THOMSON REUTERS
LA LEY

REVISTA DE
DERECHO DE FAMILIA

Nº 2 - 2014

LEGALPUBLISHING

THOMSON REUTERS

Potestad cautelar del juez de familia

Cristián Lepin Molina*
Ignacio Araya Paredes**

Resumen: La Ley Nº 19.968, que crea los Tribunales de Familia, estableció una judicatura especializada para conocer de los asuntos de familia, introduciendo además una serie de novedades en materia procedimental. En este contexto, dicha ley reconoce y regula la potestad cautelar del juez en los distintos procedimientos de familia, reconociéndose medidas cautelares genéricas, tanto conservativas como innovativas, y otras de carácter especial, reguladas a propósito de los procedimientos de medidas de protección de niños, niñas y adolescentes y de violencia intrafamiliar.

En el presente estudio se analizará la potestad cautelar del juez de familia y las distintas medidas cautelares reguladas en la Ley Nº 19.968, considerando los tradicionales conceptos del derecho procesal y las innovaciones que esta ley presenta, así como el tratamiento que esta materia ha recibido en nuestra jurisprudencia reciente.

Palabras clave: Procedimiento de familia; Juez de familia; Potestad cautelar; Medidas cautelares; Bilateralidad de la audiencia.

Introducción

La modernización de la justicia de familia materializada con la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.968 que crea los Tribunales de Familia (LTF), publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004, introduce una judicatura especializada para conocer de los asuntos de familia (específicamente los regulados en el artículo 8º LTF, que establece su competencia)[1].

* Abogado. Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Doctorando en Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires. Profesor de pre y postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Director(s) de la Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: clepin@derecho.uchile.cl.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Investigador de la Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: iaraya@derecho.uchile.cl.

[1] Recordemos que antes de la modificación de la Ley Nº 20.286, el artículo 8º Nº 19 señalaba: "Toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia", que obviamente otorgaba amplia competencia a los tribunales de familia para conocer de aquellos conflictos, hoy con la nueva redacción, del Nº 17, sólo pueden conocer, además de las materias consignadas, de toda otra materia que la ley les encomiende (un ejemplo, puede ser la Ley Nº 20.360, publicada en el Diario Oficial el 30 de junio de 2009, y que otorga competencia a los tribunales de familia para conocer de los conflictos que se susciten con ocasión del incumplimiento del pago del bono extraordinario otorgado por el Gobierno a los sectores de menores ingresos).

Dentro de las novedades incorporadas por la LTF, se encuentran, además de las orgánicas (los nuevos tribunales de familia, asesorados por un consejo técnico de carácter interdisciplinario), otras de carácter procedimentales, donde destacan: los principios formativos del procedimiento, como la oralidad, inmediación, actuación de oficio e interés superior del niño, niña y adolescente; los procedimientos (ordinarios y especiales); las reglas especiales de comparecencia; de representación; las notificaciones; los incidentes; las medidas cautelares; la acumulación de autos; la nulidad; los recursos, entre otros.

En este orden de ideas, analizando las principales reformas que introdujo la nueva legislación, como son: la comparecencia personal sin representación letrada[2], la actuación de oficio (art. 13 LTF), las facultades probatorias del juez (art. 29 LTF) y la potestad cautelar (art. 22 LTF), que en conjunto otorgan excepcionales facultades al magistrado para resolver el conflicto familiar.

Las explicaciones que se pueden esbozar para justificar estas extraordinarias facultades pueden ser principalmente: la prescindencia inicial de asesoría letrada (que obviamente coloca al juez en una posición compleja, con la carga casi exclusiva de dar curso progresivo al procedimiento) y, por otro lado, la especial dimensión en que se encuentran los hijos y el cónyuge débil, que justifican una intervención mayor del juzgador, en la mira de proteger los intereses de los más débiles.

Es en este contexto que deben analizarse las normas que regulan las medidas cautelares en los procedimientos de familia (arts. 22, 71 y 92 LTF), que distinguen: una potestad cautelar genérica y medidas cautelares especiales en los procedimientos de medidas de protección y de violencia intrafamiliar, temáticas que analizaremos a continuación.

I. Potestad Cautelar del Juez de Familia (Art. 22 Ltf)

1. Cuestiones generales

Podemos entender por potestad cautelar del juez "la facultad que la ley confiere al juez para decretar, de oficio o a petición de parte, una o más medidas cautelares, antes o después de iniciado el juicio, y en cualquier etapa del mismo, con la

[2] Así el artículo 18 inciso 1º (en su antigua redacción) prescribía: "Comparecencia en juicio: En los procedimientos que se sigan ante los juzgados de familia, las partes podrán actuar y comparecer personalmente, sin necesidad de mandatario judicial y de abogado patrocinante, a menos que el juez así lo ordene expresamente, especialmente en aquellos casos en que una de las partes cuente con asesoría de letrado". Esta norma fue modificada por la Ley Nº 20.286, y su redacción actual dispone: "Comparecencia en juicio. En los procedimientos que se sigan ante los juzgados de familia, las partes deberán comparecer patrocinadas por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y representadas por persona legalmente habilitada para actuar en juicio, a menos que el juez en caso necesario las exceptúe expresamente, por motivos fundados en resolución que deberá dictar de inmediato".

concurrencia de la verosimilitud del derecho que se pretende y del peligro en la mora de no ser éste satisfecho"[3].

De modo que se trata de una facultad del juez de familia para decretar las medidas cautelares (concepto moderno, que desplaza el de medidas precautorias del Código de Procedimiento Civil) que estime pertinentes, todas las cuales siempre tendrán un carácter *esencialmente* provisorio.

Sobre esto, la Corte Suprema ha resuelto en sentencia de 15 de junio de 2009, que "correspondiéndole como se ha dicho, en este caso el cuidado de la menor a su madre, ella no puede ser privada del mismo sino por la existencia de inhabilidad, de causa calificada o porque el interés superior de la menor así lo aconseje, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 225 y 226 del Código Civil, en relación con lo prescrito por el artículo 42 de la Ley Nº 16.618 y esto debe ser discutido y resuelto en el procedimiento especialmente previsto por la ley para estos efectos, el que presenta una naturaleza y estándares de convicción distintos, a aquél que tiene por objeto determinar la aplicación de una medida de protección y no está destinado a resolver en forma definitiva, sobre el cuidado personal de una (sic) niño, niña o adolescente"[4].

Ahora bien, en la LTF esta potestad es bastante amplia, ya que no se reduce a mantener el *status quo*, como la orden de no innovar (cfr. art. 192 inc. 2º Código de Procedimiento Civil y, en materia de recurso de protección, art. 3º del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales). Analizando la regulación, se aprecia que tampoco tiene una finalidad puramente conservativa, esto es, no tiene por objetivo único el "facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma"[5], definición que se refiere a las denominadas medidas cautelares conservativas, dentro de las cuales encontramos las medidas precautorias reguladas en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil (como el secuestro, nombramiento de interventor, la retención de bienes y la prohibición de celebrar actos y contratos)[6].

---

[3] Baeza Concha, Gloria y Pérez Cabrera, Jaime (2008), *Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario*, 2ª ed., Santiago de Chile, LegalPublishing, p. 68.

[4] Corte Suprema, sentencia de 15 de junio de 2009, identificador LegalPublishing: CL/JUR/9945/2009.

[5] Marín González, Juan Carlos (2004), *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 233.

[6] Así, Juan Carlos Marín señala: "En nuestro ámbito, no hay duda que la decisión legislativa fue dotar a los jueces de enormes facultades. El ejecutivo fue categórico en el mensaje que acompañó el respectivo proyecto de ley: 'Con el objeto de posibilitar la adopción de medidas urgentes cuando la situación lo amerite, se otorga al juez de familia una potestad cautelar amplia, que puede ejercer tanto de oficio como a petición de parte'"; Marín González, Juan Carlos (2006), "Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales", *Revista de Estudios de la Justicia* Nº 8, p. 21.

Precisamente, analizando las medidas cautelares en el procedimiento de familia, el profesor Marín ha señalado que "en esta materia se han previsto medidas que confieren amplias facultades al juzgador para que, en cada oportunidad, determine el peligro que debe evitarse con la concesión de la correspondiente resolución, misma que también deberá determinar. Estamos por primera vez en la legislación nacional frente al reconocimiento expreso de una potestad cautelar genérica del juzgador. En uso de esta facultad, el juez de familia podrá conceder no sólo medidas que tengan un carácter asegurativo patrimonial, sino medidas que cubran otro tipo de peligros; así, por ejemplo, la seguridad de la mujer y/o la de los hijos, evidentemente no está referida exclusivamente a un asunto monetario. Muchas veces al acceder a la separación provisional de cuerpos y/o el otorgar la custodia provisional de los hijos a uno de los cónyuges, puede ser decisivo para evitar perjuicios difícilmente reparables con una indemnización posterior"[7].

