



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**

---

**EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE APLICACIÓN JUDICIAL  
DE MEDIDAS DE PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS  
NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES ESTABLECIDO POR LA LEY  
19.968 SOBRE TRIBUNALES DE FAMILIA DE 30 DE AGOSTO DE  
2004.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales.

**CECILIA GABRIELA BARRIA SALINAS**  
**JOSE IGNACIO SILVA SOLARI**

Profesor Guía: Edmundo Von Pottstock Padilla

Santiago, Chile 2005

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>8</b>
--------------------------	----------

### PRIMERA PARTE

#### CAPITULO I

<b>GENERALIDADES.....</b>	<b>14</b>
---------------------------	-----------

I- Protección de Derechos.....	14
--------------------------------	----

II- Los menores de edad como sujetos de derechos.....	17
---	----

1) Ámbito internacional.....	18
------------------------------	----

2) Ámbito nacional.....	20
-------------------------	----

#### CAPITULO II

<b>SISTEMAS DE PROTECCIÓN.....</b>	<b>24</b>
------------------------------------	-----------

I- Clasificación.....	25
-----------------------	----

1) Sistema de Control Familiar.....	25
-------------------------------------	----

2) Sistema de Autoridad.....	26
------------------------------	----

II- La protección a los menores de edad en Chile.....	27
---	----

1) Primera etapa.....	28
-----------------------	----

2) Segunda etapa.....	29
-----------------------	----

3) Tercera etapa.....	33
-----------------------	----

III- La Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia de 30 de agosto de 2004.....	36
1) Antecedentes.....	36
2) Creación de los tribunales de familia.....	42

## **SEGUNDA PARTE**

### **CAPÍTULO I**

#### **GENERALIDADES.....48**

I- Reglamentación.....	48
II- Requisitos.....	50
III- Características.....	54

### **CAPÍTULO II**

#### **PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO.....61**

I- Oralidad.....	62
II- Concentración.....	63
III- Inmediación.....	65
IV- Oficialidad.....	67
V- Colaboración.....	67
VI- Protección de la Intimidad.....	69
VII- Interés superior del niño.....	70

### **CAPÍTULO III**

<b>REGLAS GENERALES.....</b>	<b>74</b>
I- Acumulación necesaria.....	74
II- Comparecencia en juicio y representación.....	75
III- Suspensión de la audiencia.....	78
IV- Abandono del procedimiento.....	79
V- Potestad cautelar.....	81
VI- Notificaciones.....	84
VII- Extensión de la competencia territorial.....	87
VIII- Nulidad procesal.....	88
IX- Incidentes.....	95
X- Normas supletorias.....	97

### **CAPITULO IV**

<b>PROCEDIMIENTO ORDINARIO LEY 19.968.....</b>	<b>98</b>
I- Nociones generales.....	98
1) Inicio del procedimiento.....	99
2) Comparecencia y representación.....	100
3) Notificaciones.....	101
4) Audiencia Preparatoria.....	102
5) Audiencia de Juicio.....	104
6) Sentencia.....	105
II- De la prueba.....	107

1) Libertad de prueba.....	110
2) Ofrecimiento de prueba.....	110
3) Convenciones probatorias.....	111
4) Exclusión de la prueba.....	112
5) Valoración de la prueba.....	115
6) Forma de rendir la prueba.....	116
7) Medios de prueba en particular.....	118
7.1) Prueba Testimonial.....	118
7.1.1) Deber de comparecer y declarar.....	118
7.1.2) Renuencia a comparecer o a declarar.....	119
7.1.3) Excepciones obligación de comparecencia.....	120
7.1.4) Declaración de personas exceptuadas.....	121
7.1.5) Principio de la no autoincriminación.....	122
7.1.6) Juramento o promesa.....	122
7.1.7) Individualización del testigo.....	123
7.1.8) Declaración de testigos.....	124
7.1.9) De la necesidad de intérprete.....	125
7.1.10) Efectos de la comparecencia respecto de otras obligaciones.....	125
7.2) Prueba Pericial.....	126
7.2.1) Procedencia.....	126
7.2.2) Contenido del informe de peritos.....	127
7.2.3) Admisibilidad de la prueba pericial y remuneración de los peritos.....	128
7.2.4) Improcedencia de inhabilitación de los peritos.....	128

