Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 209
Año LXIX
Enero-Junio 2001
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

*BREVES COMENTARIOS SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO, LA PRUEBA Y LA CAUTELA EN EL PROYECTO DE LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA**

GONZALO CORTEZ MATCOVICH
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Concepción

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Planteamiento de una ponencia sobre un texto prelegislativo.

La naturaleza del texto que se comenta precisa de un específico planteamiento que es conveniente hacer explícito. Se refiere a que el estudio de un texto legal en vigor no puede ser el mismo que el de un texto sólo en fase de proyecto (Ortells).

En efecto, frente a un texto legal en vigor puede ser necesario agotar las posibilidades interpretativas para que se alcance el fin de la norma y para que ésta pueda tener una adecuada interpretación sistemática. En cambio, frente a un texto en proyecto, aunque la redacción de las disposiciones permita alcanzar aquellos objetivos, es fundamental y necesario poner de manifiesto aquellos que dificultarán buenas interpretaciones y que incluso pueden permitir o fomentar malas interpretaciones.

Es en el contexto de esta advertencia previa que espero se comprendan las apreciaciones críticas que, desde el punto de vista procesal, formulo al proyecto de ley que crea los tribunales de familia y señala su procedimiento.

* Ponencia presentada en el II Congreso Nacional sobre Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos: "Justicia, Tribunales de Familia y Mediación Familiar". Segundo Panel "Aspectos del Procedimiento Regulado en el Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia", organizado por el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos (CREA) y Universidad Católica de Temuco, los días 27 y 28 de septiembre de 2001.

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La exposición se limitará al análisis de las normas contenidas en el Título III del proyecto, que se refiere a los principios del procedimiento, a las reglas generales y al procedimiento ordinario de aplicación general.

2. PLANTEAMIENTO GENERAL

Como planteamiento general, frente a un proyecto de ley, el examen tiene que ir dirigido en una doble dirección:

a) En primer lugar, se trata de valorar si el proyecto en estudio responde a una realidad social determinada, en el sentido de ser una herramienta que sirva para dar respuesta a las distintas cuestiones que plantean, en general, las denominadas crisis familiares.

b) En segundo término, se trata de detectar los posibles problemas de técnica legislativa de que puede adolecer el texto que se comenta.

La valoración general del proyecto y las bondades del mismo ya han sido expuestas por quienes me han precedido en la palabra. Me limitaré a exponer aquellas observaciones que he considerado más interesantes.

3. OBSERVACIONES PUNTUALES O ESPECIFICAS

a) Sobre los principios del procedimiento

El artículo 7º del proyecto señala que el procedimiento que aplicarán los tribunales de familia será esencialmente oral, concentrado y desformalizado y que, además, en él primarán los principios de la inmediación, de la oficiosidad y la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes.

Comparto la opinión de quienes sostienen que todo el problema del procedimiento se resume en dos principios: oralidad y escritura.

De igual modo hay que estar de acuerdo con quienes postulan al proceso oral como el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la sociedad moderna.

Pero es imposible soslayar que a lo largo del siglo que recién pasó la oralidad ha sido el anhelo perseguido y no alcanzado y, con él, la finalidad de abreviar la duración de los procedimientos. Este verdadero "mito" de la oralidad –nótese, por ejemplo, que en España tiene rango constitucional (art. 120.2 C.E.) "el procedimiento será predominantemente oral"–, si bien ha logrado convencer a

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los teóricos, no ha logrado, sin embargo, convencer a los prácticos. La realidad, pues, se muestra renuente frente a la introducción de esta técnica.

Las razones de este fracaso del modelo teórico de la oralidad, cuando es trasladado a la realidad, obedecen a una multiplicidad de factores, que no es oportuno citar aquí, pero es importante consignar que, hasta ahora, el acortamiento de la duración del proceso perseguido a través de la oralidad no se está consiguiendo. Es de esperarse que el proyecto que se comenta logre superar este inconveniente.