Importa entonces determinar qué se entiende, en términos generales, por medidas cautelares. Ellas se han definido como "todas aquellas resoluciones judiciales que se dictan, antes o después de iniciado el procedimiento, y que tienen por objeto otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la sentencia definitiva, para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma"[8].

Resulta interesante resaltar que se trata de una resolución judicial que tiene determinados fines, que superan el señalado en el concepto transcrito. Tal como lo mencionamos en párrafos anteriores, históricamente en nuestro país la principal finalidad ha sido la conservativa, pero podemos agregar, además el mantenimiento del *statu quo* y la finalidad anticipativa.

En cuanto a los fines es imperioso tener presente que las medidas cautelares deben necesariamente tener relación directa con el resultado del juicio, es decir, resulta fundamental que la medida adoptada por el tribunal tenga por objeto asegurar el resultado del juicio, ya sea manteniendo el *statu quo* o anticipando la decisión, a efectos que la decisión que se tome en la sentencia definitiva genere los efectos deseados.

En este sentido, señala Carnelutti, refiriéndose a lo que denomina proceso cautelar innovativo, que "otras veces, 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"[9]. Esta finalidad, sin embargo, no es aceptada pacíficamente por la doctrina, pese a la autorizada opinión del maestro italiano.

---

[7] Marín González, 2006, pp. 20 y 21.

[8] Baeza Concha y Pérez Cabrera, 2008, p. 69.

[9] Carnelutti, Francesco (1944), *Sistema de Derecho Procesal*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora, Buenos Aires, T. I, pp. 246-248, citado por Marín González, 2004, p. 237.

2. La potestad cautelar y la bilateralidad de la audiencia

Las medidas cautelares, como ya las definimos, no son sino resoluciones judiciales mediante las cuales el juez concede al actor la *anticipación provisoria* de ciertos efectos de la sentencia definitiva, con el propósito de prevenir un daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma. Ponemos ahora el énfasis en su carácter de provisión judicial anticipada, esto es, anterior a la sentencia definitiva que decide el conflicto sometido a conocimiento del juez; lo hacemos, pues reconociendo las amplias facultades del juez de familia, en la práctica éstas pueden colisionar con la garantía del debido proceso (cfr. art. 19, Nº 3, de la Constitución) y el principio de la bilateralidad de la audiencia[10], especialmente en aquellos supuestos en que las medidas cautelares pueden decretarse sin notificar a la persona contra quien se dicten (cfr. art. 22, inciso 2º, LTF). En este punto, siguiendo a Fermandois, consideramos que nuestro constituyente plantea en materia de debido proceso una tesis flexible, atada a una exigencia de racionalidad y justicia, por lo que corresponderá al legislador establecer las garantías de un justo y racional procedimiento, conservando éste autonomía para "excepcionalmente, moderar o excluir algunas de ellas atendida la naturaleza del procedimiento"[11]. Así las cosas, nos parece que el establecimiento de una potestad cautelar amplia del juez de familia es compatible con la garantía del debido proceso, en tanto se cumplan los requisitos establecidos en la ley para decretarlas, se contemple la posibilidad que el afectado pueda solicitar su cese y se regulen los medios de impugnación que correspondan. Como destaca un autor, analizando la relación entre medidas cautelares y debido proceso, "[las medidas cautelares] no están miradas a poner pronto término al pleito, todo lo contrario, su operatividad supone implícita la necesaria tardanza que significa desarrollar un debido proceso"[12].

Reafirmando este punto, el Tribunal Constitucional ha fallado que "si bien el principio de bilateralidad de la audiencia en materias que son de competencia de

---

[10] Sobre la bilateralidad de la audiencia y su relación con el principio de igualdad de las partes en el proceso, se ha dicho que: "No existe en nuestra legislación norma expresa que consagre la igualdad procesal de las partes, ni su derivado consustancial, el principio de la bilateralidad de la audiencia. Lo que sí tiene amplia acogida en la práctica judicial es la malentendida aplicación de la bilateralidad de la audiencia, conforme a la cual los jueces estiman indispensable la necesidad de oír a la contraparte aun cuando se trate de asuntos de fácil resolución, tanto porque constan del proceso o bien por existir norma legal expresa y precisa que los dirima", Benítez Ramírez, Eugenio (2007), "II. Principios procesales relativos a las partes", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, Nº 3, pp. 591-592.

[11] Fermandois Vühringer, Arturo (2009), "Debido Proceso y Bilateralidad de la Audiencia: ¿Rigurosidad o flexibilidad?", *Libro homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*, Jaime Arancibia Mattar y J.I. Martínez Estay (Coords.), Santiago de Chile, LegalPublishing, p. 1016.

[12] Hunter Ampuero, Iván (2007), "Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX, Nº 1, p. 211.

los tribunales civiles, como ocurre en este caso, acepta calificadas excepciones, ellas se explican por la urgente necesidad de adoptar prontamente providencias cuya dilación podría acarrear graves consecuencias"[13].

En este sentido es también relevante citar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de 28 de febrero de 2011, conociendo de un recurso de apelación en contra de la resolución del Juzgado de Familia de Linares que dejó sin efecto una medida cautelar decretada a favor del padre de un menor. En este caso, el Juez de primera instancia dejó sin efecto tal medida, no obstante haberse suspendido la audiencia de juicio de medida de protección, abriendo debate ese mismo día y a continuación de la audiencia suspendida, sin la presencia de la abogada de dicha parte. Estima la Corte que "de esta forma, el tribunal *a quo* ha vulnerado el artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República que establece la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Además ha transgredido los artículos 18 y 19 de la Ley Nº 19.968, que en síntesis señalan que en todos los asuntos en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes o incapaces las partes deberán comparecer patrocinadas por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y representadas por personas legalmente habilitadas para actuar en juicio, y el juez deberá velar porque todos se encuentren debidamente representados", anulando en definitiva el procedimiento, en virtud de las facultades del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, "en todo aquello que se refiere al debate sobre medida cautelar del menor C.C.S., que dejó sin efecto la decretada a favor de su padre don C.C.O., debiendo continuar al efecto la existente con anterioridad y proceder a rivalizar sobre la misma materia, con la asistencia de todas las partes del juicio, debida y legalmente representadas"[14].

II. Clases de Medidas Cautelares en el procedimiento de familia

Tal como lo hemos comentado, las amplias facultades se traducen en la diversidad de medidas cautelares que se pueden decretar por el juez de familia. A efectos de sistematizar nuestro trabajo, las dividiremos en tres grupos: (i) las medidas cautelares genéricas (art. 22 LTF), (ii) las medidas cautelares especiales (arts. 71 y 92 LTF), y (iii) las medidas precautorias del Código de Procedimiento Civil (art. 22 LTF).

Esta distinción queda claramente expresada en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, que señala: "además, existe en esta materia un procedimiento de aplicación para estas medidas de protección, según lo dispone el artículo 68 de la Ley de Familia, debiendo distinguirse entre las medidas de

[13] Tribunal Constitucional, Rol Nº 349, 30 de abril de 2002, voto de mayoría.

[14] Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 28 de febrero de 2011, identificador LegalPublishing: CL/JUR/1656/2011.

protección del artículo 71, que son las cautelares especiales provisorias, respecto de las contempladas en el artículo 22, de la Ley de Tribunales de Familia, que se refiere a la potestad cautelar en los casos que allí se mencionan y, finalmente, y en lo que interesa, debemos mencionar las medidas de protección contempladas en el artículo 92 de dicho cuerpo legal, que se refieren a las medidas cautelares en protección de la víctima, y una de las cuales fue la que decretó el juez *a quo* y motiva el presente recurso de apelación, como es prohibir al ofensor, acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de aquel en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de ésta"[15].

1. Medidas cautelares genéricas

Dentro de esta clase encontramos las medidas cautelares generales que puede adoptar el juez de familia, correspondiente a su potestad general, que son aplicables a todos los procedimientos de familia, las que según su finalidad se distinguen en medidas cautelares conservativas y medidas cautelares innovativas[16].

Ello sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, lo que da cuenta del carácter subsidiario de las medidas. Es decir, se pueden aplicar como hemos señalado en los distintos procedimientos que se tramiten en los tribunales de familia[17], con excepción del procedimiento de aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, en que sólo –como veremos– se pueden adoptar las medidas del artículo 71 LTF (cfr. art. 22, inciso final, LTF).