7.2.5) Declaración de peritos.....	129
7.3) Declaración de las partes.....	129
7.3.1) Procedencia.....	129
7.3.2) Contenido de la declaración y admisibilidad de las preguntas.....	130
7.3.3) Sanción por la no comparecencia.....	130
7.3.4) Facultades del tribunal.....	131
7.4) Medios de prueba no regulados expresamente.....	131
<b>III- Régimen de recursos.....</b>	<b>132</b>
1) Reglamentación.....	132
2) Recurso de Reposición.....	133
3) Recurso de Apelación.....	134
4) Recurso de Casación en la Forma.....	135

## **CAPITULO V**

### **PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE PROTECCIÓN .....137**

I- Reglamentación.....	137
II- Características.....	137
III- Comparecencia del niño, niña o adolescente.....	138
IV- Inicio del procedimiento.....	139
V- Medidas cautelares especiales.....	140
1) Procedencia.....	141
2) Enunciación.....	142

3) Suspensión, modificación y cesación de medidas.....	147
VI- Audiencia Preparatoria.....	148
VII- Audiencia de Juicio.....	149
VIII- Sentencia.....	150
IX- Del cumplimiento de las medidas de protección.....	151
1) Obligación de informar acerca del cumplimiento de las medidas adoptadas.....	151
2) Incumplimiento de las medidas adoptadas.....	152
3) Obligación de visita de establecimientos residenciales.....	153
X- Derecho de audiencia con el juez.....	155

## **CAPITULO VI**

<b>DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>157</b>
I- ESPAÑA.....	157
II- ARGENTINA.....	167
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>177</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>180</b>
<b>ANEXO 1: ENTREVISTAS.....</b>	<b>185</b>
<b>ANEXO 2: ENCUESTA.....</b>	<b>199</b>

## **INTRODUCCIÓN.**

En Chile existe una gran cantidad de niños, niñas y adolescentes que viven en condiciones inapropiadas para su crecimiento armonioso y desarrollo integral, de los cuales además muchos se encuentran en situación de pobreza o indigencia. La realidad social de estos menores de edad provoca que se vean enfrentados a problemas tales como malos tratos, explotación sexual, trabajo infantil, drogadicción, deserción escolar o abandono, situándolos como víctimas permanentes de diversos grados de privación, perturbación o amenaza de sus derechos fundamentales.

El Estado de Chile, como miembro de la Organización de Naciones Unidas, ha ratificado múltiples tratados sobre derechos humanos que contienen la obligación positiva de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para dar efectividad a los derechos en ellos reconocidos. La disponibilidad de recursos y la voluntad política de los distintos sectores del gobierno son factores

determinantes al momento de adecuar el derecho interno a las exigencias impuestas por el Derecho Internacional y, en ese sentido, la escasez de recursos y la ausencia de compromisos políticos serios frente a la problemática de la niñez y la adolescencia en situación de desprotección han dificultado enormemente la tarea de establecer un procedimiento capaz de dar protección eficaz a los menores de edad que sufren algún tipo de afectación de sus derechos.

Dentro de un contexto marcado por una serie de cambios institucionales producidos a raíz de la evolución política de Chile durante los últimos quince años, como por ejemplo la reforma a los sistemas de educación y de salud, surge la necesidad impostergable de reformar también el sistema de administración de justicia con el objetivo principal de actualizar los principios que lo rigen para que, de este modo, la forma de administrar justicia y las decisiones de los órganos jurisdiccionales se adecuen a la realidad y se tornen así en decisiones legitimadas y aceptadas por la ciudadanía.

