

ediciones  
**DER**



# REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES

Año 2017 - N° 4

REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES N° 4

© Instituto de Estudios Judiciales

2018 DER EDICIONES LIMITADA

Santa Magdalena 10, oficina 26, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile.

Teléfono +56 22 906 00 02

[www.derediciones.com](http://www.derediciones.com)

ISSN 0719-8779

Primera edición enero de 2018 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 1.700 ejemplares

Impresores: Andros Impresores

Impreso en Chile / Printed in Chile

#### ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

# INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES

HAROLDO BRITO CRUZ

Presidente

MAURICIO OLAVE ASTORGA

Vicepresidente

FRANCO BRZOVIC GONZÁLEZ

Tesorero

RODRIGO CARVAJAL SCHNETTLER

Secretario General

GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ

Consejero

LEOPOLDO LLANOS SAGRISTÁ

Consejero

SERGIO ROJAS ABARZÚA

Consejero

XIMENA OSORIO URZÚA

Directora Académica

## COMITÉ EDITORIAL

### DIRECTOR

Rodrigo Carvajal Schnettler  
*Juez del Noveno Juzgado de Garantía de Santiago*  
*Profesor de D. Procesal U. del Desarrollo, Chile*

### DIRECTOR ALTERNO

Mauricio Olave Astorga  
*Consejero del Instituto de Estudios Judiciales*  
*Juez del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de*  
*Santiago*  
*Profesor de D. Procesal U. de Talca, Chile*

### CONSEJEROS

Omar Astudillo Contreras  
*Ministro de la Corte de Apelaciones*  
*de Santiago, Chile*  
*Profesor de D. del Trabajo, Pontificia*  
*U. Católica de Chile*

Fernando Atria Lamaitre  
*Profesor de D. Constitucional y Ciencias del*  
*Derecho, U. de Chile, Chile*

Luis Avilés Mellado  
*Juez del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago,*  
*Chile*  
*Profesor Invitado, U. Adolfo Ibáñez, Chile*

Enrique Barros Bourie  
*Profesor de D. Civil, U. de Chile*

Gerardo Bernaldes Rojas  
*Juez del Primer Juzgado de Letras de Talca, Chile*  
*Profesor de D. Constitucional y Procesal,*  
*U. de Talca, Chile*

Andrés Bordalí Salamanca  
*Decano Facultad de Derecho, U. Austral de Chile*  
*Profesor de Jurisdicción, U. Austral de Chile*

Haroldo Brito Cruz  
*Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Chile*  
*Profesor de D. Procesal, U. de Talca, Chile*

Eduardo Caamaño Rojo  
*Profesor de D. del Trabajo,*  
*Pontificia U. Católica de Valparaíso, Chile*

José Luis Díez Schwerter  
*Profesor de D. Civil, U. de Concepción, Chile*

Rafael Gómez Balmaceda  
*Profesor de D. Comercial, U. de Chile*

Milton Juica Arancibia  
*Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Chile*  
*Profesor de D. Procesal, U. Andrés Bello, Chile*

María Inés Horvitz  
*Profesora de D. Penal, U. de Chile*

Macarena Rebolledo Rojas  
*Jueza del Juzgado de Familia de Valdivia, Chile*  
*Profesora de D. Civil, U. Austral de Chile*

Mauricio Rettig Espinoza  
*Juez del Segundo Tribunal Oral en lo Penal de*  
*Santiago, Chile*  
*Profesor de D. Penal,*  
*U. Alberto Hurtado, Chile*

José Pedro Silva  
*Profesor de D. Procesal, Pontificia*  
*U. Católica de Chile*

Raúl Tavolari Oliveros  
*Profesor de D. Procesal, U. de Chile y*  
*U. de Valparaíso, Chile*

María Francisca Zapata García  
*Jueza del Primer Juzgado de de Santiago, Chile*  
*Profesora, U. de Chile*

Francisco Zúñiga Urbina  
*Profesor de D. Constitucional, U. de Chile*

## COMITÉ INTERNACIONAL

Armando Segundo Andruet  
*Magistrado de la Provincia de Córdoba, Argentina*  
*Profesor de Filosofía del Derecho, U. Católica de Córdoba, Argentina*

Alberto M. Binder  
*Profesor de D. Procesal en Postgrado,*  
*U. de Buenos Aires, Argentina*