Así, podemos entender por *medidas cautelares conservativas* "aquellas que persiguen conservar el estado de hecho existente al momento en que son decretadas, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos, como por ejemplo ocurriría con la medida cautelar de secuestro conservativo"[18].

Por *medidas cautelares innovativas*, nos referimos a "aquellas que no persiguen conservar el estado de hecho existente al momento en que fueron decretadas, sino

---

[15] Corte de Apelaciones de Coyhaique, sentencia de 30 de abril de 2010, identificador LegalPublishing: CL/JUR/2885/2010.

[16] Como destacan Núñez Ávila, René y Cortés Rosso, Mauricio (2012), *Derecho Procesal de Familia*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, p. 176, "El art. 22 de la LTF permite sostener que existe apertura y flexibilidad para decretar medidas cautelares, ya que el juez puede decretar las que estime procedentes, sea conservativas o sea innovativas. De hecho, siempre han sido conservativas pero ahora pueden ser innovativas que, como lo sostenemos desde hace años, pueden ser innumerables".

[17] El artículo 22 de la Ley Nº 19.968, en comento se encuentra dentro de las reglas generales aplicables a los procedimientos en los tribunales de familia.

[18] Baeza Concha y Pérez Cabrera, 2008, p. 70. En el mismo sentido, Silva Montes, Rodrigo (2009), *Manual de Tribunales de Familia*, 4ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 26.

que tienen por objeto conceder por vía provisoria y anticipada los efectos constitutivos de la providencia principal para eliminar el daño que se podría derivar del retardo con el cual ésta pudiera llegar a constituir tales efectos"; ejemplo de esta clase de medidas sería la fijación de los alimentos provisorios[19]. Según la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 30 de enero de 2008, son "aquellas que tienden a modificar el estado de hecho o derecho preexistente. Implican un auténtico ante juicio de la cuestión debatida, una declaración interina sobre el fondo, lo que obliga a una mayor prudencia en la apreciación de los requisitos que la justifican; y por su intermedio se intenta evitar el '*periculum in damni o in facti*', esto es un 'perjuicio irreparable', que se produciría si no se otorga la misma". En ese sentido, se destaca que la irreparabilidad como presupuesto de estas medidas: "es el presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa, consistente en que la situación que se pretende innovar ocasionaría, de subsistir, un daño irreparable al actor o de dificultosa reparación"[20].

Pero tratándose de este tipo de medidas cautelares, el inciso 1º del artículo 22 LTF, hace hincapié en que sean decretadas en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar, además de concurrir los requisitos de verosimilitud del derecho y el peligro en la demora en la tramitación del juicio.

Quizás la consagración de este segundo tipo de medidas cautelares es una de las alteraciones más trascendentes en el ámbito del procedimiento de familia. Como señala el profesor Marín, "El expreso reconocimiento de que el juez puede adoptar medidas no sólo de carácter conservativo sino, también, aquellas de carácter in-

---

[19] Artículo 4º Ley Nº 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias: *"En los juicios en que se demanden alimentos el juez deberá pronunciarse sobre los alimentos provisorios, junto con admitir la demanda a tramitación, con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados.*

El demandado tendrá el plazo de cinco días para oponerse al monto provisorio decretado. En la notificación de la demanda deberá informársele sobre esta facultad.

Presentada la oposición, el juez resolverá de plano, salvo que del mérito de los antecedentes estime necesario citar a una audiencia, la que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes.

Si en el plazo indicado en el inciso segundo no existe oposición, la resolución que fija los alimentos provisorios causará ejecutoria.

El tribunal podrá acceder provisionalmente a la solicitud de aumento, rebaja o cese de una pensión alimenticia, cuando estime que existen antecedentes suficientes que lo justifiquen.

La resolución que decrete los alimentos provisorios o la que se pronuncie provisionalmente sobre la solicitud de aumento, rebaja o cese de una pensión alimenticia, será susceptible del recurso de reposición con apelación subsidiaria, la que se concederá en el solo efecto devolutivo y gozará de preferencia para su vista y fallo.

El juez que no dé cumplimiento a lo previsto en el inciso primero incurrirá en falta o abuso que la parte agraviada podrá perseguir conforme al artículo 536 del Código Orgánico de Tribunales".

[20] Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 30 de enero de 2008, identificador LegalPublishing Nº 38319.

novativo. Es decir, no se limita a las medidas de estricta precaución, sino también autoriza la aplicación de aquellas que alteren el *statu quo* imperante. La norma, adicionalmente, no acota el número ni el tipo de medidas que el juez puede adoptar. Se pueden conceder todas aquellas que de acuerdo con las circunstancias de cada caso sean procedentes. Lógicamente ellas deben estar en estricta armonía con el daño que se pretende evitar. Así, por ejemplo, la suspensión de la patria potestad, la autorización de salida de un menor del país, la prohibición de comercialización de un bien de la sociedad conyugal, una declaración de interdicción, etc., son todas medidas plausibles de conceder si son útiles para resguardar un inminente daño. Sin duda que esta circunstancia constituye un gran avance en nuestra legislación y como tal debe celebrarse, pero los jueces deben ser especialmente cautelosos al momento de conceder una medida innovativa, porque los riesgos de error son mayores y, porque, la ingerencia (sic) en la esfera de la contraparte es máxima"[21].

Como medidas cautelares innovativas podríamos citar como ejemplos la regulación provisoria de los alimentos, del régimen comunicacional o el cuidado personal. Así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Arica, en sentencia de fecha 16 de septiembre de 2009, que señala que "precisamente el establecer un régimen de relación directa y regular, derecho concedido a favor del menor, a efectos de mantener una relación con el padre o madre que no tiene el cuidado personal", para luego agregar que "la resolución del juez debe entenderse como una medida cautelar de carácter innovativa pues establece una situación jurídica nueva..."[22].

Por otra parte, no se consideran medidas cautelares, por ejemplo, la suspensión de la licencia de conducir como medida de apremio ante el incumplimiento de las pensiones alimenticias o la obligación de consignar para promover nuevos incidentes como sanción del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, a quien ha promovido o perdido dos o más incidentes en un mismo juicio [23].

Estas medidas se pueden decretar en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio. En este último caso, como la LTF no ha señalado la forma en debe solicitarse, decretarse ni sus efectos, debemos aplicar en forma supletoria las normas del Título IV, del Libro II del Código de Procedimiento Civil, ello en

---

[21] Marín González, 2006, p. 23.

[22] Corte de Apelaciones de Arica, sentencia de 16 de septiembre de 2009, identificador LegalPublishing Nº 39889.

[23] En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 13 de octubre de 2008, identificador LegalPublishing Nº 40418, señala que la suspensión de la licencia de conducir es un apremio por el incumplimiento de las pensiones alimenticias insolutas y la obligación de consignar del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil es una sanción procesal, y agrega que "de conformidad con lo reseñado, es dable concluir que la suspensión de la licencia de conducir vehículos motorizados y la obligación de consignación para promover nuevos incidentes en un juicio no constituyen medidas cautelares al tenor de lo dispuesto en los artículos 22, 71 y 92 de la Ley Nº 19.968, y los títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil".

conformidad a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 22 LTF, es decir, las normas de las medidas prejudiciales[24].

Al respecto, dos alcances relevantes. Primero, parece dudosa la aplicación de las medidas tendientes a anticipar prueba como las del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil[25], ello por la naturaleza del procedimiento y porque la prueba anticipada parece estar restringida a la audiencia preparatoria (cfr. 61 Nº 9 LTF). Segundo, tratándose de medidas prejudiciales precautorias, deben existir motivos graves y calificados, es necesario que se determine el monto de los bienes sobre los que deba recaer la medida y, por último, que se rinda fianza u otra caución suficiente[26].

En este último caso, decretada la medida prejudicial precautoria de acuerdo a las normas del Código de Procedimiento Civil, si no se presenta la demanda dentro del plazo de diez días (que se puede ampliar hasta treinta días por motivos fundados)[27] o no se pide en la demanda que se mantengan las medidas decretadas,

---

[24] De otra opinión, Núñez Ávila y Cortés Rosso, 2012, p. 180, para quienes "la norma es sustentable por sí misma ya que su sentido es claro y obvio. La remisión legal al CPC es *en todo lo demás*, es decir, en lo no regulado (por algo la remisión está en el inciso tercero). Además, prima la norma especial de la LTF y por su amplia potestad cautelar, el juez las puede dejar sin efecto en cualquier oportunidad", aunque también reconocen la validez de la tesis aquí planteada.