Esta necesidad, por ahora, se ve satisfecha en una primera etapa con la implementación a nivel nacional de la Reforma Procesal Penal y, en segundo término, con la creación de una judicatura especializada para conocer de todos los asuntos relativos al Derecho de Familia: los Tribunales de Familia creados por la Ley 19.968 de 30 de agosto de 2004.

La creación de los Tribunales de Familia responde, por una parte, a la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito internacional y, por otra, a la necesidad de democratizar las instituciones y facilitar el acceso a la justicia a las personas que requieran la intervención judicial para solucionar sus conflictos de índole familiar.

El establecimiento por la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia de un Procedimiento Especial de Aplicación Judicial de Medidas de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que señala como principios rectores del procedimiento a los lineamientos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye probablemente un paso importante hacia una sociedad más democrática y respetuosa de los derechos humanos de todas las personas, sin distinciones de ninguna

especie. Este procedimiento especial de protección podría constituir un instrumento fundamental para dar protección real a los menores de edad que la requieran lo que, de ocurrir, facilitaría la adopción de medidas eficaces para proteger y, en su caso, rehabilitar a los menores de edad cuyos derechos han sido gravemente amenazados o vulnerados. No obstante, urge la aprobación de la Ley de Protección de Derechos de la Infancia y la Adolescencia actualmente en tramitación.

El presente trabajo está estructurado en dos partes. En la primera parte se efectúa un breve análisis de los principales sistemas de protección que existen para resguardar los derechos de los menores de edad, de la evolución que ha tenido esta materia en Chile y del contexto en el cual se aprueba la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia de 30 de agosto de 2004. En la segunda parte se realiza un análisis de la Ley 19.968 que comienza con un estudio de los principios formativos de los procedimientos de familia, de las reglas generales que informan estos procedimientos y del Procedimiento Ordinario de Familia, a continuación se analiza el Procedimiento Especial de Aplicación Judicial de Medidas de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes establecido

por la Ley 19.968 y, por último, se efectúa un breve análisis de derecho comparado que comprende la revisión de la legislación vigente en materia de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes en España y Argentina.

**PRIMERA PARTE.**

## **CAPITULO I: GENERALIDADES.**

### **I- PROTECCIÓN DE DERECHOS.**

Se entiende por protección de derechos al “conjunto de acciones orientadas a restituir los derechos que han sido vulnerados a niños, niñas y adolescentes y contribuir al proceso reparatorio de una grave vulneración de derechos de la niñez. Esta última se entiende como toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos y explotación.”<sup>1</sup>

La restitución se refiere al conjunto de acciones destinadas a generar las condiciones para que el niño, niña o adolescente pueda ejercer plena y autónomamente el o los derechos que le han sido vulnerados, conculcados o restringidos y la reparación, a su vez, es entendida como el conjunto de

---

<sup>1</sup> SENAME, 2005.

acciones destinadas a resarcir el daño causado a través de tratamientos terapéuticos y apoyo para la reinserción familiar, escolar y social.<sup>2</sup>

En Chile, a nivel gubernamental, la protección de los derechos de los menores de edad que no han infringido la ley puede hacerse efectiva a través de dos vías diferentes: la no jurisdiccional y la jurisdiccional.

a) La vía no jurisdiccional se refiere a la protección de derechos que realiza el Servicio Nacional de Menores o SENAME, organismo dependiente del Ministerio de Justicia.

En materia de protección el SENAME ofrece, a nivel nacional, redes de apoyo a los menores cuyos derechos han sido vulnerados a través de programas ambulatorios de protección y cuenta con un sistema de atención en centros residenciales. Con motivo de la reforma institucional de este Servicio se crearon a nivel local las Oficinas de Protección de Derechos que son definidas como “instancias a nivel local destinadas a realizar

---

<sup>2</sup> Contreras, Consuelo, 2003, “El Sistema de Protección a los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes Las Oficinas de Protección de Derechos: Un servicio del Nivel Local”, Revista de Derechos del Niño (2):165

acciones encaminadas a brindar protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes que se encuentren en una situación de exclusión social o vulneración de estos derechos”.<sup>3</sup> A estas oficinas les corresponde facilitar al niño, niña o adolescente el acceso efectivo a los programas, servicios y recursos disponibles en la comunidad para superar la situación que lo está afectando.

b) La vía jurisdiccional se refiere a la solicitud de protección que se dirige al órgano jurisdiccional competente, es decir, a los Tribunales de Familia.

