

Arturo Felipe Onfray Vivanco*

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ: *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, 489 páginas.

Juan Carlos Marín González, Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III, ha publicado un valioso libro, el cual, en sus propias palabras, “*pretende contribuir al desarrollo en Chile de la denominada tutela cautelar*”. La obra, la cual ha recibido merecidos elogios de la crítica especializada, refleja una serie de elementos que no cabe sino apreciar positivamente, entre ellos una coherencia en el desarrollo de una línea de investigación, un adecuado balance entre los problemas prácticos y dogmáticos que el tema plantea, una profundidad y novedad en un medio en que ellas escasean, un correcto estilo ajeno a las ampulósidades que tanto perturban al lector y una oportunidad con los tiempos que corren en los cuales se advierte en el horizonte una próxima reforma procesal civil.

La sola lectura del título llama la atención, en cuanto el uso de la expresión “medidas cautelares” resulta novedoso en el sistema procesal civil nacional, acostumbrado más bien al restringido concepto de “medidas precautorias”.

* ARTURO FELIPE ONFRAY VIVANCO. Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Licenciado en Derecho y Educación, Magíster en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM), miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal.

La reforma al proceso civil, uno de los ámbitos de la modernización del Estado pendientes en Chile, avanza con decisión en el país, en particular a partir del establecimiento del Foro para la Reforma Procesal Civil. Juan Carlos Marín González bien sabe de la importancia que las medidas cautelares representan para su éxito en cuanto están estrechamente relacionadas con el derecho a la tutela efectiva en el ejercicio legítimo de los derechos, el cual constituye una de las principales garantías constitucionales del sistema procesal. Dicha tutela, en efecto, dice relación con el hecho que el juicio cumpla eficaz y eficientemente su fin, esto es, el juicio jurisdiccional y su posterior ejecución. Las medidas en análisis persiguen la eficacia de la sentencia condenatoria y el evitar perjuicios irreparables para el actor.

El logro de la tutela efectiva, bien lo recuerda el autor, además de su dimensión individual asociada a la satisfacción de los intereses del particular que participa en el proceso, incide en el desarrollo económico y social, en cuanto que, entre otros aspectos, el aumento en los niveles de seguridad jurídica permite un mayor desarrollo económico al garantizar las inversiones de los agentes privados.

El estudio de las medidas cautelares no obstante su importancia, como viene de señalarse, no ha sido un tema principal en la agenda nacional de los estudios procesales civiles más allá de algunas destacadas contribuciones y, en particular, de la obra de José Quezada Meléndez "*Las medidas prejudiciales y precautorias*", publicada en 1986. En el ámbito penal, la reciente reforma procesal penal ha incorporado una serie de medidas cautelares, las cuales han permitido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial coherente con tal hecho.

El libro considera dos partes fundamentales, a saber, el desarrollo y crisis de la tutela provisional en el Derecho Procesal Civil Moderno y la tutela cautelar en el Derecho Chileno.

En la primera parte del libro –El desarrollo y crisis de la tutela provisional en el Derecho Procesal Civil Moderno– se analiza la tutela provisional, en general, en el derecho europeo continental y en el derecho chileno.

En la segunda parte del libro –La tutela cautelar en el Derecho Chileno– se revisan la evolución de las fuentes normativas españolas, la evolución de las fuentes normativas chilenas, las medidas cautelares en el ordenamiento procesal civil chileno y el estudio particular de las medidas cautelares en el derecho procesal civil chileno.

En el análisis del derecho comparado, sin perjuicio de interesantes referencias a los casos alemán, francés, inglés e italiano, un especial énfasis se otorga a España, lo que resulta comprensible dado que se trata de la fuente directa de la legislación nacional, a lo cual se suma el hecho que la obra está basada en una tesis doctoral presentada ante una universidad española.

Un elemento relevante en el análisis del autor apunta a que la tutela cautelar si bien tiene antecedentes que se remontan al siglo XIX es de un desarrollo más bien reciente ya que los antecedentes contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881 y el *Zivil-Prozess-Ordnung* alemán de 1877 son insuficientes. Es así como, fundamentalmente debido a los aportes de la Escuela Italiana surgida al alero de Giuseppe Chiovenda, en la primera mitad del siglo XX, comienza a producirse una sistematización de las medidas cautelares, la cual considera la existencia de elementos comunes como son, básicamente, la provisionalidad, el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y la instrumentalidad; así como un desarrollo que incluye mecanismos entre los cuales destacan la designación de interventor judicial, la prohibición de celebrar actos y contratos, la retención y el secuestro conservativo, los cuales, junto a otros, constituyen la tutela cautelar clásica o tradicional.