[25] Artículo 273 Código de Procedimiento Civil: *"El juicio ordinario podrá prepararse, exigiendo el que pretende demandar de aquel contra quien se propone dirigir la demanda:*

1º Declaración jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes;

2º La exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar;

3º La exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas;

4º Exhibición de los libros de contabilidad relativos a negocios en que tenga parte el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio; y

5º El reconocimiento jurado de firma, puesta en instrumento privado.

La diligencia expresada en el número 5º se decretará en todo caso; las de los otros cuatro sólo cuando, a juicio del tribunal, sean necesarias para que el demandante pueda entrar en el juicio".

[26] Artículo 279 Código de Procedimiento Civil: *"Podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el Título V de este Libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes:*

1a. Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias; y

2a. Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan".

[27] Artículo 280 Código de Procedimiento Civil: *"Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados.*

Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento.

se produce la caducidad de las medidas cautelares decretadas. Ocurrirá lo mismo si el tribunal al resolver no mantiene dichas medidas; por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento, pudiendo el afectado obtener en otro procedimiento (en sede civil) la indemnización de perjuicios, en tanto se cumplan los requisitos que la hagan procedente.

En el procedimiento de familia, el legislador ha regulado la posibilidad de llevar a efecto la medida antes de notificarse a la persona contra quien se dicte, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Pero en este caso, si transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. Se faculta al juez de familia para ampliar el plazo por motivos fundados (art. 22, inciso 2º, LTF)[28]. La sanción para esta situación es la misma del párrafo anterior, es decir, la caducidad de la medida[29].

Concluimos que se trata de situaciones diversas, ya que en el primer caso, medidas precautorias prejudiciales, no se ha presentado la acción, y por ello se fija un plazo para presentar la demanda. En cambio, la segunda situación supone la interposición de una demanda y que sólo falta la notificación a la parte demandada.

En cuanto a la oportunidad, la ley dispone que estas medidas se pueden decretar "en cualquier etapa del procedimiento", esto es, hasta que la sentencia esté firme o ejecutoriada[30]; también pueden ser decretadas antes del inicio del procedimiento.

Debemos hacer dos precisiones respecto de la posibilidad de decretar una medida cautelar después de dictada la sentencia definitiva de primera instancia. Primero, de obtener una sentencia favorable, el actor (o demandante reconvencional), podrá por regla general hacer efectiva su pretensión, en tanto el recurso de apelación se concederá en el solo efecto devolutivo (la sentencia *causa ejecutoria*), salvo en los casos de sentencias definitivas en materia de: (i) acciones de filiación y aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil; (ii) autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país; (iii) procedimientos de adopción, y (iv) acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil (cfr. art. 67, Nº 3, LTF), por lo que salvo los casos expresamente señalados, no parece necesario que solicite se decrete o mantenga

---

[28] En términos similares, artículo 302 Código de Procedimiento Civil: *"El incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.*

Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

La notificación a que se refiere este artículo podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena".

[29] Así, Silva Montes, 2009, p. 27.

[30] En el mismo sentido, Núñez Ávila y Cortés Rosso, 2012, p. 179.

una medida cautelar, pudiendo requerir sin más el cumplimiento de la sentencia. Segundo, en caso que el actor (o demandante reconvencional) obtenga una sentencia desfavorable e interponga en contra de ella un recurso de apelación, si bien la ley no impide que solicite una medida cautelar (o que el juez la decrete de oficio), a nuestro juicio en la práctica será difícil que esta se decrete, por no cumplirse con el requisito de la verosimilitud del derecho que se invoca; esto sin perjuicio que solicite la respectiva orden de no innovar ante la Corte de Apelaciones que conozca del recurso de apelación, el que como ya mencionamos tiene una amplitud mucho menor (cfr. art. 192, inciso 2º, Código de Procedimiento Civil).

Las medidas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio, pero siempre deben cumplir con los requisitos que se analizarán a continuación.

No se trata de la única disposición de la LTF que trata sobre la oportunidad de las medidas cautelares. Así, el artículo 54-2 establece: "Facultades del juez en la etapa de recepción. Una vez admitida la demanda, denuncia o requerimiento a tramitación, el juez procederá de oficio o a petición de parte, a decretar las medidas cautelares que procedan, incluyendo la fijación de alimentos provisorios cuando corresponda. Luego de ello, citará a las partes a la audiencia correspondiente".

A su vez, su artículo 61 Nº 3 señala: "Audiencia preparatoria. En la audiencia preparatoria se procederá a: ...3) Decretar las medidas cautelares que procedan, de oficio o a petición de parte, a menos que se hubieren decretado con anterioridad, evento en el cual el tribunal resolverá si las mantiene".

Además, la Ley Nº 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil regula la oportunidad de las medidas cautelares de los procedimientos señalados en esta ley, señalando: "Tratándose de cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal, cualquiera de ellos podrá solicitar al tribunal la adopción de las medidas provisorias que estime conducentes para la protección del patrimonio familiar y el bienestar de cada uno de los miembros que la integran.

Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará sin perjuicio del derecho que asiste a las partes de solicitar alimentos o la declaración de bienes familiares, conforme a las reglas generales".

Por su parte, el Código Civil dispone en su artículo 156 que: "Demandada la separación de bienes, podrá el juez a petición de la mujer, tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de ésta, mientras dure el juicio.

En el caso del inciso 3º del artículo anterior, podrá el juez, en cualquier tiempo, a petición de la mujer, procediendo con conocimiento de causa, tomar iguales providencias antes de que se demande la separación de bienes, exigiendo caución de resultas a la mujer si lo estimare conveniente."[31].

Finalmente, la Ley Nº 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, dispone en su artículo 6º que: "Las medidas precautorias en estos

[31] Inciso agregado por la Ley Nº 18.802, artículo 1º, Nº 14.

juicios podrán decretarse por el monto y en la forma que el tribunal determine de acuerdo con las circunstancias del caso.

Toda resolución que fije una pensión de alimentos deberá determinar el monto y lugar de pago de la misma".

Además de entrar al análisis de los requisitos legales, y como cuestión general, hacemos presente que las resoluciones que decreten una medida cautelar deben ser fundamentadas por el tribunal, considerando –como ya hemos dicho– su carácter excepcional y anticipado. En este sentido, resulta interesante la opinión de la Corte de Apelaciones de Arica en la sentencia de fecha 16 de febrero de 2011: "Que se elevó para conocimiento y resolución de esta Corte, la presente causa RIT Nº P-250-2008 del Juzgado de Familia de esta ciudad, en virtud del recurso de apelación deducido por la demandada en contra de la decisión de nueve de diciembre de dos mil nueve, que entrega a la demandante el cuidado personal provisorio de la menor de autos, hasta que se realice la audiencia de juicio fijada –actualmente– para el 10 de marzo próximo. 2º) Que el examen de la causa permite establecer que el aludido pronunciamiento carece de fundamentos de hecho y de derecho y que tanto la declaración reservada dada por la menor como la opinión entregada por la Consejera Técnica, no constan en ningún registro a disposición de este tribunal. 3º) Que, acorde con lo expuesto, es dable concluir que la determinación del juez *a quo* no reúnen los requisitos contemplados en el artículo 71, inciso tercero, de la Ley Nº 19.968 sobre Juzgados de Familia, en relación con lo estatuido en el artículo 74 de la misma ley, por lo que, en uso de la facultad consagrada en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, aplicable según lo prevenido en el artículo 27 de la citada ley, debe dejarse de oficio sin efecto". Como destaca la sentencia, en un criterio que compartimos plenamente, siempre se debe considerar el debido proceso y los derechos del demandado; así, "el tribunal, al ejercer esta tutela provisional, debe tener en cuenta el debido resguardo de los derechos de la parte demandada, ante la posibilidad de error en su concesión y la tendencia forense de solicitar medidas temerarias"[32].

1.1 Requisitos

La aplicación de las medidas cautelares no es automática en el sentido de que, solicitadas por el demandante, el juez tenga necesariamente que otorgarlas[33]. Así las cosas, para conceder estas medidas el juez tiene que analizar el cumplimiento de los requisitos generales de las medidas cautelares, basados principalmente en los clásicos conceptos creados por la doctrina italiana: *fumus boni iuris* o verosimilitud

[32] Corte de Apelaciones de Arica, sentencia de 16 de febrero de 2011, identificador Westlaw Chile: CL/JUR/1485/2011.

[33] Marín González, 2004, p. 243.

del derecho invocado y *periculum in mora o* peligro en la demora que implica la tramitación[34].