El Juez de Familia es el encargado de adoptar las medidas de protección de derechos que sean pertinentes, lo que se concreta a través del procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

---

<sup>3</sup> SENAME, Documento de Trabajo N° 19, octubre de 2001, Santiago de Chile, pág. 10.

## **II- LOS MENORES DE EDAD COMO SUJETOS DE DERECHO.**

En Chile son menores de edad todas aquellas personas que no han cumplido dieciocho años.<sup>4</sup> La Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia distingue entre la etapa de la infancia o niñez y la de la adolescencia, considerando al efecto que son niños todas las personas entre cero y trece años y adolescentes las que se encuentran entre los catorce y dieciocho años.

Hacia finales del siglo XX la percepción que se tiene respecto de los menores de edad es la de objetos de preocupación y tutela por parte del Estado y la sociedad civil, en especial cuando se trata de menores que se encuentran en situación irregular y requieren protección o rehabilitación. Durante la última década del siglo XX se produce un cambio en la definición del status de los menores de edad, que ya no son considerados como objetos de protección sino como sujetos de derecho, es decir, titulares de derechos propios y exclusivos de la infancia y adolescencia.

---

<sup>4</sup> CHILE, Ministerio de Justicia, 1993, Ley 19.221 de 1º de junio de 1993, artículo 1º.

## 1) **Ámbito internacional.**

En el ámbito internacional durante la primera mitad del siglo veinte comienza a discutirse la necesidad de proporcionar una protección especial a los niños, niñas y adolescentes, considerándolos al efecto como un grupo vulnerable que requiere cuidado y asistencia especiales. En ese sentido se enuncia la necesidad de dar protección a los menores de edad en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas en 1959. Luego se reconoce la importancia de dar protección a los infantes y adolescentes en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup> en particular en sus artículos 23 y 24, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>6</sup> en particular en su artículo 10 y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar de los menores de edad.

---

<sup>5</sup> Este Pacto se adopta en la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y en Chile es ratificado el 10 de febrero de 1972, promulgado el 30 de noviembre de 1976 y publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989. El Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se adopta con la misma fecha que el Pacto y en Chile se promulga el 15 de junio de 1992 y se publica en el Diario Oficial de 20 de agosto del mismo año.

<sup>6</sup> Este Pacto se adopta en Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y en Chile es ratificado el 10 de febrero de 1972, promulgado el 28 de abril de 1989 y publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo del mismo año.

Finalmente, en 1989, se adopta en la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención Sobre los Derechos del Niño<sup>7</sup> (en adelante la Convención), con un catálogo de derechos cuyos únicos titulares son las personas en su menor edad.<sup>8</sup> El principal objetivo que se persigue con su adopción es el de facilitar el desarrollo pleno y armonioso de la personalidad de cada niño, niña y adolescente a fin de que de adultos se encuentren preparados para una vida independiente en sociedad.

Con miras a ese objetivo principal la Convención modifica la antigua percepción que se tiene respecto de los menores de edad según la cual son considerados objetos de protección instaurando, en cambio, la idea de que el menor debe ser considerado como sujeto de derechos. Con esta nueva definición del menor de edad como sujeto de derechos se establecen las bases de lo que en Derecho Internacional se conoce como la Doctrina de la Protección Integral.

---

<sup>7</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño se adopta el 20 de noviembre de 1989 y entra en vigor internacional el 02 de septiembre de 1990.