Perfecto Andrés Ibáñez  
*Magistrado del Tribunal Supremo, España*

Franco Ippolito  
*Magistrado Consejero de la Corte de Casación, Italia*

Ramón Sáez Valcárcel  
*Magistrado de la Audiencia Nacional, España*

Secretario de Redacción  
Cristián Bahamonde Guasch



ÍNDICE  
Nº 4 AÑO 2017

PRESENTACIÓN .....	1
ENTREVISTA A ENRIQUE BARROS .....	7

I. ESTUDIOS JUDICIALES

Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en el proyecto de Código Procesal Civil .....	15
<i>Juan Carlos Marín González</i>	
Violencia en contra de la mujer cometida por su (ex) pareja y las medidas cautelares.....	47
<i>María Francisca Zapata García</i>	
La exigencia del subprincipio de necesidad en la prisión preventiva y su formulación como argumento contrafactual.....	71
<i>Pablo Orlando Contreras Guerrero</i>	
La potestad cautelar del juez de familia. Sus alcances y límites .....	103
<i>José Alejandro Duque Villa</i>	
El contenido de la <i>dirección laboral común</i> en la configuración del grupo de empresas o unidad económica .....	143
<i>Irene Rojas Miño</i>	
La huelga en el Derecho chileno .....	159
<i>José Luis Ugarte Cataldo</i>	

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES

Incorporación de Derecho Internacional de los Derechos Humanos al resolver recurso de amparo: <i>Lorenza Cayuhán c/ Gendarmería</i> (Corte Suprema, 1 de diciembre de 2016) .....	185
<i>Macarena Rebolledo Rojas</i>	

El recurso de <i>habeas corpus</i> como vía para impugnar las medidas cautelares personales dictadas por un Tribunal de apelación.....	199
<i>Julián López Masle</i>	
La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema.....	231
<i>Luis Cordero Vega</i>	

### III. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

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. ....	253
<i>Agustina Alvarado Urizar</i>	
Sana crítica, un sistema de valoración racional de la prueba. Javier Maturana Baeza, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, 616 pp. ....	259
<i>Mauricio Olave Astorga</i>	
INSTRUCCIONES PARA LOS COLABORADORES DE LA REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES	265



## PRESENTACIÓN

El *Instituto* de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda, en la continuidad del esfuerzo por estimular el debate acerca de nuestro sistema de justicia, ofrece el número cuatro de su *Revista de Estudios Judiciales*.

En esta ocasión, el Comité Editorial de la *Revista* nos encomendó circunscribir su contenido a un ámbito específico de la teoría y práctica jurídica. Debía tratarse de una mirada renovada a un segmento del conocimiento de la mayor relevancia para la efectividad en la protección de derechos e intereses de los justiciables en nuestro medio.

El encargo fue incluir en este número de la publicación un tratamiento más fresco a las medidas cautelares en nuestro ordenamiento. Naturalmente, hurgamos de inmediato en el campo del Derecho que nos resultaba más afín con el plan discursivo que se nos impuso: el Derecho Procesal. Tan pronto fueron requeridos, conocidos procesalistas de nuestro medio se agolparon digitalmente en las cuentas de correo electrónico de la *Revista* y el *Instituto*, exteriorizando gentilmente su propósito de aportar a la publicación. Desde luego nuestra más profunda gratitud a todos ellos por el interés manifestado tan tempranamente.

Sin embargo, nuestro afán nos enfrentaba a un trance complejo. No era fácil declinar los ofrecimientos que recibíamos. Motivados por un propósito encomiable, los referidos colegas proponían abordar puntos interesantes, pero que no necesariamente cumplían con el enfoque innovador que motivó la convocatoria del presente número de la *Revista*. Sin duda resultaban atractivos esfuerzos de sistematización sobre los antecedentes en el derecho histórico y comparado de las medidas cautelares, la finalidad de las mismas, sus requisitos, sus clases o categorías, su regulación en el ámbito del Código de Procedimiento Civil y sus efectos generales. Pero, con una alta dosis de intuición, nos arriesgamos a desestimar por ahora tales aportes, empeñándonos en la búsqueda de tópicos sobre la potestad cautelar que nos parecieran novedosos desde su enunciación misma.

La decisión referida tuvo un importante costo. Sufrimos un serio contra-tiempo, pues todo indicaba que la mirada que proponíamos no encontraba un cauce definido en nuestros propios requerimientos ni en las propuestas de nuestros colaboradores.

