

TRATADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO COMPARADO

MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS,
SANTIAGO, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 2ª EDICIÓN, 2016, 680 PP.

AGUSTINA ALVARADO URÍZAR*

I.

Una resección sobre la obra de Juan Carlos Marín González no puede sino re-invocar los elogios ya expuestos por Andrés Bordalí Salamanca en su presentación a la primera edición de 2004 (*Rev. Derecho* [Valdivia], julio 2005, vol. 18, N° 1, pp. 293-296), esto es, ya hace poco más de diez años.

En efecto, en dicha oportunidad dentro de los aspectos ampliamente destacados figuraban tres líneas meritorias. En primer lugar, el haber conducido una investigación rigurosa y seria desde una perspectiva evolutiva de la disciplina: desde las teorías decimonónicas del siglo XIX a la dimensión renovada experimentada en Europa y Latinoamérica durante todo el siglo XX; en segundo término, el reenfoque de la pretensión cautelar en su conexión con la plena tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, y ello también en relación a la incidencia socioeconómica derivada del instituto; y, por último, su carácter exhaustivo y completo en orden a incluir un panorama detallado de la tutela cautelar no solo en el proceso civil sino que en otros procedimientos especiales de indiscutible relevancia práctica por su alta verificación en términos cuantitativos e indiscutible función social.

En esta segunda edición, Juan Carlos Marín reafirma la rigurosidad de su investigación en cada uno de los aspectos supra destacados. La obra que nos presenta no solo se circunscribe a una actualización o simple adición de los cambios legislativos que las medidas cautelares han experimentado en el país los últimos diez años, sino que procede a una sistematización crítica de las mismas, haciendo un atinado y pertinente llamado a no perder de vista

* Doctora en Ciencias Jurídicas Università degli Studi di Milano y Universidad de Girona. Profesora de Derecho Procesal Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo: agustina.alvarado@pucv.cl.

su genuina y renovada función ni a desatender los perniciosos efectos que su indebida interpretación y aplicación pueden significar en la paralización de las actuaciones de los sujetos afectados por ellas.

De ahí que desde la Introducción de la obra se plantee al lector el cambio en la visión tradicional que se ha tenido sobre la función que está llamada a desempeñar la denominada “tutela cautelar”, como un fenómeno latente fuera del país que ha determinado una tendencia acentuada en el Derecho comparado. Esta apertura de horizontes que patenta el autor dice relación con el hecho de desestimar la función meramente asegurativa o precautoria de las medidas cautelares como solución “mágica”, pronta y expedita al problema de la ineficacia de los procedimientos judiciales para constituir una respuesta oportuna a los intereses que por su intermedio se busca satisfacer y, por otra, evidenciar una segunda función o función renovada que apunta derechamente hacia un plano innovativo o anticipativo de la solución del litigio, haciendo hincapié en los resguardos con que esta función habría de ser concebida.

II.

Para estos efectos, esta nueva edición contiene modificaciones de forma y fondo que, por lo demás, son anunciadas y explicadas por el propio autor ya en su presentación. En su nueva estructura, inmediatamente a continuación de su introducción, la obra se encuentra dividida en diez capítulos, esto es, tres adicionales a los contenidos en su primera edición.

Los primeros cuatro, destinados respectivamente al Proceso civil, La tutela cautelar en el derecho europeo continental, La tutela cautelar en el derecho inglés y, La tutela cautelar en el siglo XIX en España, constituyen un bloque introductorio de análisis histórico y comparado, como eslabón insoslayable para una adecuada aproximación y comprensión del instituto. Como destaca el propio autor, haber añadido en la parte histórica información tanto de España como de algunos otros países de Iberoamérica, especialmente de México, apunta a obtener un mejor entendimiento de lo que sucedía en materia de medidas precautorias en la Madre Patria y en la América Hispánica en el siglo XIX.

Luego, el haber adicionado todo un capítulo destinado a la regulación de las medidas cautelares en el Derecho inglés, también se conjuga armoniosamente con este objetivo dogmático del autor. En efecto, con tal referencia

el autor busca poner en evidencia cómo es que, a propósito de las medidas cautelares, ordenamientos de tradiciones jurídicas diversas cristalizan similares dificultades, inquietudes y tensiones, no obstante su disímil desarrollo.

En este sentido, este primer bloque apunta a hacer ver el modo en que históricamente los distintos ordenamientos objeto de análisis han propendido a la búsqueda de un equilibrio del péndulo entre un generalizado uso de la tutela provisional que desnaturalice su carácter de medida provisional para transformarla en instrumento de solución definitiva del litigio con la consecuente vulneración de los derechos de defensa del demandado, por una parte, y el restrictivo uso de la misma que desatienda la tutela judicial efectiva requerida por el demandante inmerso en un sistema en crisis, incapaz de responder oportunamente en tutela de sus intereses.

Ahora bien, no obstante la demostración de una acuciosa labor investigativa y de recopilación, y sin poner en duda cuanto pueda ser enriquecedor para el estudio de las medidas cautelares un repaso comparado como el propuesto, dado el carácter de tratado de la obra, tal vez hubiese sido recomendable haber procedido de un modo más sintético que contrastase palmariamente las circunstancias comparativas relevantes para la perspectiva abordada en la sección siguiente.

III.

