, se limitan al monto de lo discutido, y

⁸⁹ Hace necesario recordar el concepto de daño irreparable enunciado con anterioridad, “*Irreparable injury has been defined as injury which is certain and great and cannot be compensated by the award of money damages.*”

recaen sobre objetos y actos en particular⁹⁰. Esto claramente deriva de que se encuentran en una estrecha relación con el objeto principal del procedimiento, y no podrían superar a este.

En cambio, las *injunctions* tienen un carácter drástico y extraordinario, y es una tutela que se puede distinguir de la tutela principal, que opera ante la insuficiencia que puede otorgar los remedios *at law*. Para poder sanear esta falencia es que se le otorgan amplias facultades a los jueces, es por esto que la concesión de estas medidas se encuentra bastante restringida, el mismo interés público es uno de los requisitos. Y la gran manifestación de estos caracteres los podemos ver en la figura de la *permanent injunction*⁹¹.

3.3.2 *La permanent injunction*

Esta clase de medida es la innovación que tiene el sistema norteamericano, de la cual nosotros nos encontramos desprovistos, sus efectos tienen mucha importancia, ya sea en materia civil patrimonial, como en las diversas materias que versa el *civil procedure* por su amplitud.

Pero respecto del ámbito patrimonial, que es lo que nos interesa, tiene mucha aplicación en materia de propiedad intelectual, inclusive de los casos en donde se extrajeron los principios tradicionales de la equidad a aplicar para conceder una de estas medidas es sobre materia de propiedad intelectual⁹², y nuevamente renace el carácter drástico de estas medidas.

En el caso *eBay Inc. v. MercExchange*, es el mejor ejemplo a utilizar, dado que frente a una infracción de patentes *MercExchange* solicitó una *permanent injunction* la cual impediría a *eBay* seguir con un 30% de su negocio, lo que claramente sería destructivo para dicha empresa, pero finalmente dicha medida fue revocada por la *Supreme Court*, y es muy común que estas medidas sean solicitadas para forzar un *settlement* o acuerdo entre las partes.

Ahora cabe prevenir, que el uso de estas medidas puede variar dependiendo de la estrategia procesal adoptada, por una parte, se puede solicitar sin fundamento que cumpla con el *four-factor test*, con el simple objeto de forzar a la parte contraria y así

⁹⁰ CASARINO VITERBO, Mario, cit. (nº74), pág. 190-191

⁹¹ Esto básicamente dado que los efectos de esta medida se van a extender de manera indefinida, tras el juicio, mientras perdure la existencia de la amenaza inminente del daño, es decir, que de cesar dicha medida el daño que ceso por causa de la medida puede volver a producirse. Además que, a partir del análisis de jurisprudencia hecho, pudimos detectar que en los sectores donde más conflicto se ha dado es respecto de la concesión de una *permanent injunction*, y en especial en materia de *Copyright*.

⁹² *U.S. Supreme Court, eBay Inc. V. MercExchange*, 547 U.S. 388 (2006)

ganar mediante el acuerdo, que fue básicamente lo que paso en el caso de *eBay Inc. V. MercExchange*, pero por otra, es la única medida que puede darle a la parte una satisfacción completa de su pretensión en el procedimiento, y claramente esa satisfacción puede suponerle muy graves consecuencias a la parte contraria, dado que los efectos de la *permanent injunction* son de carácter indefinido, mientras subsistan las circunstancias que la fundan.

Y es en base a esa misma gravedad, es que las cortes limitan la concesión de estas medidas, es decir, tiene que ser estrictamente necesario concederlas para prevenir que se siga ocurriendo el daño, es por ello que son extraordinarias.

En Chile, en nuestra opinión, sería interesante y conveniente la figura de la *permanent injunction*, dado que lograría asegurar una satisfacción completa de la pretensión, esto en atención a que la tutela iría más allá de la simple indemnización de daños, en cambio, existiría una orden que previniera la generación de cualquier daño irreparable, o que se siga generando dicho daño. Esto en virtud de que no existe una figura similar a la *permanent injunction* en nuestro sistema⁹³.

