

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2017) (La tutela cautelar en el proceso civil). Santiago: LegalPublishing.

El trabajo que ocupa estas líneas corresponde a una versión adaptada, corregida y actualizada de la tesis doctoral del autor intitulada «La tutela cautelar en el proceso civil chileno. Estudio comparativo con la nueva ordenación en el Derecho Español».

En esta nueva versión de su investigación doctoral el autor aborda de manera clara y extensa un instituto de especial relevancia en el proceso civil como es la tutela cautelar.

Enfrentados al problema de la eficacia del proceso civil y las dificultades que supone para el justiciable el «factor tiempo» o la duración del proceso, que muchas veces, tanto en los procesos de lato conocimiento como en aquellos que en principio debiesen tener una tramitación breve, torna los derechos de las partes en una mera ilusión, y a la sentencia en una creación jurídica sin posibilidad de ejecución, problema que obedece a factores de diversa índole, pero que tienen como denominador común la circunstancia de irrogar al justiciable un perjuicio por la demora en la tutela judicial de sus derechos, se plantea como remedio el instituto procesal de la tutela cautelar.

Así, el autor, luego de estudiar la eficacia del proceso civil y su relación con la tutela cautelar, en el primer capítulo, da cuenta de la evolución de las fórmulas para remediar los problemas de la duración del proceso, para luego construir un parangón entre los procesos sumarios y las medidas cautelares.

Resulta interesante la forma en que el autor aborda, acto seguido, al recurso de protección y la tutela cautelar en el derecho chileno, que sin proponérselo ha pasado a tener un rol relevante en la materia al tratarse de un arbitrio breve y desformalizado, transformándose en un sustituto impensado de las acciones ordinarias declarativas y también de la tutela cautelar. Sin embargo, el autor evidencia en este punto las razones por las cuales no es técnicamente correcto referir al recurso de protección como una «acción de naturaleza cautelar», a pesar de que, por su naturaleza provisional se tiende permanentemente, tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia, a la confusión que bien vale aclarar.

Luego, estudia el «derecho a la tutela judicial y la tutela cautelar en el derecho chileno» haciendo manifiesta la inexistencia de mención expresa de estos institutos procesales en la Constitución Política de 1980 y justificando las razones por las cuales, a pesar de lo anterior, no es posible entender una libertad absoluta del legislador a la hora de decidir la disposición o no de las medidas cautelares o su ordenamiento sin condición alguna, incardinando esta materia con el principio de la efectividad de las resoluciones judiciales el cual se expresa con mayor intensidad a la hora de ejecutarse las resoluciones judiciales pero que

no por ello se agota en esa fase de la actividad jurisdiccional, por el contrario, las medidas previas resultan determinantes para que la ejecución pueda llevarse a cabo oportuna y exitosamente. Cabe destacar en este acápite la referencia al derecho español, donde, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en España la tutela cautelar obedece claramente a un imperativo constitucional situado en la regulación de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 de la Constitución española, dando lugar al derecho a obtener una tutela judicial efectiva y consecuentemente al derecho fundamental a la tutela cautelar.

El capítulo segundo se aboca a la regulación de la tutela cautelar y las diversas formas en que es posible abordar este tópico; bien puede realizarse esta actividad a través de una regulación general y única donde la definición de su contenido se entrega al juez, lo que trae consigo la indeterminación de las consecuencias jurídicas de la potestad cautelar. La otra alternativa que presenta el autor es la regulación de la tutela cautelar con la configuración de medidas específicas en cuyo caso la regulación alcanza la situación jurídica regulada (supuesto fáctico) existiendo siempre un grado de generalidad con la descripción del *periculum* y el *fumus boni iuris*. Por último, plantea una tercera fórmula que combina las dos alternativas que desarrolla el autor previamente.

En este punto, destacamos la clara exposición que hace el autor acerca de la técnica procesal deseable a objeto de obtener una adecuada regulación del instituto en estudio, según el camino que el legislador elija a la hora de abordar la configuración legal de la norma, cuestión que sin duda debe tenerse en especial consideración a la hora de evaluar reformas legales en la materia.

El capítulo tercero de la obra aborda los presupuestos de las medidas cautelares, abocándose derechamente al estudio de la situación jurídica cautelable, la apariencia de derecho o *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la exigencia de caución, realizando un análisis exhaustivo de su tratamiento en el derecho chileno donde además de realizar un acabado estudio dogmático de los presupuestos de la tutela cautelar, da cuenta del tratamiento jurisprudencial que han dado a la materia nuestros tribunales superiores de justicia.

El capítulo cuarto discurre acerca de los efectos de la tutela cautelar –distintas clases de efectos– y especialmente estudia, y aclara, un tópico que resulta esencial a la hora de estudiar este instituto, esto es, la distinción entre tutela anticipada, tutela preventiva y las medidas autosatisfactivas como distintas formas que puede asumir la protección jurisdiccional de las situaciones subjetivas de derecho privado. En este punto, el autor trata las medidas provisionalmente satisfactivas en el derecho chileno, donde estas superarían la finalidad de aseguramiento, consiguiendo con ellas un resultado bastante similar a lo que obtendría con la sentencia, pero, claro está, con una eficacia provisional y no indefinida. Interesante resulta también el análisis que efectúa el autor,

y su opinión, acerca de lo que se debe entender por la expresión «asegurar el resultado de la acción» y de ahí, la conclusión a la que arriba en orden a estimar que la redacción del art. 290 del Código de Procedimiento Civil no obsta, más bien por el contrario, a la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de medidas precautorias de naturaleza anticipatoria.