En particular, los requisitos generales exigidos por el artículo 22 LTF para decretar las medidas cautelares, tanto conservativas como para las innovativas, que de acuerdo a esta norma el juez debe "tener en cuenta", son: (i) la verosimilitud del derecho invocado y (ii) el peligro en la demora que implica la tramitación, no quedando dudas que la LTF no se aleja de los clásicos conceptos de la doctrina procesal.

Sin perjuicio de lo anterior, las medidas cautelares innovativas sí tienen exigencias adicionales, que se encuentran establecidas en la parte final del inciso 1º del artículo 22 LTF, que regula los dos únicos supuestos en que pueden ser decretadas (la ley dice "dispuestas"): (i) en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente (requisitos copulativos); o (ii) cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

A continuación analizaremos tanto los requisitos generales de las medidas cautelares genéricas, como aquellos particulares de las medidas cautelares innovativas.

a) Verosimilitud del derecho invocado

De acuerdo a lo exigido por el artículo 22 LTF, es indispensable acreditar que el derecho que se reclama aparece como probable, es decir, se requiere que el demandante no sólo afirme la existencia del derecho cautelable, sino que al menos la existencia de ese derecho que se afirma aparezca como posible[35], requisito que la doctrina conoce como *fumus boni iuris* o humo de buen derecho.

La Corte de Apelaciones de Arica, a propósito de una medida precautoria de celebrar actos y contratos, ha expresado en sentencia de 16 de febrero de 2011, "que, en consecuencia, para que el tribunal a quo concediera la medida cautelar solicitada era preciso que el peticionario fundara de un modo solvente su pretensión de tutela provisional y la apoyara en antecedentes serios. Por una parte, debe acreditar, al nivel de la presunción grave, la apariencia de buen derecho y, de otro lado, debe demostrar la necesidad de cautela que, en el caso específico de que se trata, la ley hace consistir en el peligro que genera en la obtención de la pretensión del actor la falta de garantía que ofrezcan las facultades económicas del demandado. La carga de la prueba, en ambos aspectos, recae sobre el solicitante de la medida asegurativa, de modo que si no cumple con tal obligación debe sufrir las consecuencias jurídicas adversas que ello conlleva"[36].

---

[34] Marín González, 2006, p. 22.

[35] Marín González, 2004, p. 251.

[36] Corte de Apelaciones de Arica, sentencia de 16 de febrero de 2011, identificador LegalPublishing: CL/JUR/1485/2011.

En relación con este último criterio, prácticamente se ha seguido la doctrina de Calamandrei. En efecto, este autor exige cierta veracidad en la pretensión; así observa que "por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud"[37].

b) Peligro en la demora que implica la tramitación

La medida cautelar requiere para ser concedida de la existencia de un peligro inminente de daño jurídico. A causa de esta situación la medida cautelar debe ser expedida de inmediato, sin demora, porque de lo contrario el daño temido puede transformarse en un daño efectivo. Como señala Marín, "En este sentido tiene razón Rocco cuando afirma que el *periculum* no consiste, como afirmara Calamandrei, en 'el peligro del retardo de la providencia definitiva, sino en la posibilidad de que en el período de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se verifique un evento, natural o voluntario, que suprima o restrinja tales intereses, haciendo imposible o limitado su realización por medio de los órganos jurisdiccionales'"[38].

En relación con el peligro en la demora, recordemos que la doctrina italiana ha puesto de relieve que la configuración de este *periculum in mora* es diferente según la función que desempeñe la medida cautelar. En este sentido, se habla de *peligrosidad de infructuosidad* y de *peligro de tardanza* o de *retardo*; en efecto, en algunas ocasiones lo importante es que la medida cautelar asegure urgentemente la existencia de bienes o de la cosa objeto de la demanda en vista de futura ejecución. En otras, en cambio, la medida cautelar lo que busca es acelerar provisoriamente la satisfacción de la pretensión deducida, porque de esperarse el completo desarrollo del juicio se pueden producir en el demandante perjuicios irreparables. Esta última situación es muy común en el ámbito familiar[39].

Hasta aquí no existen grandes novedades, en cuanto a los requisitos, pues se trata de los exigidos tradicionalmente por la doctrina procesal, por ejemplo en las medidas precautorias civiles, sin embargo para que el tribunal decrete una medida cautelar innovativa, se requiere, además, cumplir con las siguientes exigencias:

c) Requisito específico (I) de las medidas cautelares genéricas innovativas. Que se trate de una situación urgente y cuando lo exija el interés superior del niño

Nos parece que se deben acreditar ambos requisitos, dada la conjunción copulativa "y" utilizada por el legislador. En el fondo, se trata de evitar producir daño

[37] Calamandrei, Piero (1945), *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, p. 56.

[38] Marín González, 2004, p. 244.

[39] Marín González, 2006, p. 23.

a los menores, salvaguardando sus intereses, los que deben prevalecer sobre los de sus padres, o de los adultos que pueden ser parte en el juicio respectivo.

Ya hemos señalado que la protección del interés superior del niño, implica lograr "su mayor realización espiritual y material posible y el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades" (art. 222, inciso 1º, del Código Civil). Se trata de un principio consagrado en el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, 16 de la Ley Nº 19.968, y en los artículos 222 y 242 del Código Civil. Es una norma orientadora y de aplicación para los jueces, que incluso en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política, tendría rango constitucional o supra constitucional.

Así, la Corte de Apelaciones de Valdivia en sentencia de 19 de enero de 2011, revocó –con base en lo dispuesto en los artículos 22 y 71 letra e) de la Ley Nº 19.968 y 48 de la Ley de Menores–, la resolución dictada en la audiencia de fecha 29 de noviembre de 2010, en los autos RIT Nº 300-2010, que no acogió la solicitud del padre del menor en orden a suspender la relación directa y regular con su abuela, declarando en cambio que se suspende dicha relación directa y regular entre las personas ya citadas, a fin de que la señora (abuela del menor) se someta a evaluación y terapia psicológica con el objeto de determinar si existen las condiciones de conveniencia para mantener el vínculo comunicacional entre ambas personas con el objeto de velar por la seguridad e integridad física del menor[40].

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción otorga como medida cautelar el cuidado personal provisorio en interés del menor, en sentencia de fecha 16 de septiembre de 2010, que señala "sólo resta resolver si el interés superior del menor queda mejor cautelado enviándolo al Hogar..., como lo resuelve la sentencia recurrida, o entregándoselo a la señora ...Frente a esta disyuntiva, esta Corte estima más conveniente para el desarrollo afectivo del menor que se integre a una familia que demuestre interés y cariño por él, como es el caso de la que forman la solicitante, su cónyuge e hijos, hecho que aparece acreditado con el informe social ya mencionado"[41].

Recientemente, la Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado que "el artículo 22 de la Ley Nº 19.968, le permite al juez decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes, es decir, no solo aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la acción, de estricta precaución, sino que además aquellas que buscan adelantar parte de los efectos constitutivos o innovativos de la sentencia definitiva, alterando la situación de hecho existente y

[40] Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 19 de enero de 2011, identificador LegalPublishing: CL/JUR/742/2011.

[41] Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 16 de septiembre de 2010, identificador LegalPublishing: CL/JUR/7248/2010.

es más, el juez puede decretar todas las medidas que según el caso concreto sean procedentes y guarden armonía con el daño que se pretende evitar y en ese contexto es posible ubicar el otorgamiento de un régimen provisorio de relación directa y regular, que buscaría evitar los efectos nocivos que puede tener para un niño el estar sin contacto por largo tiempo con su progenitor, mientras tiene lugar el juicio sobre la materia, correspondiéndole al juez de familia determinar la pertinencia y condiciones de ese régimen provisorio en tanto no se dicte la sentencia definitiva", estimando en definitiva que "la fijación de un régimen provisorio comunicacional, constituye una medida cautelar innovativa de aquellas que el juez de familia puede decretar al amparo del citado artículo 22, pudiendo dicha medida cautelar ser concedida, denegada o modificada, siempre en el interés superior del niño"[42].

Debemos aclarar en este punto que para que proceda la dictación de una medida cautelar de esta naturaleza (genérica innovativa), debe tratarse de situaciones distintas a las previstas en el título IV, párrafo primero, de la Ley Nº 19.968, dado lo dispuesto en el inciso final del artículo 22 LTF, caso en que sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71.

d) Requisito específico (II) de las medidas cautelares genéricas innovativas. Cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar

En un primer análisis pareciera reiterar el requisito del *periculum in mora*, no obstante como éste ya ha sido exigido, creemos que se puede aplicar a cualquier situación de riesgo, de un inminente peligro, ya no por la tardanza en la tramitación del juicio, sino más bien en consideración a la particular situación fáctica.