Sumado a lo anterior, el posible efecto que tendría ésta medida sería llevar partes a llegar a un acuerdo sobre el conflicto, pero siempre teniendo en cuenta la mala utilización de estas medidas, como un mecanismo para generar un miedo en la contra parte y así lograr un acuerdo aunque no sea su derecho.

Sin perjuicio de la conveniencia que tiene esta figura, resulta dudosa su posible implementación en nuestro sistema, dado que tendríamos que incorporar una nueva figura que vendría a romper el esquema del procedimiento civil chileno, además de intentar congeniar dos sistemas que en su origen son distintos, y se fundan en principios totalmente distintos, por su parte el *common law*, y por la nuestra el derecho continental.

CONCLUSIONES

⁹³ Vid. CARRASCO DELGADO, Nicolás, *Análisis Económico de las Medidas Cautelares Civiles* (AbeledoPerrot, Santiago, 2012), pág. 204, la inexistencia de esta figura está dada porque una de las características de las medidas cautelares en Chile es su provisionalidad, esto dicho por el mismo autor es que “tienen una duración temporal limitada desde dos perspectivas. Por un lado, hasta la emanación de la sentencia definitiva y, por otro, hasta la dictación de otra resolución que en sede cautelar, le quite todo valor, en razón de causas sobrevinientes que afectan su fundamento cautelar”, entonces no existe la posibilidad de que una medida cautelar produzca efectos tras una sentencia, y de carácter indefinido.

En virtud de la investigación hecha podemos lograr las siguientes conclusiones.

- 1) El sistema del *federal civil procedure*, en cuanto es producto de la tradición del *common law*, es totalmente distinto al sistema procesal civil chileno, esto por varias razones: las materias que son conocidas en el *civil procedure* son mucho más amplias que las materias que son conocidas por los procesos ordinarios en Chile, la estructura del procedimiento en si es distinta dado que se funda en principios totalmente distintos⁹⁴, y desde un punto de vista histórico podemos distinguir dos jurisdicciones, la jurisdicción *at law* y la jurisdicción *in equity*, siendo esta ultima el fundamento de las *injunctions*.
- 2) Al momento de conceptualizar las *injunction* nos encontramos con distintos conceptos, pero a partir del análisis jurisprudencial de las medidas solicitadas, debemos quedarnos con el concepto que se remite solamente a que es una orden por parte de la corte, dirigida a una de las partes del conflicto, para que esta haga o deje de hacer algo, amparado en sus poderes coercitivos y ejecutable por desacato. Esto porque como vimos en el fundamento de las *injunctions*, claramente van dirigidas prevenir o detener la producción de un daño irreparable, concepto que es más amplio que asegurar el objeto de la acción.
- 3) En cuanto a las clasificaciones de las *injunctions* es menester recalcar que, si bien hay algunas que se podrían asimilar a las utilizadas por nuestra doctrina respecto de las medidas cautelares, nos encontramos con otras que dichos criterios se hacen imposible aplicar en nuestro derecho. Un caso sería aquel que las clasifica respecto de los efectos particulares de la medida, respecto del criterio temporal este también produce problemas en su aplicación en nuestra legislación, pero de manera parcelada, dado que, de todos modos se podrían clasificar las medidas precautorias y las prejudiciales precautorias en base a este criterio, pero respecto de las *injunctions* queda una clase que no existe en nuestro derecho, que serían las *permanent injunctions*, figura que marca la diferencia. Respecto del criterio que dice relación con los efectos que tienen entre las partes, este es asimilable a la clasificación entre medidas conservativas y medidas innovativas; pero la diferencia entre aquellas y las *mandatory* y *prohibitory injunctions* es un elemento sutil, que es su finalidad, por una parte aquellas buscan ya sea mantener una situación o generar una nueva para asegurar el objeto de la acción, en cambio estas producen los mismos efectos pero con la finalidad de mantener un *statu quo*.
- 4) En cuanto a las características, podemos concluir que en algunos puntos se asimilar a las medidas cautelares de nuestro ordenamiento jurídico, pero de todos modos tienen una mayor amplitud y severidad, dado que las *injunctions* tienen este carácter drástico y extraordinario, el cual es un elemento que las cortes tienen en consideración al momento de concederlas en razón de los efectos