<sup>8</sup> Al efecto, el artículo 1º de la Convención establece: “Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Como consecuencia del establecimiento de este catálogo especial de derechos para los menores de edad en la actualidad se considera que todas las personas en su menor edad son titulares de derechos subjetivos propios e inherentes a su calidad de seres humanos, derechos cuyo respeto y protección deben ser garantizados por el Estado.

## **2) Ámbito nacional.**

El 13 de agosto de 1990 Chile ratifica la Convención Sobre los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial el día 27 de septiembre del mismo año y, en virtud de esta ratificación, el Estado adquiere la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que sean necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella.

La especial vulnerabilidad de los menores de edad sumada a su calidad de sujetos de derechos propios hace indispensable que el Estado y la sociedad den prioridad a este grupo a fin de asegurar a todos los menores la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, lo que está

expresamente establecido en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>9</sup> En Chile a partir de la década de los noventa los menores de edad son considerados, para efectos de las políticas sociales del gobierno, como un grupo vulnerable de la población, junto con los adultos mayores y las personas discapacitadas, que requiere de una especial atención por parte del Estado<sup>10</sup> y, en virtud de la Doctrina de la Protección Integral, surge la necesidad de que las políticas dirigidas a la infancia y adolescencia no se limiten a acciones asistenciales y tutelares sino más bien a acciones de prevención, promoción y protección de sus derechos subjetivos.

En ese sentido es fundamental que el Estado y la sociedad asuman la responsabilidad de instruir a los menores de edad en lo relativo a la existencia y exigibilidad de los derechos que establece la Convención a su favor así como de la importancia de respetar los derechos de los demás seres humanos, de manera que se encuentren capacitados para exigir el

---

<sup>9</sup> El párrafo 2° del artículo 3 de la Convención prescribe: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”

<sup>10</sup> Tello Cristóbal, 2003, “Niños, Adolescentes y el Sistema Chile Solidario: ¿Una oportunidad para Constituir un Nuevo Actor Estratégico de las Políticas Públicas en Chile?”, Revista de Derechos del Niño (2):11

respeto a sus derechos y, del mismo modo, para respetar los de las otras personas.

Para materializar el ideal de una sociedad respetuosa de los derechos de todos los seres humanos es imperativo que el gobierno asuma con seriedad sus obligaciones en materia de derechos humanos y, en este sentido, para dar efectividad a los derechos que la Convención reconoce a los menores de edad es indispensable que se adopten políticas integrales de promoción y protección de sus derechos. La forma de llevar a la práctica las políticas sociales dirigidas a la niñez y adolescencia, en especial cuando se trata de políticas dirigidas a los menores que se encuentran en situación de pobreza o indigencia, determina en gran parte su éxito o fracaso, por lo tanto, para conseguir avances efectivos en la materia, es necesario que el gobierno dé real prioridad a este grupo destinando recursos suficientes para la implementación de las políticas adoptadas sin condicionarla a voluntades políticas o sectoriales. Con un espíritu de cooperación entre los distintos sectores del gobierno y la sociedad civil es posible lograr que se cumplan los objetivos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño por cuanto todos los niños, niñas y adolescentes deben tener la posibilidad

de desarrollarse armoniosamente, de modo que, siendo adultos, tengan la posibilidad de vivir en una sociedad más justa en que se respetan los derechos de todos los seres humanos.

En materia legislativa la voluntad de hacer efectivos los derechos de los menores de edad se expresa en la modificación de varias disposiciones referentes a la materia y en la discusión y dictación de diversas leyes relacionadas y, en el aspecto procesal, se manifiesta en el establecimiento del Procedimiento Especial de Protección de Derechos contemplado en la Ley 19.968 de 30 de agosto de 2004, que busca, entre otras cosas, hacer más fácil el acceso directo a la justicia de familia con procedimientos orales, breves y desformalizados, personal especializado, donde la lógica empleada para el tratamiento de los conflictos más que adversarial es de colaboración y en los que cualquier persona, incluso menores de edad, puede dar inicio al procedimiento.