Así parece entenderlo el profesor Marín, quien señala "de allí que, razonablemente, el legislador haya sancionado que tratándose de estas medidas 'sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar'. Por lo tanto, no se trata de que los jueces frente a cualquier temor concedan una medida de carácter innovativo, sino que se requiere de una situación de urgencia cualificada, o que el interés de los sujetos lo justifique, o que la inminencia del daño requiera un actuar rápido y de máxima ingerencia (sic) por parte del juzgador[43].

Se trata de dos hipótesis, es decir, el juez de familia las puede decretar en situaciones urgentes y cuando el interés del niño lo exija, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar. Aunque tanto Marín como Silva, ya citados, entienden que se trata de tres opciones y no de dos como hemos planteado en este trabajo, se trata en definitiva de la interpretación de la parte final del inciso 1º del artículo 22 LTF.

---

[42] Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 11 de abril de 2014, identificador LegalPublishing: CL/JUR/1263/2014.

[43] Marín González, 2006, p. 24.

2. Medidas cautelares especiales

Se distinguen dos grupos de medidas, las que resultan de la aplicación del procedimiento de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (art. 71 LTF) y los derivados del procedimiento de violencia intrafamiliar (art. 92 LTF).

2.1. En los procedimientos de protección

Tal como hemos señalado tratándose del procedimiento de protección de los derechos de los niños, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71 LTF. Refuerzan el carácter excepcional de estas medidas lo dispuesto en el artículo 22 LTF inciso final[44] y lo prescrito en el artículo 92 inciso final[45]. A mayor abundamiento, una cuestión interesante de destacar dice relación con la naturaleza misma de este tipo de procedimiento, que ha sido entendido como proceso cautelar en su versión extendida, esto es, aquel que "entiende a la tutela cautelar dinámicamente, es decir, capaz de satisfacer directamente la situación jurídica sustancial necesitada de tutela jurisdiccional. En este caso la instrumentalidad es comprendida como una situación apta para tutelar directamente la normativa dispuesta por el Ordenamiento sustantivo"[46]; si el procedimiento en sí mismo tiene naturaleza cautelar, fuerza obliga a considerar que aquellas medidas cautelares instrumentales a él serán doblemente excepcionales, lo que justifica a nuestro juicio que sólo se apliquen en estos casos las medidas señaladas expresamente en el artículo 71 LTF.

Debemos recordar que de acuerdo a lo prescrito por el artículo 68 LTF, se aplicará este procedimiento cuando los niños, niñas o adolescentes se encontraren amenazados o vulnerados en sus derechos.

Se pueden decretar las medidas del artículo 71 LTF en cualquier etapa del procedimiento, aun antes de su inicio, a petición de parte o de oficio (cfr. art. 61, inciso final, LTF). La ley concede acción a cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos de los niños, y a la autoridad pública, caso en que no se restringe al Servicio Nacional de Menores (Sename), sino a cualquier órgano de la administración, como por ejemplo, los Servicios de Salud Pública.

---

[44] Artículo 22, inciso final, Ley Nº 19.968: *"Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71"*.

[45] Artículo 92, inciso final, Ley Nª 19.968: *"El juez, para dar protección a niños, niñas o adolescentes, podrá, además, adoptar las medidas cautelares contempladas en el artículo 71, cumpliendo con los requisitos y condiciones previstas en la misma disposición"*.

[46] Núñez Romero, Germán (2010), "La judicatura de Familia. ¿Tutela efectiva de los derechos de los menores?: Las medidas de protección en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho de Familia* Nº 3, p. 260.

El juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;

b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;

c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima[47];

d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;

e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;

f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;

g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.

h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e

i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.

Como ya adelantamos, la enumeración es a nuestro juicio taxativa, se trata de medidas excepcionales (cfr. arts. 71, 22, 92 LTF y 234 Código Civil) y como se verá de duración limitada por expresa disposición legal, lo que se suma a la característica común a toda medida cautelar, de tener carácter esencialmente provisorio.

En ningún caso, podrá ordenarse como medida de protección el ingreso de un niño, niña o adolescente a un establecimiento penitenciario para adultos.

La resolución que decreta una medida de las mencionadas, debe fundarse en antecedentes calificados como suficientes, los cuales deben consignarse en la misma resolución. Para el cumplimiento el juez puede requerir el auxilio de Carabineros de Chile.

En cuanto a la necesidad de fundamentar la resolución, la Corte de Apelaciones de Talca, ha señalado "que el examen de la causa permite establecer que el aludido

[47] Norma modificada por la Ley Nº 20.286, artículo 1º Nº 32 a), D.O. de fecha 15 de septiembre de 2008.

pronunciamiento carece de fundamentos de hecho y de derecho y que tanto la declaración reservada dada por la menor como la opinión entregada por la Consejera Técnica, no constan en ningún registro a disposición de este tribunal"[48].

Por último, la ley establece un plazo máximo que no puede exceder de 90 días, transcurrido el cual la medida debe quedar sin efecto por el solo ministerio de la ley[49], si bien por lo dispuesto en el artículo 80 LTF, podría entenderse que puede superar el plazo señalado, creemos que la interpretación armónica de las disposiciones en comento, implican que dichas medidas se pueden renovar pero no pueden superar los 90 días, incluidas las renovaciones.

Igual sanción de caducidad debe aplicarse a las medidas adoptadas antes del inicio del procedimiento, si no se lleva a cabo la audiencia preparatoria, dentro de cinco días contados desde la adopción de la medida.

En el caso de adoptar la medida de separación del niño de sus padres, sólo se podrá aplicar cuando sea necesario para salvaguardar los derechos de los niños, y siempre que no exista otra medida más adecuada. En este caso el juez debe preferir a los parientes consanguíneos o a otras personas de confianza del menor, y sólo en subsidio de los mencionados, lo confiará a un establecimiento de protección (art. 71 y 74 LTF).

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado "que de conformidad a lo prescrito por el artículo 74 de la Ley Nº 19.968, llamado a regir el caso sub-lite, la medida que implique la separación de un hijo de su madre y/o padre, debe ser dispuesta siempre y únicamente que no exista otra que asegure el bienestar del primero, pues lo que se pretende es proteger el vínculo filial y natural cuando ha sido desarrollado. Sin embargo este presupuesto no concurre en la especie, desde que como quedó establecido en el fundamento segundo de esta sentencia, el requerido carece de un vínculo parental profundo con la menor que determine su conducta con miras al bienestar de la misma por sobre sus intereses personales, y que le permita priorizar

---

[48] Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 10 de febrero de 2010, identificador LegalPublishing: CL/JUR/1367/2010, que señala: "que se elevó para conocimiento y resolución de esta Corte, la presente causa RIT Nº P-250-2008 del Juzgado de Familia de esta ciudad, en virtud del recurso de apelación deducido por la demandada en contra de la decisión de nueve de diciembre de dos mil nueve, que entrega a la demandante el cuidado personal provisorio de la menor de autos, hasta que se realice la audiencia de juicio fijada -actualmente- para el 10 de marzo próximo. 2º) Que el examen de la causa permite establecer que el aludido pronunciamiento carece de fundamentos de hecho y de derecho y que tanto la declaración reservada dada por la menor como la opinión entregada por la Consejera Técnica, no constan en ningún registro a disposición de este tribunal. 3º) Que, acorde con lo expuesto, es dable concluir que la determinación del juez a quo no reúnen los requisitos contemplados en el artículo 71 inciso tercero de la ley 19.968 sobre Juzgados de Familia, en relación con lo estatuido en el artículo 74 de la misma ley, por lo que, en uso de la facultad consagrada en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, aplicable según lo prevenido en el artículo 27 de la citada ley, debe dejarse de oficio sin efecto".

[49] Artículo 71 LTF, inciso final: *"En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días"*.

la historia vital de A.V.T. y el arraigo emocional con su hermano y familia materna, con quienes se ha vinculado estrechamente desde su nacimiento"[50].

Considerando la opinión de la niña y su interés superior, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 24 de noviembre de 2009, ha resuelto "que dadas las circunstancias del caso, y teniendo en especial consideración la opinión manifestada por la niña, unida a los demás elementos de convicción señalados en la sentencia recurrida, esta Corte comparte el criterio manifestado en la sentencia recurrida, en el sentido que la salvaguarda de los derechos de la niña exigen, al menos por ahora y mientras no se afinque el vínculo con su padre, que permanezca con la familia materna con quien ha desarrollado un arraigo emocional importante e indispensable para su desarrollo espiritual y personal, manteniendo un estado de normalidad psicológica de la menor"[51].