El capítulo quinto aborda los tribunales, las partes y el procedimiento cautelar, estudiando los aspectos generales sobre jurisdicción y competencia para conocer el proceso cautelar, la atribución de los tribunales del orden jurisdiccional civil en el proceso civil, la competencia respecto de las medidas solicitadas pendiente el proceso principal en el derecho chileno, las medidas solicitadas en forma previa a la pendencia del proceso principal, la tutela cautelar de proceso con elementos extranjeros, dando cuenta de un fenómeno cada vez más frecuente que considera que la tutela cautelar pueda cumplir su función en el territorio de un Estado diverso de aquel que es competente para conocer del fondo del asunto principal, materia que según nuestro autor carece de regulación en nuestro país. Consistente con lo anterior, el autor plantea la negativa reiterada de la Corte Suprema de dar cumplimiento en Chile a las sentencias que pretenden medidas de apremio, embargos, prohibiciones o medidas precautorias sobre bienes situados en nuestro país y aborda las distintas alternativas que podrían eventualmente hacer viable una solución distinta acudiendo incluso a la normativa internacional de derecho privado.

Otro tema que a nuestro entender reviste de gran relevancia tratándose de la tutela es el que enseguida desarrolla esta obra, y que se refiere a las partes en el proceso cautelar y específicamente lo que toca a la legitimación y la situación de los terceros en el proceso cautelar.

Luego analiza latamente la regulación del régimen procesal de las medidas cautelares previas a la demanda, el de aquellas solicitadas conjuntamente con la presentación de la demanda y la actividad procesal conducente a la obtención de una medida prejudicial precautoria, su resolución, régimen de recursos y ejecución para luego estudiar la característica de la variabilidad de las resoluciones que se pronuncian sobre la tutela cautelar, materia que en principio pareciera ser pacífica pero que, a juicio del autor, cuando se intenta justificar la mutabilidad de las resoluciones que acuerdan medidas cautelares ya no lo es tanto, siendo necesario entonces, abordar la tutela cautelar a la luz de la cosa juzgada.

Luego, estudia la variabilidad de las resoluciones cautelares en el derecho chileno, especialmente su tratamiento jurisprudencial y las razones que han venido esgrimiendo nuestros tribunales de justicia para restringir de algún modo la variabilidad de las medidas cautelares decretadas. Por último estudia la sustitución de la medida cautelar por una caución.

En su capítulo sexto la obra refiere a la instrumentalidad como nota característica del proceso cautelar y sus manifestaciones en el proceso cautelar chileno, la paralización del proceso principal y sus efectos respecto de las medidas cautelares adoptadas, la terminación del proceso principal sin sentencia estimatoria, por transacción judicial, con sentencia estimatoria y la conversión de la medida cautelar en ejecutiva y sus requisitos.

El capítulo séptimo el autor da cuenta del arbitraje y la tutela cautelar, justificando convenientemente la necesidad de cautela en el procedimiento arbitral. Destacamos especialmente el acápite relacionado con la materia en el derecho chileno, donde a pesar de no existir una regulación expresa en la materia en nuestro ordenamiento procesal civil, la escasa jurisprudencia, según el autor, sería proclive a la admisión de la tutela cautelar en el arbitraje. En este sentido, el autor favorece, con matices, la posibilidad de los árbitros para decretarlas, con matices que refieren a la falta de imperio de los árbitros que le impedirá naturalmente dictar medidas que impliquen apremios o compulsión.

El capítulo octavo refiere sobre la responsabilidad por el empleo de la tutela cautelar. Qué duda cabe de la relevancia de la cuestión acá expuesta por el autor, considerando los efectos patrimoniales dañosos que puede ocasionar la utilización injustificada de la tutela cautelar, dando cuenta de la necesidad de contar con un régimen regulador de la responsabilidad generada por la utilización de la tutela cautelar el que debería partir desde un prisma distinto al de la responsabilidad derivada de hechos ilícitos, en tanto tratándose de actuaciones judiciales hay un elemento diferenciador que está dado por la intervención del órgano jurisdiccional.

Por último, el autor dedica el capítulo noveno al estudio de la tutela cautelar y su tratamiento en el proyecto de Código Procesal Civil (PCPC).

En fin, se trata de una obra que se ocupa en detalle de la tutela cautelar en el proceso civil, sistematizando cuidadosamente y en detalle el estudio de este instituto, lo que permite al lector conocer en profundidad los planteamientos del autor, los que están respaldados por un análisis vasto de la doctrina, además de un estudio pertinente de la jurisprudencia de nuestros tribunales en la materia, siendo en consecuencia lectura obligatoria tanto para estudiantes de derecho como académicos, jueces y abogados de ejercicio.

PAMELA ASTORGA PÁEZ*

* Profesora de Derecho Procesal, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo (Chile). Correo electrónico: astorga@ucn.cl