## **CAPITULO II: SISTEMAS DE PROTECCIÓN.**

Se definen los sistemas de protección como el conjunto de políticas de gobierno y normas jurídicas que tienen por objetivo resguardar los derechos subjetivos de las personas menores de edad a fin de que éstos sean respetados por la familia, la sociedad y el Estado y, en caso de privación, perturbación o amenaza de estos derechos, se dé la debida protección al afectado y se restablezca el imperio del Derecho.

La efectividad de los sistemas de protección depende fundamentalmente de la estructura y del nivel de operatividad de las instituciones encargadas de llevarlos a la práctica.

Existen sistemas de protección que no están conformados por un conjunto orgánico de normas y políticas destinadas al resguardo de los derechos de los menores de edad sino por disposiciones y recomendaciones de carácter general o especial encaminadas al mismo objetivo.

## **I- CLASIFICACION.**

En derecho comparado es posible distinguir, según el alcance que tiene la legitimación de la intervención estatal en el ámbito privado o familiar, dos sistemas de protección o tutela de los derechos de los menores de edad<sup>11</sup>:

### **1) Sistema de Control Familiar.**

El control familiar consiste en un sistema de protección que contempla una mínima intervención del Estado y que deja en manos de la familia la responsabilidad fundamental de resguardar los derechos subjetivos de los menores de edad.

De acuerdo con este sistema se considera a la familia como principal responsable de la protección de los derechos de los menores de edad que la integran y, en consecuencia, el control de la potestad de tutela, crianza y

---

<sup>11</sup> Turner Susan, 2002, “Los Tribunales de Familia”, Revista Ius et Praxis vol. 8 (2)

cuidado lo detenta la familia, por lo que el rol del Estado se ve limitado al de un agente subsidiario que sólo debe intervenir en casos extremos.

En el control familiar tiene preferencia la supervigilancia directa de la familia del menor cuyos derechos requieren protección por sobre la estatal y sólo se legitima la intervención del Estado cuando el control familiar ha fallado. Este es el sistema que opera actualmente en Francia.

## **2) Sistema de Autoridad.**

El sistema de autoridad es aquel que consiste en que el Estado detenta la responsabilidad, aún por sobre la familia, de resguardar los derechos subjetivos de los menores de edad.

De acuerdo con este sistema se considera al Estado como principal responsable de la protección de los derechos de los menores de edad, el cual, a través de los Tribunales de Justicia, debe cumplir con su obligación general de tutelar a los menores y, para esos efectos, puede intervenir en una amplia gama de materias de índole familiar.

En el sistema de autoridad se legitima la intervención estatal en el ámbito familiar bajo múltiples y diversas circunstancias, por lo que si bien cabe a la familia un rol importante en el control de la potestad de tutela, crianza y cuidado del menor de edad, el principal obligado al respecto es el Estado. Este sistema es el que se aplica en la actualidad en Alemania.

## **II- LA PROTECCIÓN A LOS MENORES DE EDAD EN CHILE.**

En Chile el sistema de protección de los derechos de los menores de edad ha ido evolucionando paulatinamente desde un sistema de control familiar con escasa intervención del Estado hacia finales del siglo XIX, hasta el sistema de autoridad implantado durante el siglo XX que se mantiene aún a comienzos del XXI.

En la evolución del sistema de protección en Chile desde finales del siglo XIX, desde el punto de vista de la legislación aplicable a los menores de edad, pueden distinguirse tres etapas o fases:

## **1) Primera etapa.**

En la primera fase la normativa aplicable a los menores de edad es la establecida por el Código Civil. En esta etapa no existe un conjunto orgánico de normas que regule la situación de los menores sino sólo algunas reglas especiales particularmente de carácter patrimonial.

La protección en esta fase se enfoca en los intereses patrimoniales del niño, niña o adolescente quedando por lo tanto entregado exclusivamente a criterio del padre de familia todo lo relativo al aspecto moral. El Código Civil considera al padre de familia como el único responsable de la crianza, salud, educación y patrimonio de sus hijos, por lo que sólo establece algunas normas de control respecto de los bienes del hijo quedando todo lo demás dentro del ámbito privado. En esta etapa la intervención del Estado es mínima por lo que el sistema de protección se basa casi exclusivamente en el control familiar.