En lo que atañe al articulado del proyecto en sí, es importante destacar que el prelegislador tiende a manejar un concepto restringido de la oralidad, lo que le conduce a efectuar declaraciones reiterativas y sobreabundantes.

En efecto, el prelegislador parece entender que la oralidad es simplemente un método, una técnica conforme a la cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencias.

Lo cierto, sin embargo, es que el concepto de oralidad tiene un significado muchísimo más amplio y comprensivo. Con la oralidad se sintetiza un conjunto de caracteres del procedimiento, un sistema completo de principios entre sí coordinados, inseparables unos de otros.

En este sentido, la oralidad implica, supone, la *inmediación,* es decir, que la actuación del juez se verifique en contacto personal con las partes, prescindiendo de intermediarios. De ahí que, a mi modo de ver, implique una repetición inútil hablar de oralidad e inmediación, porque una supone la otra.

Hay algo más importante: podría pensarse que ambas formas, oralidad e inmediación, son principios relacionados, pero independientes; sin embargo, bien vistas las cosas es posible concluir que *la oralidad sólo tiene sentido si el juez que ha de decidir la controversia es el mismo que ha asistido al desarrollo de la prueba y entrado en relación directa con las partes.*

Es decir, el juez de un proceso oral debe estar constituido desde el comienzo del pleito hasta su conclusión por la misma persona física. Es evidente que la oralidad no funciona si los actos procesales se llevan a cabo ante personas diferentes, porque la impresión recibida por el juez que asiste a uno o más actos no puede infundirse en el otro que deba juzgar.

Entonces, como conclusión, puede afirmarse, primero: que la inmediación constituye la esencia del juicio oral y que no se trata de principios distintos o autónomos, sino de dos aspectos de una misma realidad, por lo que resulta redundante aludir a ambas como técnicas distintas e independientes.

En segundo lugar, que el efecto fundamental de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el tribunal durante la tramitación de la causa. En este sentido, la necesidad de que el juez que presencia las pruebas sea el que dicta la sentencia es totalmente desconocida en nuestro proceso civil; antes bien, por el contrario, nuestra legislación acepta con todas sus consecuencias la posibilidad del cambio del juez a lo largo del proceso (piénsese, por ejemplo, que es perfectamente posible que la inspección personal practicada por un juez sea apreciada por otro, con lo que desaparece la razón de ser de la misma).

En este orden de ideas, creo que falta una norma que sea categórica al respecto. Es cierto que conforme al art. 11 del proyecto las audiencias y diligencias de prueba deben realizarse en presencia del juez y que está prohibida, bajo sanción de nulidad insubsanable, la delegación de funciones, pero en ninguna parte se garantiza esa identidad física a que se ha venido aludiendo.

Se me podrá responder diciendo que el procedimiento establecido en el proyecto tiende a verificarse en una sola audiencia principal de contestación y prueba, por lo que la posibilidad de que operen cambios físicos de la persona del juez prácticamente no existe.

Pero no es posible olvidar, en primer lugar, que siempre pueden suscitarse situaciones no previstas por la ley que demanden la celebración de una nueva audiencia y que incluso el propio proyecto refiere la posibilidad de que se verifiquen audiencias complementarias, es decir, audiencias separadas en el tiempo que no necesariamente se llevan a efecto de modo sucesivo, sino que la ley (art. 29 del proyecto) permite que se verifique varios días después de la audiencia principal. Por otro lado, es perfectamente posible que el juez, por cualquier causa, falte, ya sea porque se ausente, se enferme o simplemente fallezca. Frente a estos supuestos, hay dos alternativas: o se procede a una nueva vista, o bien, permitir que siga conociendo del asunto y dicte sentencia otro magistrado, que no estuvo presente en las audiencias. En este segundo caso, se comprende que buena parte de las ventajas de la oralidad se desperdician. Las mismas situaciones podrán presentarse en relación con la posibilidad de las partes para suspender el procedimiento hasta por sesenta días (art. 16 del proyecto).