⁹⁴ Se basa en el *Adversary system*, un procedimiento oral ante jurado.

perniciosos que pueden producirle a la parte comprometida. Pero como hemos dicho hasta cierto punto las características son similares, quien nuevamente genera el cambio es la existencia de la *permanent injunction*, que produce el matiz que genera la diferencia entre las medidas precautorias y prejudiciales precautorias y las *injunction*.

- 5) Un elemento importante a la hora de hacer el análisis comparativo son los efectos particulares que tienen las *injunctions*, dado que se pueden extender más allá de las partes, esto es, a sus funcionarios, servidores, dependientes, figura que no encontramos en nuestro sistema. Pero, más importante que aquello, es la extensión de los efectos de la medida, dado que como no se establece ningún límite, salvo por los principios tradicionales de la equidad estas medidas no necesariamente deben recaer sobre actos determinados u objetos determinados, es por ello que con ocasión de una *injunction* se puede congelar una cuenta bancaria en su totalidad, independiente de la cantidad de dinero que contenga, siempre y cuando dicha medida cumpla con los principios de la equidad.
- 6) Finalmente podemos ver que es el carácter drástico y extraordinario de estas medidas el que marca la gran diferencia con nuestro sistema, dado que al ver ambas medidas podemos denotar que claramente las *injunctions* son mucho más gravosas que las medidas precautorias y prejudiciales precautorias, y los únicos límites son los principios de la equidad, por lo tanto consideramos que efectivamente podrían ser convenientes para lograr una mayor satisfacción de la pretensión del demandante, pero solamente bajo circunstancias determinadas. La figura de la *permanent injunction* es aquella que no existe en nuestro sistema, y su implementación podría traer mayores ventajas, como por ejemplo, propender a los acuerdos entre las partes. Dado que en el supuesto de que dicha medida sea concedida, puede suponer un perjuicio no menor al afectado, sin embargo, esto estará amparado en la equidad. Ahora, resulta dudosa su posible implementación en nuestro sistema, dado que en su esencia las *injunctions* vienen de una tradición totalmente distinta, y eso deriva que en sus efectos no se puedan hacer compatibles con las medidas precautorias en nuestro sistema.

BIBLIOGRAFÍA

American Jurisprudence, Second Edition | August 2017 Update

Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies (4th Edition) | June 2017 Update

CAPPALLI, Richard, *Procedimiento civil comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica*, en *Revista Chilena de Derecho*, 19 (1992)

CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, traducción al castellano Alcalá-Zamora (B. Aires, UTEHA, 1944)

CARRASCO DELGADO, Nicolás, *Análisis Económico de las Medidas Cautelares Civiles* (AbeledoPerrot, Santiago, 2012)

CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, III (Santiago, Editorial Jurídica, 6ta edición, 2005)

CORTEZ MATCOVIC, Gonzalo, *Contribución de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno*, en *Revista de Derecho*, 30 (2017)

CORTEZ MATCOVIC, Gonzalo, *La tutela cautelar en el proceso civil* (Legalpublishing, Santiago, 2017)

Cyclopedia of Federal Procedure | August 2017 Update

Federal Practice & Procedure | April 2017 Update

Federal Procedural Forms | July 2017 Update

Federal Procedure, Lawyers Edition | September 2017 Update

Federal Unfair Competition: Lanham Act 43a | June 2017 Update

FUENTES, Cristián Leonidas, *La exigencia de caución como presupuesto de aplicabilidad de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil y en la Reforma Procesal Civil. "sic"* (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 2012)

HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, traducción al castellano de F. Gascón (Navarra, Editorial Aranzadi, 2006)

LEUBSDORF, John, *The Standard for Preliminary Injunctions*, en *Harvard Law Review*, vol. 91 (1978), no. 3, p. 525

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Tratado de las Medidas Cautelares* (2da edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2015)

PÉREZ RAGONE, Álvaro, TAVOLARY GOYCOOLEA, Pía (Coordinadores), *Derecho Procesal Civil Comparado: Homenaje a Rolf Stürner* (LegalPublishing, Santiago, 2014)

RÍOS, Lautaro, *El control de constitucionalidad de la ley en la República de Chile*, en *Ius et praxis*, vol. 8 (2002)

ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil* (3era edición, Santiago, Legal Publishing, 2017), I

ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil* (Santiago, Editorial Jurídica, 2012), I

Rutter Group Practice Guide: Federal Civil Procedure Before Trial, Calif. & 9th Cir. Editions | February 2017 Update

SIRVENT, Consuelo, *El procedimiento civil en los Estados Unidos de América*, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1590/29.pdf>

SPENCER, George, *The Doctrine of Res Judicata* (Londres, Editorial Butterworth, 1924)

JURISPRUDENCIA

United States Court of Appeals First Circuit, *Aoude v. Mobil Oil Corp.*, 862 F.2d 890 (1st Cir. 1988)

United States Supreme Court, *Chase Nat. Bank v. City of Norwalk, Ohio*, 291 U.S. 431, 54 S. Ct. 475, 78 L. Ed. 894 (1934).

United States Court of Appeals, Fourth Circuit, *EQT Production Company v. Wender*, 191 F. Supp. 3d 583 (S.D. W. Va. 2016)

United States Supreme Court, *Ex Parte Robinson*, 86 U.S. 505 (1874)

United States Court of Appeals, Federal Circuit, *Lerner Germany GmbH v. Lerner Corp.* (Fed. Cir. 1996) 94 F3d 1575, 1577

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Meghrig v. KFC Western, Inc.* (1996) 516 US 479, 485, 116 S.Ct. 1251, 1254

Supreme Court of the United States, *Nken v. Holder* (2009) 556 US 418, 428, 129 S.Ct. 1749, 1757

Supreme Court of the United States, *Cromwell V. County of Sac* 94 U.S. 351

United States District Court for the Western District of Missouri, *United States v. Dean Rubber MFG. CO. et al.* (71 F. Supp. 96, W.D. Mo. 1946)

United States Supreme Court, *eBay Inc. V. MercExchange*, 547 U.S. 388 (2006)

United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *GON V. FIRST STATE INS. CO.*, 871 F.2d 863 (9th Cir. 1989)

United States Court of Appeals, Seventh Circuit, *BRUMBY METALS, INC. V. BARGEN* (275 F.2d 46, 7th Cir. 1960)

United States District Court for the Southern District of California, *In re California Lumber Corp.*, 24 F.R.D. 190, 192 (S.D. Cal. 1959).

United States District Court, District of Columbia, *Borum V. Brentwood Village, LLC*, 218 F. Supp. 3d 1 (2016)

United States District Court, District of Columbia, *Brenda LAMPKIN, as legal guardian of Jessica Lampkin and Christine Lampkin, et al., Plaintiffs, v. DISTRICT OF COLUMBIA, et al., Defendants* (886 F. Supp. 56, 100 Ed. Law Rep. 1031, D.D.C. 1995)

United States District Court, Northern District of California, San Jose division, *Apple, Inc. v. Samsung Electronics Co., Ltd.*, 877 F. Supp. 2d 838 (2012)

United States Supreme Court, *W.R. Grace and Co. v. Local Union 759, Intern. Union of United Rubber, Cork, Linoleum and Plastic Workers of America*, 461 U.S. 757, 103 S. Ct. 2177, 76 L. Ed. 2d 298 (1983)