La segunda mitad de la obra, por su parte, agrupa los cinco restantes capítulos intitulados La legislación procesal en Chile, Las medidas cautelares en el proceso civil chileno, Las medidas prejudiciales, Estudio particular de las medidas cautelares previstas en el Código de procedimiento civil chileno, Las medidas cautelares en algunas leyes especiales y Las medidas cautelares reales en el proceso penal. Es en este apartado donde resulta mayormente apreciable el mérito, la necesidad y el aporte de haber conducido una actualización de la obra.

En esta constelación de ideas, especial consideración merece el modo con que el autor conduce la estructura del capítulo VI relativo a Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. El notable esfuerzo pedagógico de su presentación ha de ser agradecido desde una doble perspectiva. En primer lugar el hecho de haber distinguido la denominada “provisionalidad” e “instrumentalidad” como características de las medidas cautelares; de los principios que, por el contrario, las informan, a saber, la “proporcionalidad”

y la “responsabilidad”, propendiendo a una exhaustiva explicación teórica de cada una en contraposición al modo con que las mismas han sido recepcionadas [o no recepcionadas] por nuestro ordenamiento procesal. Aun más bienvenidos resultan ser los comentarios personales del autor frente a problemas doctrinales y jurisprudenciales promovidos en la aplicación práctica de estas medidas, que constituyen una posición clara y fundamentada sobre aspectos que quizá no han sido atendidos con una adecuada reflexión. Ello incluye precisas recomendaciones de *lege ferenda*.

En directa relación con lo anterior se presenta el segundo aspecto a destacar, esto es, el haber dedicado especiales apartados a problemas eminentemente procesales y procedimentales relacionados con el tratamiento del abandono del procedimiento en estas materias, así como con su tramitación y resolución. En esta óptica cobra especial relevancia el trabajo de recopilación y sistematización de la jurisprudencia recaída en la materia en los últimos años y el índice de fallos que contiene el apéndice de la obra tanto desde un criterio cronológico como analítico. Desde el punto de vista dogmático, además, sea que se compartan o no, han de apreciarse las posiciones esgrimidas por el autor de *lege lata* en la solución de estos aspectos controvertidos, como extremo que también destaca en el capítulo siguiente referido a Las medidas prejudiciales. En este último, de particular interés resulta la circunstancia de haberse abocado al estudio de la presunción de dolo supuestamente contenida en el artículo 280 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, exponiendo lúcidamente las consecuencias de tal interpretación.

El Capítulo VIII, intitulado Estudio particular de las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Civil chileno, por su parte, ofrece un aporte que ha de apreciarse también en términos significativos y que justifica fundadamente la necesidad de haber emprendido la construcción de un marco teórico dotado de un contexto histórico y comparado. En efecto, el autor contrasta críticamente a los ojos del lector el hecho que en Chile las medidas cautelares parezcan circunscribirse y agotarse en su función meramente asegurativa o precautoria, descuidando una segunda función o función renovada, ya reconocida en el Derecho comparado, consistente en propender a la alteración de un *status quo* que, en definitiva, pasa por una anticipación total o parcial de la pretensión promovida.

En este punto cobra pleno sentido que la introducción de la obra inicie con una referencia al recurso de protección como proceso cautelar

perfectamente distinguible de una medida cautelar (sin perjuicio de su compatibilidad) y la adecuada consideración del carácter “provisional” que suele predicarse de una y otra. Sobre estas bases y por el carente desarrollo legislativo de una función innovativa, es que se entendería el colapso práctico que hoy experimenta el citado recurso. En otras palabras, la utilización de este como procedimiento de urgencia, que resuelve el fondo del conflicto mediante su resolución deviene en los hechos en una resolución definitiva supliendo la ausencia de medidas cautelares que cumplan este objetivo en el proceso judicial en términos generales. De ahí que el mayor aporte de la obra en comento, de *lege ferenda*, se identifique en los esfuerzos desplegados por el autor para evidenciar esta circunstancia y propender a su futura corrección.

Un último aporte sustancial se concreta en el análisis de las medidas cautelares previstas en leyes especiales. En los capítulos IX y X, y particularmente en el primero, el autor constata una agresiva evolución legislativa en lo que respecta a las medidas cautelares, de cara a dos consideraciones: de una parte, la entrega de un poder cautelar general a los jueces (en materia familiar y laboral) que los dota de una importante flexibilidad en su concesión para que, en cada oportunidad, determinen el peligro que debe evitarse y, de otra, la posibilidad expresa de conceder en tales ámbitos medidas no solo asegurativas, sino también innovativas. En este contexto, el autor destaca el avance de la legislación en son de la evolución comparada en la materia, sin omitir –en todo caso– ciertas consideraciones críticas de ciertos extremos con que se ha dotado este nuevo perfil y que dicen relación, sucintamente, con el actuar oficioso del juez como quiebre sustancial del modelo procesal chileno y con la previsión, en sede de familia, de una especie de “acción cautelar popular”.

En definitiva, no cabe duda de la enorme trascendencia de la obra que se presenta, no solo por constituirse en lectura obligada de todo quien pretenda sumergirse en una aproximación completa y acabada de una materia por largo tiempo desatendida por nuestra mejor doctrina, sino también por sentar y trazar la contundencia con que habrán de intentarse futuras reflexiones sobre las medidas cautelares, toda vez que la obra, como plus indirecto, se convierte en sí misma en ejemplo de la rigurosidad técnica que debe ser imitada de forma transversal en el Derecho Procesal chileno en otros tantos temas que carecen de una profunda y progresiva reflexión.