Otro tanto ocurre con la *concentración* a que el proyecto propende. Decir oralidad equivale a decir concentración. La concentración en realidad es una característica exterior de la oralidad, pòr lo que hablar de concentración y oralidad es también un pleonasmo, una redundancia. De ahí que no sea extraño que para Alcalá-Zamora y Castillo sea más apropiado hablar de proceso concentrado más que de proceso oral.

La concentración debe considerarse desde dos puntos de vista:

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1. En relación con la actividad procedimental, la concentración tiende a que los actos procesales se desarrollen en una sola audiencia y, de no ser posible, en audiencias consecutivas, o bien, en varias audiencias que, aunque no sean consecutivas, sean próximas entre sí, de modo que los actos procesales realizados de palabra y con inmediación ante el juez no desaparezcan de su memoria.

El proyecto (en su art. 9º) reconoce esta característica a que conduce la oralidad, señalando que el procedimiento ha de llevarse a efecto en una audiencia única de contestación y prueba pero, reconociendo que este ideal es prácticamente imposible en la realidad, admite la posibilidad de una audiencia complementaria. Lo relevante es que el prelegislador ha entendido que lo importante es aproximar lo más posible el procedimiento a ese ideal.

Es de temer, sin embargo, que, pese a la buena voluntad del prelegislador, en la práctica el ideal devendrá en imposible, propiciándose la aparición de sucesivas audiencias complementarias.

2. Hay un segundo aspecto a considerar en relación con la concentración: tanta importancia como la unidad del acto tiene la concentración en relación con las cuestiones previas e incidentales.

En un proceso dominado por la oralidad, todas estas cuestiones previas e incidentales se concentran en una misma audiencia, por regla general, sin que impidan la entrada al fondo del asunto. Este es el ideal, pero así como en el supuesto anterior el prelegislador no puede desconocer que en ciertas y determinadas situaciones puede ser necesaria una audiencia complementaria, en esta materia debe prever que también hay incidentes y cuestiones previas, que pueden aconsejar sean resueltas antes de entrar al fondo del asunto.

En esta orientación no se acaba de comprender cuál es el sentido de la frase que cierra el art. 9º del proyecto: "No existirán en este procedimiento incidentes de previo y especial pronunciamiento".

Si lo que el prelegislador quiso decir es que los incidentes que se susciten no suspenderán el curso del proceso principal, debió decirlo de ese modo, pero resulta evidente que no porque el legislador lo establezca han de desaparecer esta clase de incidentes. Pero más importante que esto es que una postura tan radical sobre la materia puede producir efectos adversos a los pretendidos.

Es fácil entender que lo que se busca es evitar que a través de la promoción de incidentes se provoque la suspensión del procedimiento, pero el deseo de evitar suspensiones puede llevar, por un lado, a situaciones más perniciosas aún que la suspensión y, por otro lado, puede significar un peligro para la justicia.

En el primer sentido, debe obrarse con cautela: que no sea que una aspiración de economía y concentración conduzca a la máxima antieconomía, de

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

perder trabajo, tiempo y dinero, en virtud de haberse tramitado completamente un proceso que a la postre resultó sin valor, nulo. De acuerdo a la economía procesal, es fundamental que el legislador tienda a evitar que el tribunal y las partes desarrollen una labor inútil, susceptible luego de ser anulada. Esta es la razón de que existan los incidentes de previo y especial pronunciamiento.

Aunque, como se ha resuelto, la cuestión de saber si un incidente es o no de previo y especial pronunciamiento, debe ser resuelta en cada caso particular; como pauta general puede decirse que comprende todos aquellos relativos a la nulidad de actuaciones y resoluciones, porque es necesario subsanar todo defecto procesal antes de seguir el curso del proceso; también todos aquellos casos en que aparezca claramente que la resolución de la cuestión incidental es determinante en la eficacia de actuaciones posteriores. Piénsese, por ejemplo, en las cuestiones sobre competencia, la nulidad de lo obrado, o si hay duda si la persona en cuestión es o no menor de edad (¿debe tramitarse completamente el proceso?). Todos éstos son incidentes cuya resolución no puede quedar postergada para definitiva.