La ley faculta a los padres para corregir a los hijos, pero cuidando no menoscabar su salud ni su desarrollo personal (art. 234 Código Civil)[52]. Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez podrá adoptar una de la medidas cautelares especiales del artículo 71 LTF, con estricta sujeción al procedimiento y sin perjuicio de las eventuales sanciones que corresponde aplicar por la infracción.

Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres (art. 234 Código Civil) lo que concuerda plenamente con lo dispuesto en el artículo 80 LTF, en el sentido que faculta al juez para suspender, modificar o dejar sin efecto la medida decretada, cuando las circunstancias lo justifiquen, en este caso podrá citar a una audiencia con el objeto de recibir los antecedentes que justifiquen la modificación de la resolución.

El juez puede decretar como medida de protección la que estime pertinente, después de conocer los antecedentes de acuerdo al procedimiento de protección de acuerdo al artículo 30 de la Ley Nº 16.618, que prescribe "en los casos previstos

---

[50] Corte Suprema, sentencia de 15 de marzo de 2010, identificador LegalPublishing: CL/JUR/1735/2010.

[51] Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 24 de noviembre de 2009, identificador LegalPublishing: CL/JUR/3899/2009.

[52] Artículo 234 Código Civil: *"Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y sicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.*

Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, podrá decretar una o más de las medidas cautelares especiales del artículo 71 de la Ley Nº 19.968, con sujeción al procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de la misma ley, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.

Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad.

Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres".

en el artículo 8º, números 7) y 8), de la ley que crea los juzgados de familia, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar *las medidas que sean necesarias* para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos" (énfasis agregado).

Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta resguardando el derecho a la salud del niño decide que debe ser carga para efectos previsionales de su abuelo, ha fallado que "siendo el bien superior del niño un principio fundamental en el ordenamiento jurídico nacional, los antecedentes referidos hacen recomendable acceder a la petición de los padres del menor, K.G.V. y F.T.C., a la que también concurre su abuelo Carlos G.T., en orden a conceder la medida de protección para fines previsionales en favor del menor B.A.T.G., debiendo otorgársele previsión para que cuente con todo tipo de beneficios que le correspondiera en materia de salud como carga familiar de don Carlos G.T."[53].

El juez podrá decretar en forma particular las siguientes medidas de protección:

1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y

2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar substituto o en un establecimiento residencial.

Si adoptare la medida de ingreso del menor a un establecimiento residencial, el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.

La medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas a que se refiere el inciso anterior.

Esta medida tiene un carácter esencialmente temporal, y el plazo máximo no puede ser superior a un año, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo.

Así, la Corte Suprema ha resuelto que "del tenor literal del artículo 30 antes referido, totalmente coincidente con lo señalado por el recurrente, no cabe sino concluir que al decidir que la internación de los menores fuera permanente, los sentenciadores del grado incurrieron en la vulneración denunciada, a la vez que infringieron el artículo 75 de la Ley Nº 19.968, que, en concordancia con el artículo 30 citado, dispone que en las sentencias de protección se fundamentará

[53] Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 17 de noviembre de 2009, identificador LegalPublishing: CL/JUR/3553/2009.

las medidas adoptadas, los objetivos que se pretende cumplir con ellas y el tiempo de su duración"[54].

Se podrá renovar en esos mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar.

El tribunal conserva la facultad de sustituir o dejar sin efecto la medida antes del vencimiento del plazo por el que la hubiere dispuesto.

Si no fue solicitada en el requerimiento no se puede solicitar en segunda instancia, así la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 24 de diciembre de 2009, que señala "que la medida señalada en la apelación no fue solicitada en el requerimiento formulado por el padre de las menores en su presentación de 7 de octubre de 2008, según ya se expresó en el considerando 2. de esta sentencia, por lo cual mal puede ser aplicada por esta Corte, máxime si se desprende que no existe ningún antecedente en estos autos que justifique el establecimiento de una medida de protección a favor de las menores que puedan hacer procedente una intervención en sus vidas de la naturaleza de la solicitada"[55].

2.2. En los procedimientos de violencia intrafamiliar

También el legislador se ha preocupado de regular las medidas de protección de las víctimas de violencia intrafamiliar y su grupo familiar. Pero en este caso, además de ser competente el tribunal de familia del domicilio o residencia del afectado, también son competentes para decretar las medidas cautelares el fiscal del Ministerio Público o juez de garantía, que tome conocimiento de una demanda o denuncia por actos de violencia intrafamiliar, deberá de inmediato adoptar todas las medidas pertinentes.

Establece el artículo 92 LTF, la obligación del juez de cautelar la subsistencia económica e integridad patrimonial del grupo familiar.

Sin perjuicio de otras medidas que estime pertinente, podrá decretar, las siguientes:

1. Prohibir al ofensor acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de aquél en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de ésta, así como en cualquier otro lugar en que la víctima permanezca, concurra o visite habitualmente[56].

Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias[57].

---

[54] Corte Suprema, sentencia de 10 de septiembre de 2009, identificador LegalPublishing: CL/JUR/6681/2009.

[55] Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 24 de diciembre de 2009, identificador LegalPublishing: CL/JUR/5304/2009.

[56] Texto modificado por la Ley Nº 20.066, artículo 22 b), D.O. 7 de octubre de 2005.

[57] Texto modificado por la Ley Nº 20.286, artículo 1º Nº 40, D.O. 15 de septiembre de 2008.

2. Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común.

3. Fijar alimentos provisorios.

4. Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos.

5. Decretar la prohibición de celebrar actos o contratos[58].

6. Prohibir el porte y tenencia o incautar cualquier arma de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director del Servicio respectivo para los fines legales y reglamentarios que correspondan.

7. Decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante.

8. Establecer medidas de protección para adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad.

La enumeración no es taxativa, tal como se desprende del tenor del artículo 92 "*sin perjuicio de otras medidas que estime pertinente*". Lo que ha ratificado la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 30 de octubre de 2007, que señala: "si bien, el inciso primero del artículo 92 de la Ley Nº 19.968 establece, en una enumeración no taxativa, las medidas cautelares que proceden en un procedimiento de violencia intrafamiliar, el inciso final del mismo amplía éstas a terceros que no son necesariamente víctimas de los hechos denunciados, pero que se ven involucrados en esa problemática, tal como los hijos de los intervinientes"[59].

Pero en ningún caso autoriza para privar de libertad, ni aún bajo la fórmula de internación en un establecimiento psiquiátrico como lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de La Serena que señala "la resolución de fecha 25 de noviembre de 2005, dictada por el juez recurrido en los autos sobre violencia intrafamiliar RIT Nº 111-05 reproducida a fojas 19 de estos antecedentes, de ingresar indefinida-

[58] Véase Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 13 de septiembre de 2010, identificador LegalPublishing: CL/JUR/7068/2010. "Se declara que se hace lugar a la medida cautelar consistente en la prohibición de celebrar todo tipo de actos y contratos vinculados a la administración de la sociedad comercial Construcciones e Inversiones Limitada, hasta que se realice el juicio que corresponda, sin que se excedan los 180 días hábiles, de acuerdo con el artículo 92, inciso segundo de la Ley Nº 19.968, la que deberá inscribirse en el Conservador de Comercio, oficiándose de inmediato". A la que se hace lugar por considerar la Corte que "que en cuanto a la medida cautelar solicitada en la letra b) del escrito ya citado en el considerando anterior, motivo del recurso de apelación, ella se encuentra suficientemente justificada con lo expuesto por la demandante en su libelo de 6 de mayo pasado, su escrito de apelación y lo alegado en estrados, y principalmente porque una de las manifestaciones de la violencia intrafamiliar puede consistir en presionar o apremiar económicamente a una de las partes con el objeto de conseguir decisiones que en otras condiciones no se obtendrían".

[59] Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 30 de octubre de 2007, identificador LegalPublishing: CL/JUR/121/2007.

mente al amparado don Exequiel a un establecimiento siquiátrico, debe estimarse constitutiva de una virtual privación o perturbación en su derecho a su libertad individual, libertad que está garantizada por el inciso final del artículo 21 de la Constitución Política de la República de Chile, decisión judicial que debe concluirse que no tiene respaldo en nuestro ordenamiento jurídico. Continúa señalando "en efecto, primeramente señala el juez en la referida resolución, que ordenó la internación en calidad de medida cautelar, al parecer para proteger a la denunciante de violencia intrafamiliar, de acuerdo al artículo 92 de la Ley Nº 19.968. Sin embargo, esta disposición en parte alguna faculta al Juez de Familia para privar al supuesto ofensor de su libertad"[60].