Casi por accidente, mientras me encontraba en la celebración del cumpleaños de un amigo, el hijo de este, de 9 años, me solicitó participar en una actividad escolar del ramo de ciencias sociales, denominada *show & tell*. Se trataría de algo similar a las disertaciones de nuestra pretérita época escolar, según conseguí entender. Dada la coincidencia de que el peticionario es mi orgulloso ahijado, no estaba en condiciones de negarme. Sin más información, me vi sentado en horas de la mañana de un helado día de junio, encogido en una silla de reducidas proporciones y expuesto frente a una veintena de niños, mientras el único de ellos que me conocía, ponderaba mis supuestos méritos en la promoción del bienestar en la comunidad desde mi cargo de juez penal.

Sin saber qué decir sobre la presentación y exposición que me precedió, preferí enfrentar sin más rodeos las preguntas de un auditorio ávido de respuestas concluyentes. Uno de los niños me preguntó en el acto: ¿qué se hace con el que roba?; otro inquirió sobre quién puede ser ladrón, si él puede serlo y qué le pasaría si lo fuera. Otro preguntó sobre qué se haría con la pistola empleada. Luego de la avalancha de dudas, les expliqué que a quien se acusa de robo se le juzga en un juicio oral, público y contradictorio. En el acto un niño replicó que entonces lo llevan a los tribunales cuando la policía lo va a buscar y que ahí lo juzgan. Le contesté que en algunos casos sí, pero que en los procesos hay una progresión a través de sucesivas fases, hasta llegar al juicio del que les había hablado y luego a la ejecución de lo resuelto en el mismo. El auditorio me miraba perplejo en procura de una respuesta que yo no les estaba dando. La pregunta era simple: ¿cómo se reacciona en lo inmediato frente a un hecho que se perfila como grave? Lo advertí, porque una niña me indicó con cierta condescendencia que lo que todos querían saber era si el ladrón se iba preso en lo inmediato y si alguno de ellos se iría preso si robaba. Intenté responder de un modo sencillo, aludiendo al régimen de las medidas cautelares personales y, sin duda, con importantes déficit, los que no impidieron que recibiera un afectuoso aplauso.

Luego, todo indicaba que las reacciones a largo o mediano plazo que me empeñaba en venerar no conseguían dar respuesta satisfactoria a las dudas de mi auditorio. Advertía el interés de ellos en que yo fuera capaz de representar una imagen de los jueces como actores con capacidades de actuación oportuna frente a los conflictos urgentes, aportado soluciones prácticas y no solo empeñados en concretar un programa normativo que dicta cómo, al final del día, deben solucionarse los casos. En ese punto me pareció que el

camino estaba en considerar a las potestades cautelares de qué están investidos los jueces en los procesos reformados de nuestro ordenamiento, pues en ellos la atención se vuelca en general a la solución de los conflictos que se presentan con la mayor premura, más que a la satisfactoria concreción a ultranza de un sistema de reglas generales.

Surgía así un punto sencillo pero elocuente: ¿cómo el ordenamiento debe dar respuesta a la solución de los conflictos a través de medidas oportunas pero con los elementos necesarios para su motivación? Así planteado el asunto, desde dentro y fuera del ámbito judicial comenzaron a llegar a nuestras manos diversos aportes. Pero ya era momento de lanzar la publicación, con lo que debimos recurrir a algunos académicos de nuestro entorno más próximo para que contribuyeran con un tema de su interés, algo que probablemente escamotearían de otro compromiso a nuestro favor y de esa manera completar a la brevedad la presente edición anual.

Así llegamos al presente número IV de la *Revista*, inspirados por la idea de promover una mirada nueva al régimen de las medidas cautelares en relación a la etapa de maduración de las reformas procesales introducidas en los últimos veinte años.

En cuanto a los contenidos fundamentales, inauguramos esta edición con una entrevista al destacado académico don Enrique Barros Bourie. La justificación aquí es sencilla pero efectiva: no podíamos permitirnos postergar más el ejercicio de nuestro derecho a contar de primera mano con el parecer en materias judiciales destacadas de uno de los más notables juristas de nuestro tiempo en el ámbito hispanoamericano.

Arrancamos la primera sección con un estudio de relativa generalidad sobre las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno de cara a su tratamiento en el proyecto de Código Procesal Civil, del destacado académico internacional don Juan Carlos Marín. A propósito del cotejo y análisis crítico de los dos principales proyectos de reforma procesal civil, el autor ofrece un panorama general de señalado rendimiento para comprender las medidas cautelares en el proceso civil chileno, dando cuenta de cómo el régimen común y general de las mismas se ha visto enriquecido a partir de sucesivas reformas procesales sectoriales de los últimos veinte años.