En suma, para determinar la oportunidad de acumular el tratamiento de las cuestiones incidentales previas al proceso principal, no creo que sea adecuado el establecimiento de una regla absoluta, como lo hace el proyecto, sino que ello dependerá de la influencia que sobre la sentencia puedan tener dichas incidencias, ya que, si el efecto del incidente es hacer inadmisible la sentencia de fondo, todo el esfuerzo del juicio oral corre el riesgo de perderse inútilmente. De ahí que sea conveniente, en algunos casos, su tratamiento y resolución previa (Ortells).

¿Y qué hacer con los litigantes que promuevan incidentes con la intención de dilatar el proceso? En primer lugar, el juez, con base en los criterios antes mencionados, deberá determinar si efectivamente en el caso concreto se trata de uno de aquellos incidentes de efectos suspensivos y, en segundo lugar, el propio proyecto, en su art. 17, da expresas y amplias facultades al juez de familia para reprimir y sancionar el fraude procesal y la mala fe de los litigantes.

Cuando afirmo que la concentración llevada al límite puede significar un peligro para la justicia, pienso fundamentalmente en las cuestiones de carácter prejudicial penal. La aplicación estricta del art. 9º inciso 2º lleva a concluir que de seguirse una causa criminal por los mismos hechos que se debaten ante el tribunal de familia, en ningún caso se suspenderá el procedimiento que se siga ante este último. Esto es muy peligroso y me parece más correcta la regulación que hacía el art. 5º inc. 2º del viejo C.P.P., en orden a que "cuando la acción civil se ejercite separadamente de la penal, aquélla podrá quedar en suspenso desde que el procedimiento criminal pase al estado plenario" en relación con lo dispuesto en el artículo 167 C.P.C.

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b) Sobre la prueba

El prelegislador –consciente o inconscientemente de la relevancia del tema– ha establecido en el artículo 20 del proyecto que "constituirán medios de prueba todos aquellos que, obtenidos lícitamente, sirvan para formar la convicción del juez".

Como se sabe, las opciones fundamentales del legislador para la configuración de un sistema probatorio son principalmente tres:

a) La iniciativa en el aporte de las pruebas;
b) La determinación de los medios de prueba admisibles y
c) La valoración de la prueba rendida

En lo que respecta al primer aspecto, la opción del texto prelegislativo me merece un comentario negativo. La *iniciativa probatoria* parece haber quedado reservada exclusivamente a las parte y aunque no hay una norma específica que así lo consagre, el articulado del proyecto razona sobre la base de la prueba ofrecida por las partes.

Con esta exacerbación del principio de aportación de parte en la fase probatoria se pierde así una excelente oportunidad para introducir, con las debidas limitaciones que impone la imparcialidad y el respeto a los principios dispositivo y de contradicción, *cierta iniciativa en materia probatoria de parte del juez,* atenuándose de este modo la alternativa dispositiva pura que parece acoger el texto.

Adicionalmente piénsese, además, que en el procedimiento general regulado en el proyecto no existe el trámite de citación para oír sentencia y, aunque en teoría sean aplicables supletoriamente las disposiciones comunes a todo procedimiento contenidas en el libro I del C.P.C. (art. 23 del proyecto), no se ve con claridad la oportunidad procesal para que el juez pueda hacer uso de las denominadas medidas para mejor resolver, reguladas en el proceso civil, presentándose la paradoja de que en éste las facultades probatorias del juez parecen incluso más amplias que en el proceso civil especial que se regula en el proyecto.

El segundo componente que caracteriza el sistema probatorio es la determinación de los medios de prueba admisibles.

Los medios de prueba son, como se sabe, los elementos que en un sistema se consideran idóneos para producir convicción en el juzgador.