El plazo máximo de duración de las medidas decretadas será de 180 días hábiles, término que se puede renovar por una sola vez, por igual plazo. Transcurrido el plazo señalado o su renovación, caducará la medida decretada.

La misma Corte de Apelaciones de La Serena, en la sentencia citada, expresa los términos imperativos del plazo de la medida cautelar, señalando que "debe tenerse en cuenta que una medida cautelar debe imperativamente señalar un plazo, que no pude exceder 180 días hábiles, renovables por una sola vez por el mismo lapso"[61].

Se faculta al juez para ampliar, limitar, modificar, sustituir o dejar sin efecto, de oficio o a petición de parte, las medidas decretadas en cualquier momento del proceso. Situación que deriva del carácter provisional de la medida.

3. Otros Aspectos relevantes

Por último, salvo en los casos en que la ley autoriza al juez para decretar la medida de plano, su tramitación será incidental, del artículo 26 LTF, pero a diferencia de lo que ocurre con las resoluciones que se dictan sobre los incidentes, las que se pronuncian sobre las medidas cautelares son apelables (art. 67, Nº 2, LTF).

Cabe tener presente la creación por parte del Excma. Corte Suprema, con fecha 19 de octubre de 2007, del Centro de Control, Evaluación y Resolución de Medidas Cautelares en Materia de Violencia Intrafamiliar y otras de Competencia de los Juzgados de Familia (Acta Nº 212-2007)[62], cuyo objetivo es, de acuerdo a lo

[60] Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 5 de octubre de 2006, identificador LegalPublishing: CL/JUR/3317/2006.

[61] Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 5 de octubre de 2006, identificador LegalPublishing: CL/JUR/3317/2006.

[62] Auto Acordado Corte Suprema, Acta Nº 212-2007, señala que en "consideración al ejercicio de las facultades económicas de que se encuentra investida esta Corte de conformidad a lo establecido en los artículos 82 de la Constitución Política de la República y 96 Nº 4 del Código Orgánico de Tribunales, se acuerda crear para los Juzgados de Familia de Santiago un Centro de Control, Evaluación y resolución de medidas cautelares urgentes en materia de Violencia

prescrito en su artículo 4º, el conocimiento y resolución de las materias a que se refiere su artículo 5º, que trata sobre la competencia funcional de dicho Centro.

Por Auto Acordado de fecha 30 de enero de 2009 (Acta Nº 29-2009), se modificó el Acta Nº 212-2007, eliminando del acuerdo la expresión enajenar y ordenando suprimir la frase "y autorizaciones para enajenar bienes raíces".

Posteriormente, el Acta Nº 212-2007 es sustituida por el Acta Nº 135-2010, de fecha 3 de septiembre de 2010, señalando la Excma. Corte Suprema que "es necesario reformular y ampliar la estructura y funciones específicas del Centro de Control, Evaluación y resolución de Medidas Cautelares, dotándolo de autonomía administrativa, circunstancia que se traduce en la existencia de un juez coordinador y funcionarios especializados en la materia"[63].

4. Medidas Precautorias del Código de Procedimiento Civil

Importa reflexionar si las normas contenidas en los Títulos IV y V, del Libro II del Código de Procedimiento Civil, son de aplicación supletoria[64], es decir, que en todo lo no regulado por la LTF, respecto a las medidas cautelares se aplican las citadas disposiciones, o si más bien se trata de una norma de remisión.

Así, en el marco de un juicio de alimentos, la Corte de Apelaciones de San Miguel ha dado lugar a la aplicación de una medida precautoria de retención de bienes, según se señala en la sentencia de 10 de mayo de 2010, que expresa "que, en consecuencia, existiendo motivos graves entendiendo éstos por la imposibilidad de ubicar un domicilio válido para emplazar al demandado, lo que dificulta su advenimiento al juicio, constituye un peligro en la demora y aconseja asegurar, por ahora, los resultados del proceso, se hará lugar a la medida legal de retención de bienes establecida en el Nº 3 del artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, en la forma como se indicará en lo resolutivo"[65].

En este sentido, y como ya lo hemos mencionado, resulta a lo menos dudosa la aplicación de las medidas prejudiciales probatorias, ya que no guardan simetría con los procedimientos orales, y porque la prueba anticipada está regulada en

---

Intrafamiliar y otras de competencias definidas en los artículos 22, 71 y 92 de la Ley Nº 19.968, así como en materias también urgentes de autorizaciones judiciales para enajenar y para la salida de niños, niñas y adolescentes del país". Posteriormente es sustituida por el Acta 135-2010 de la Corte Suprema Auto Acordado del Centro de Medidas Cautelares de los cuatro Tribunales de familia de Santiago, de fecha 3 de septiembre de 2010.

[63] Acta 135-2010 de la Corte Suprema, Auto Acordado del Centro de Medidas Cautelares de los cuatro Tribunales de familia de Santiago, de fecha 3 de septiembre de 2010, p. 1.

[64] Así Baeza Concha y Pérez Cabrera, 2008, p. 69, que señala: "En todo lo no contemplado en estas reglas, se aplicará supletoriamente las normas contempladas en el título IV *De las medidas prejudiciales* y título V *De las medidas precautorias* del libro II del Código de Procedimiento Civil".

[65] Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 10 de mayo de 2010, identificador LegalPublishing: CL/JUR/2564/2010.

el artículo 61 Nº 9 LTF, piénsese por ejemplo en el tema de la radicación (como uno de los efectos). Aunque la mayoría de las medidas prejudiciales parecen un tanto ajenas al derecho de familia, pueden aplicarse, sin embargo, en juicios de alimentos o de compensación económica, no mencionamos los derivados del régimen patrimonial del matrimonio, ya que su liquidación es de competencia de los jueces árbitros.

Así, en la Indicación Nº 44, de S.E. el Presidente de la República, al proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia. La Comisión estuvo de acuerdo con la propuesta de regular detalladamente la potestad cautelar de los jueces, incorporando las medidas prejudiciales del Código de Procedimiento Civil. Por lo mismo, resolvió detallar en forma más precisa las circunstancias que hacen procedente la aplicación de estas medidas, sobre todo considerando que podrán disponerse, incluso, de oficio, y sin notificación previa de la parte a quien afectan. En relación con el plazo de cinco días que contempla el inciso segundo para notificar a la persona contra quien se dicte la medida cautelar, so pena de que quede sin efecto, consideró útil añadir, como establece el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, que el tribunal pueda ampliar este plazo por motivos fundados. Tuvo en cuenta que, por ser la primera notificación que se le efectuará en la causa, debe ser practicada personalmente. Estimó que de esa manera se concilian mejor dos intereses: por una parte, el de la persona favorecida por la medida, el cual se vería afectado si ésta cesara por el solo vencimiento del plazo y, por otro lado, el de la persona a quien se le impone respecto de la cual no puede dilatarse indefinidamente su notificación[66].

En lo que no parece existir discusión es en las medidas precautorias, del título V, libro II, del Código de Procedimiento Civil,

De acuerdo al artículo 6º de la Ley Nº 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, autoriza al Juez para decretar "Las medidas precautorias por el monto y en la forma que el tribunal determine de acuerdo con las circunstancias del caso".

Bibliografía

Baeza Concha, Gloria y Pérez Cabrera, Jaime (2008), *Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario*, 2ª ed., Santiago de Chile, LegalPublishing.

Benítez Ramírez, Eugenio (2007), "II. Principios procesales relativos a las partes", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, Nº 3.

Calamandrei, Piero (1945), *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina.

[66] *Segundo Informe de la Comisión del Senado de Constitución, Justicia y reglamento. Boletín Nº 2118-18*, citado por Baeza Concha y Pérez Cabrera, 2008, p. 69.

Fermandois Vühringer, Arturo (2009), "Debido Proceso y Bilateralidad de la Audiencia: ¿Rigurosidad o flexibilidad?", *Libro homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*, Jaime Arancibia Mattar y J.I. Martínez Estay (Coords.), Santiago de Chile, LegalPublishing.

Hunter Ampuero, Iván (2007), "Poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX, Nº 1.

Lepin Molina, Cristián (2014), *Compendio de normas de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.

Marín González, Juan Carlos (2006), "Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales", *Revista de Estudios de la Justicia* Nº 8.

Marín González, Juan Carlos (2004), *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Núñez Ávila, René y Cortés Rosso, Mauricio (2012), *Derecho Procesal de Familia*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.

Núñez Romero, Germán (2010), "La judicatura de Familia. ¿Tutela efectiva de los derechos de los menores?: Las medidas de protección en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho de Familia* Nº 3.

Silva Montes, Rodrigo (2009), *Manual de Tribunales de Familia*, 4ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.