El segundo estudio, elaborado por María Francisca Zapata García, se titula “Violencia en contra de la mujer cometida por su (ex) pareja y las medidas cautelares”. Desde las críticas a la práctica jurídica en procesos de violencia contra la mujer constitutiva de delito y la reacción contingente

frente a los déficit constatados, el trabajo aporta certeros cauces para su superación. Lo interesante de la mirada es el interés puesto en arreglos procesales que apunten a la minimización de los menoscabos que pueden seguirse de la intervención estatal en ámbitos tradicionalmente fuera de su alcance.

En el tercer estudio, a cargo de Pablo Contreras Guerrero, titulado “La exigencia del subprincipio de necesidad en la prisión preventiva y su formulación como argumento contrafactual”, desde la práctica cotidiana y la teoría, se destaca la necesidad de motivar una decisión de prisión preventiva en torno a la insuficiencia del generoso estatuto de las llamadas “otras medidas cautelares”, menos afectadoras de derechos para obtener la misma finalidad. El artículo invita a concretar los conocidos referentes de la ponderación en sentido estricto, en relación con la libertad personal, la intensidad de su afectación, especialmente la existencia y disponibilidad de medios alternativos menos lesivos y con resultados homólogos.

En el cuarto artículo, titulado “La potestad cautelar del juez de familia. Sus alcances y límites”, José Duque Villa repara en la necesidad de coordinar en el ámbito de la justicia de familia los criterios de urgencia, de cara a la reacción oportuna frente a una situación de riesgo, con las exigencias del debido proceso. Ello importa una llamada a la jurisdicción cautelar a no apartarse de la función que le es propia, para lo cual el autor se empeña en situar a las medidas cautelares en el procedimiento de familia en el ámbito general de estos institutos.

Finalmente, en esta primera parte hemos incluido dos estudios en materia laboral. El primero, titulado “El contenido de la *dirección laboral común* en la configuración del grupo de empresas o unidad económica”, de Irene Rojas Miño, discurre sobre interesantes aspectos de una reforma del calado de aquella que en materia de Derecho colectivo del trabajo, impulsa la Ley N° 20.714, en su esfuerzo por plasmar realidades, particularmente en lo que dice relación con el concepto de empresa, que había sido relegada hasta ahora al plano de una relativa indiferencia. En el segundo estudio, de José Luis Ugarte Cataldo, titulado “La huelga en el Derecho chileno”, desde su consagración en el catálogo de derechos previstos en la Carta, se entrecruzan aspectos de la teoría de los derechos fundamentales con su fisonomía en materia de Derecho colectivo del trabajo, perfilándose de ese modo su régimen jurídico, el que es planteado por el autor como eminentemente funcional, centrado en asegurar las condiciones de la deliberación para entrar en los procesos de negociación colectiva.

En la segunda sección de la *Revista*, desde una perspectiva centrada en el análisis jurisprudencial, Macarena Rebolledo Rojas analiza un fallo de la Corte Suprema de 1 de diciembre de 2016, en el que destaca la utilización por parte del Máximo Tribunal de diversos conceptos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como los de discriminación múltiple, el deber de reparación y el control de convencionalidad y, mediante tal análisis, la aplicación efectiva de derechos reconocidos internacionalmente.

Julián López Masle comenta una sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Suprema refiriendo las razones con que esta ha construido el criterio vigente respecto de la inadmisibilidad del recurso de amparo cuando es interpuesto en contra de una resolución dictada por una Corte de Apelaciones, con mención a la influencia que la infracción manifiesta y ostensible de la fundamentación de la resolución podría alcanzar en tal criterio. También enfocado en el estudio de las sentencias de la Corte Suprema, Luis Cordero Vega describe y valora cómo la jurisprudencia se esfuerza por comunicar a los actos administrativos exigencias de motivación tradicionalmente asociadas a las principales resoluciones judiciales.

La tercera sección, destinada a reseñas bibliográficas, contiene dos monografías que comentan recientes obras de interés en el ámbito judicial. La primera, relativa a la edición más reciente (2015) del *Tratado de las Medidas Cautelares*, de Juan Carlos Marín González, una obra de indispensable consideración en la materia. La segunda, pertinente a la obra general sobre la sana crítica del joven procesalista Javier Maturana Baeza, de especial interés para los jueces. La reseña contribuye certeramente a estimular su consideración detenida.

Antes de concluir, debo expresar varios agradecimientos. Primero, al Consejo del Instituto, por encomendarme la labor de Director de la presente *Revista*. Segundo, a Francesca De Ferrari, de nuestra nueva casa editorial DER, cuya permanente voz de aliento contribuyó a que esta publicación viera la luz.

**El Director**