Las alternativas para su regulación se reducen, en general, a dos: el estable-

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cimiento taxativo de los medios de prueba admisibles o disponer una libertad para allegar los elementos de convicción, sin señalamiento legal. Ambas opciones admiten matices pero, en lo que importa ahora, una primera observación revela que el texto prelegislativo recoge lo que es ya una marcada tendencia de la legislación comparada hacia una amplia admisibilidad de los medios de prueba.

Es fácil observar que la amplia admisibilidad de los medios de prueba no es sólo una opción de técnica legislativa, sino que comporta una decisión con un ingrediente político importante, que afecta la noción que se tenga acerca de la función judicial. Es reveladora del grado de confianza que se tiene hacia los jueces.

Pero es importante destacar una cuestión, que era a lo que me refería cuando me preguntaba si en la redacción del art. 20 del proyecto se fue consciente o inconsciente: amplia admisibilidad sí, pero el art. 20 agrega "medios de prueba obtenidos ilícitamente". Reconoce el proyecto que el proceso no es un campo de batalla en el cual sean permitidos todos los medios útiles para triunfar.

El tema de la prueba ilícita no es un tema menor, es relevante y las posiciones al respecto no creo pueden considerarse completamente pacíficas.

Cuando se habla de prueba ilícita hay que distinguir dos situaciones:

1. *La prueba cuya realización en sí es ilícita,* por ejemplo, todas aquellas situaciones en las que ha existido una anulación o disminución de la voluntad del sujeto que interviene en el medio de prueba, es decir, declaraciones orales o escritas conseguidas con violencia o intimidación u obtenidas mediante hipnosis. En todos estos supuestos resulta evidente que esta prueba es ineficaz, es nula. No es ésta la aludida en el art. 20 del proyecto.

2. En segundo lugar están *las pruebas obtenidas ilícitamente, pero aportadas al proceso en forma lícita.* Son éstas las más peligrosas y que mayor debate suscitan.

Se trata, por ejemplo, de cartas obtenidas de manera dolosa, grabaciones en cintas de conversaciones sin conocimiento ni consentimiento del interesado; conversaciones telefónicas intervenidas, películas, intercepción de correos electrónicos, etc.

Existe un importante sector doctrinal que opina que, sin perjuicio de sancionar, incluso penalmente a quienes obtuvieron la prueba ilícitamente, una vez aportada la prueba al proceso ésta debe ser plenamente eficaz, ya que la reconstrucción de la realidad debe ser el principio inspirador del proceso y resultaría contradictorio prescindir de pruebas formalmente correctas únicamente por la existencia de fraude en su obtención, lo que equivaldría a prescindir

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

voluntariamente de un elemento de convicción relevante para el justo resultado del proceso.

Sin embargo, para la mayoría de la doctrina dichas pruebas deben ser apartadas radicalmente de proceso, no sólo en razón de su origen esencialmente ilícito, sino principalmente por el peligro de abuso a que daría lugar su admisión en el proceso, y por la amenaza potencial que significaría para las garantías fundamentales de las personas, especialmente el respeto a la intimidad y vida privada.

El texto del proyecto ha tomado partido por esta última posición y esto es significativo porque no hay en nuestro derecho positivo una norma que excluya expresamente la prueba ilícita y hasta ahora no tengo noticia del pronunciamiento de fallos en tal sentido.

La licitud de la prueba se refiere entonces a la forma de obtención de la fuente. La consecuencia procesal de la ilicitud no está precisada en el proyecto, pero la lógica indica que significará la ineficacia procesal de la prueba ilícitamente obtenida.

Esto significa que, en primer lugar, tales pruebas no serán admisibles en el proceso y, si por cualquier razón fueron admitidas y practicadas, la ilicitud se traducirá en su falta de aptitud para formar la convicción del juez, es decir, para motivar la sentencia.