Tales estructuras, plantea el autor, han sido cuestionadas en la segunda mitad del siglo XX, en lo relativo a su unidad, a su contenido y, principalmente, a su finalidad, la cual ha experimentado importantes cambios en el tiempo.

Actualmente es posible advertir tres finalidades principales asociadas a las medidas cautelares, a saber: La finalidad conservativa, el mantenimiento del *statu quo* y la finalidad anticipativa. Las medidas cautelares que buscan cumplir con la primera finalidad son las de más larga data y constituyen la base de la dogmática en torno a la tutela cautelar. Las medidas cautelares que persiguen el mantenimiento del *statu quo* buscan evitar, en definitiva, que el proceso llegue demasiado tarde a dar solución al caso, evitándose así que, en palabras de Enrique Barros, “*cambie la situación de hecho que es indicio de un derecho*”, función que es cumplida en Chile, por ejemplo, por las acciones posesorias o por la orden de no innovar del recurso de protección. Falta, sin embargo, una disposición genérica que regule esta materia al estilo de la considerada en el artículo 384 del Código Federal Mexicano de Procedimientos Civiles, el cual señala que: “*Antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente. Estas medidas se decretarán sin audiencia de la contraparte, y no admitirán recurso alguno. La resolución que niegue la medida es apelable*”.

Tanto las medidas cautelares asociadas a una finalidad conservativa como las vinculadas con el mantenimiento del *statu quo* son admitidas en el ordenamiento jurídico nacional. Situación distinta es la que ocurre con las medidas cautelares con una finalidad anticipativa, las cuales, según Francesco Carnelutti, operan en aquellos casos en los cuales “*de lo que se trata no es de eliminar una peligrosa desigualdad entre los litigantes, sino de anticipar proveimientos que si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia*”. Esta forma de cautela es escasamente aceptada en Chile salvo en algunas situaciones específicas, cual es el caso, por ejemplo, de los alimentos provisorios en materia de familia. Resulta, entonces, necesario, tal

como lo señala el autor, establecer un marco adecuado para el tratamiento de dichas medidas, las cuales, por lo demás, son armónicas con lo sostenido en el número anterior de esta publicación a propósito de la necesidad de desarrollar mecanismos de prevención de los conflictos jurídicos, entre ellos los asociados a las medidas cautelares con finalidad anticipativa, lo cual, ciertamente, es un tema desafiante en cuanto nos interroga sobre los límites del concepto de jurisdicción. Estos desarrollos, por los demás, han sido recogidos en recientes reformas procesales civiles en el continente, como son los casos de Brasil, Perú y Uruguay.

Además de la necesidad de ampliar el ámbito de las medidas cautelares en el derecho chileno del rol asegurativo o precautorio a otros que consideren la conservación e incluso la anticipación de la satisfacción de la pretensión, en la obra el autor interpela desarrollos adicionales, entre ellos: La necesidad de fortalecer el desarrollo de mecanismos cautelares en el ámbito de los bienes muebles, acorde con la creciente importancia que han adquirido dichos bienes en las actuales economías, y la conveniencia de favorecer el uso por los jueces del recurso a las medidas cautelares indeterminadas señaladas en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil.

En lo personal, debo confesar que la lectura de las notas a pie de página me ha producido una gran satisfacción en cuanto me recuerdan las ideas formuladas por Wilhelm Weischedel en "*Der Gott der Philosophen*" en orden a la posibilidad de construir cadenas de sentido a partir, en este caso, de pequeños puntos en un texto. A ello se suma el significativo aporte de la jurisprudencia incorporada en la obra, lo cual refleja una revisión detallada de las fuentes disponibles.

De la lectura que se comenta no cabe sino pensar en un futuro promisorio para el autor, discípulo de Víctor Moreno Catena, el cual ya posee un amplio repertorio, que incluye, entre otros trabajos, los libros "*Recurso de protección y contratos*" (1996), del cual es coautor con Andrés Jana, y "*La responsabilidad patrimonial del Estado*" (2004).