Pero no se crea que con esta prohibición quedan resueltas todas las dificultades vinculadas a la prueba ilícita. Existen varias cuestiones vinculadas con la materia que pueden presentar problemas. En efecto, suele suceder que, como derivación de la prueba obtenida ilícitamente, se ha practicado otra que, considerada en forma aislada, es lícita. Piénsese, por ejemplo, en la carta robada que da cuenta de testigos u otros documentos y con el examen de éstos se logra el fin probatorio perseguido. ¿Qué ocurre, entonces, con estos otros medios que, siendo lícitos en sí, se descubren a consecuencia del empleo de medios ilícitos ¿Son alcanzados por la ilicitud?

Otra interrogante que puede plantearse es qué sucede respecto de la persona del juez que tomó conocimiento del contenido de todas estas pruebas ilícitas, de las grabaciones, de las cartas, etc. Quizás sería más adecuado separar a este juez de la causa para que quien lo reemplace, sin conocimiento de esos antecedentes probatorios, pueda juzgar con absoluta imparcialidad.

En lo que respecta a la apreciación de la prueba, el art. 21 del proyecto establece que "la prueba se apreciará en conformidad a las reglas de la sana crítica...". Es decir, frente a las posibilidades disponibles para determinar la eficacia de los medios de prueba, que hacen depender dicha eficacia o bien del razonamiento del juez o bien de la fijación legal de su valor, el prelegislador ha optado por la primera.

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La solución prelegislativa que prefiere la libre valoración de la prueba frente a la valoración legal, también es un índice del grado de confianza que se tiene hacia los jueces. Pero el prelegislador, consciente de que a menudo esta libre valoración de la prueba suele confundirse con una valoración arbitraria, ha incorporado una norma delimitadora para el juez. Estas pautas orientadoras, mencionadas en el art. 21, van más allá de la vinculación legal o de la libertad frente a esta vinculación, ya que se relacionan con los criterios que deben regir la correcta formación del razonamiento. La regulación, por ende, se orienta hacia el requisito externo de que se motive la valoración realizada, es decir, que el juez dé cuenta y razón de por qué lo ha apreciado de una manera determinada (Ortells).

c) Sobre las medidas cautelares

La realización de la actividad jurisdiccional, del proceso, exige tiempo. Lo exige aunque se cumplieran escrupulosamente las previsiones legales sobre su duración. Pero exige aún más tiempo, porque a menudo esas previsiones se ven ampliamente desbordadas en la realidad y no hay que ser ingenuos y pensar que ello no ocurrirá con el procedimiento regulado en el proyecto que se comenta.

Suele suceder que durante este tiempo, imprescindible para la realización del proceso, el demandado aproveche esa demora para adoptar conductas o realizar actos que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la sentencia.

El proceso cautelar (las medidas cautelares) es precisamente el instrumento creado para contrarrestar ese riesgo.

La regulación de un sistema de medidas cautelares comienza por aquellas normas que directamente configuran las *medidas cautelares,* es decir, las que precisan las consecuencias jurídicas de la norma que establece una medida cautelar.

Las técnicas legislativas disponibles para la configuración de las medidas cautelares son diversas.

Las alternativas extremas en la materia son el establecimiento de una cláusula general y única, de la cual se entrega a la decisión del tribunal la definición del contenido de la medida cautelar que la norma autoriza o bien disponer su regulación mediante medidas concretas y específicas.

El proyecto opta por la primera alternativa y en el art. 18 autoriza al juez para decretar "cualquier medida cautelar que estime indispensable para la protección de un derecho". Esta única norma podrá estar destinada a asumir el papel de precepto regulador fundamental de la tutela cautelar en la materia.

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Esto significa que, cumplidos los presupuestos de la medida, el juez tiene autonomía para acordar aquella que más se adecue a la situación jurídica cuya cautela se pretende y al peligro que se pretende evitar.

Creo que debió preverse de modo más explícito la posibilidad de que el juez acuerde medidas cautelares indeterminadas o atípicas. Una norma que autoriza esta clase de medidas es, sin duda, un índice de perfección del sistema de tutela cautelar, porque posibilita que las medidas adquieran la flexibilidad necesaria para contrarrestar situaciones de peligro difíciles de prever.

Ahora bien, esta indeterminación alcanza no sólo a los efectos o consecuencias jurídicas de la norma, sino también al supuesto fáctico de ella, de modo que al juez le competa concretarlos para el caso específico.

Frente a esta imprecisión como singularidad de la potestad cautelar general hay que plantearse, por lo menos, dos interrogantes, a mi juicio, fundamentales: a) Cuáles son los referentes que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar las medidas, y b) Si tiene límites esta potestad cautelar general, y si la respuesta a esta segunda cuestión es afirmativa, cabe preguntarse cuáles son estos límites.

El hecho de que la norma procesal no precise sus efectos o consecuencias jurídicas, sino que encomiende al juez su concreción, debe llevarnos a formular dos órdenes de afirmaciones: de una parte, en un sentido negativo, que esta situación no permite aseverar que el juez tenga plena libertad en el desempeño de este cometido, sino que hace necesario trazar una línea delimitadora del ámbito de esta facultad discrecional atribuida por la norma. De otra, de manera positiva, que se está imponiendo al intérprete una labor de indagación acerca de los condicionamientos legales, límites y alcances de una norma de esta clase.

Aunque la ley deje a la decisión del juez la determinación de las medidas que estime necesarias y conducentes para el cumplimiento de los fines previstos por la norma que establece la tutela cautelar general, naturalmente que aquél debe desenvolverse "dentro de un ámbito que la propia ley concede y que tiene sus límites".

Criterios tales como el de *necesidad* y el *principio de mínima injerencia* en la esfera jurídica del demandado, son pautas orientadoras del juez que dejan claramente establecido que la concepción de potestad cautelar general debe regirse por ciertos principios rectores, que van más allá de la regulación legal y que actúan a la vez como verdaderas limitaciones a la discrecionalidad.

Lo que el prelegislador parece desconocer o haber olvidado, es que la opción legislativa para regular las medidas no oscila únicamente entre potestad cautelar general y medidas cautelares específicas, sino que los dos sistemas descritos pueden combinarse.

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Una alternativa es la regulación de medidas concretas y, a modo de cierre, el establecimiento de una cláusula más o menos general, rigiendo de este modo el principio de que a cada forma de peligro corresponde una medida específica, pero es el reconocimiento de que la previsión legislativa no puede agotar todas las situaciones de peligro dignas de tutela cautelar, lo que justifica que haya una norma de cierre del sistema que, de manera residual, abarca todos los supuestos no previstos por el legislador.

Hay una segunda alternativa que ofrece la conjugación de los sistemas antes descritos, y que me parece más apropiada que la recogida en el proyecto: consiste en instituir una norma cautelar de carácter general y, a modo meramente enunciativo, una enumeración de medidas específicas y determinadas.

Ante una norma cuyo supuesto de hecho es impreciso y cuyas consecuencias jurídicas también lo son, el juez puede experimentar una sensación de inseguridad, de "miedo al vacío" que en definitiva haga la norma inoperante. Los autores del proyecto, quizás más sensibles a esta posibilidad, debieron optar por una técnica de indicar ejemplos.

Esta técnica de señalamiento de prototipos de medidas adoptables resulta particularmente útil para aquellos sistemas en los que, como el chileno, se transita de un sistema de determinación específica de las medidas cautelares procedentes hacia uno en que se deja a la discrecionalidad del juez y a las necesidades e imaginación de los litigantes la concreción de los efectos cautelares adecuados.

Con esta técnica "se conservan ventajas y reducen inconvenientes permitiendo orientar tanto al solicitante como al juzgador respecto a las medidas disponibles, sin limitarles, por otra parte, el contenido al dejar una cláusula abierta donde se puede incluir cualquier cautela aunque no esté en concreto especificada".

La configuración de los presupuestos de la potestad cautelar general que consiga el proyecto me parece algo confusa.

Se exige, en primer lugar, que para decretar la medida "la gravedad de los hechos así lo requiera". Es decir, que sólo ante la demostración de la existencia de hechos graves es procedente la medida. En el proceso civil esta gravedad de hechos no es exigida –al menos de esta forma–, de modo que se da la paradoja que en esta materia, donde la vía para obtener medidas cautelares debiera ser más expedita, se imponen requisitos más gravosos para que sean acordadas.

Por otro lado, el artículo 18 del proyecto exige que la medida sea "indispensable para la protección de un derecho". Quiere decir esto que si la medida no es indispensable sino sólo necesaria para proteger un derecho, ésta no debiera ser acordada. No parece razonable, pero la redacción del precepto pudiera promover esta interpretación restrictiva de la función de la medida.

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si lo que el prelegislador ha querido decir es que para la adopción de una medida cautelar es necesario la existencia de un derecho en situación de peligro, debió ser más claro.

De otra parte, la vinculación entre medida y derecho que hace el proyecto no me parece apropiada. La instrumentalidad exige vinculación entre la medida y la eventual sentencia que recaiga en el proceso, ya que la medida tiende precisamente a evitar la inefectividad de la sentencia.

La posibilidad de decretar medidas cautelares con carácter previo a la demanda parece excluida del proyecto, ya que habla de la posibilidad de adoptarlas "en cualquier estado de la causa". Esta concepción estricta de la instrumentalidad conduce a la obligatoriedad de que *la adopción de las medidas cautelares pueda operar única y exclusivamente en el ámbito temporal que va desde la iniciación del proceso principal hasta su terminación.*

Este es un defecto importante en la regulación del proyecto, porque son variados los motivos que aconsejan la adopción de medidas cautelares con anterioridad al inicio del proceso principal. La efectividad de la tutela cautelar se puede ver seriamente afectada al restringirse la oportunidad en que pueden ser acordadas las medidas.

Finalmente, hay numerosas cuestiones vinculadas a la tutela cautelar que no se regulan en el proyecto: el régimen procedimental a que se somete la solicitud de medida cautelar no se establece; el régimen de la responsabilidad derivada del empleo de medidas cautelares abusivas; régimen de impugnación; normas para su ejecución; el régimen de la oposición del sujeto pasivo de la medida y su procedimiento; la posibilidad de revisar la medida por novedad de hechos y circunstancias.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Calderón Cuadrado, M.P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil,* Madrid, Cívitas, 1992.

————, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con Ortells Ramos), Granada, Comares, 1996.

Calamandrei, P., *Introduzione allo studio sistematico dei Provvedimenti Cautelari,* Padova, Cedam, 1936.

Chiovenda, G., *Principios de Derecho Procesal Civil,* México, Cárdenas Editor, 1990.

Artículo: Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Gascón Inchausti, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda,* Barcelona, Cedecs, 1999.

Montero Aroca, J., *Introducción al Derecho Procesal,* Madrid, Tecnos, 1979.

Ortells Ramos, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con Calderón Cuadrado), Granada, Comares, 1996.

————— , "Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil", en *Actualidad Civil,* 1996, Nº 42.

————— , *Derecho Procesal: Introducción* (con Cámara Ruiz y Juan Sánchez), Valencia, Punto y Coma, 2000.

————— , *Las medidas cautelares,* Madrid, La Ley, 2000.

Reimundín, R., *Derecho Procesal Civil,* B. Aires, Viracocha, 1956.

Rojas Rodríguez, M., *Las medidas precautorias,* Santiago de Chile, Librotec, 1965.

Salas Vivaldi, J., *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil y penal,* 5ª ed., Santiago de Chile, Ed. Jurídica, 1994.

Serra Domínguez, M., "El derecho a la prueba en el proceso civil español", en *Libro homenaje a Jaime Guasp,* Granada, s/e, 1984.