A principios del siglo XX se dicta la primera ley referida exclusivamente a los menores de edad, la Ley de Protección a la Infancia

de 1912 que, entre otras disposiciones, establece como castigo a la vagancia y ociosidad de los menores su internación en las cárceles para adultos o en escuelas correccionales. Los principios contenidos en esta ley no lograron afianzarse en la sociedad por lo que no pudo llevarse efectivamente a la práctica lo dispuesto en ella. En consecuencia, siguieron aplicándose a los menores de edad las normas del Código Civil y, en el caso de menores infractores de ley, las del Código Penal.<sup>12</sup>

## **2) Segunda etapa.**

Esta fase comienza en el año 1928 con la entrada en vigencia de la Ley sobre Protección de Menores número 4.447, promulgada el 18 de octubre de 1928 y publicada en el Diario Oficial el 23 de octubre del mismo año, con la cual se establecen las bases de un derecho especial, el Derecho de Menores.

---

<sup>12</sup> Farías, Ana María, 2002, “El Difícil Camino hacia la Construcción del Niño como Sujeto de Derechos”, Revista de Derechos del Niño (2):197

La Ley 4.447 introduce la doctrina de la “situación irregular” y establece un conjunto orgánico de normas especiales aplicables con preferencia a las del Código Civil.

De acuerdo con la doctrina de la situación irregular el destinatario de las normas de protección es el menor de edad que enfrenta una situación de riesgo material o moral producida fuera de su núcleo familiar, es decir, mientras el menor se encuentre bajo la tutela familiar su situación es regular y sólo en casos excepcionales de desprotección se aplica lo dispuesto en la Ley 4.447.

Posteriormente se aprueba la Ley 16.618 que fija el texto definitivo de la Ley de Menores, la que es promulgada el 03 de febrero de 1967 y publicada en el Diario Oficial de fecha 08 de marzo de 1967. La Ley 16.618 sigue la doctrina planteada por la Ley 4.447 de la situación irregular. De acuerdo con esta doctrina se justifica la intervención del Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, cuando un menor de edad se encuentra en una situación de peligro material o moral, es decir, se considera al menor en riesgo social como objeto de protección y

preocupación por parte del Estado y la intervención estatal está legitimada en todos los casos que involucran a un menor de edad en situación de riesgo social o, dicho de otro modo, a un menor problema. La Ley 16.618 refuerza el sistema tutelar establecido por la Ley 4.447, donde “la irregularidad de las relaciones de familia o del comportamiento social del niño es la preocupación central”.<sup>13</sup>

En esta etapa el sistema de protección corresponde al de autoridad: el Estado y no la familia es responsable de la tutela del menor en riesgo social. El Juez de Menores posee un amplio poder al momento de decidir la aplicación de una medida de protección determinada respecto de un menor de edad y las situaciones que hacen procedente la intervención estatal responden a causas diversas y no necesariamente relacionadas entre sí: por una parte se encuentran los menores desvalidos o abandonados y los que enfrentan una situación de peligro material o moral y, por otra parte, los menores que infringen la ley penal. De este modo, se estructura una institucionalidad única para dar respuesta a problemas diferentes y se

---

<sup>13</sup> Cillero, Miguel, Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia EN: Chile en Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile, Pilotti, Francisco (coordinador), Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, 1994, pág. 136.

confunde la protección de los menores cuyos derechos están amenazados o vulnerados con la sanción de los adolescentes que cometen hechos delictuales.

En esta fase empieza a desarrollarse un modelo caracterizado por un progresivo aumento del control jurisdiccional del Estado sobre el proceso formativo de los niños y una expansión de la acción pública hacia ámbitos antes reservados para el espacio de la familia<sup>14</sup>, modelo en el cual se refuerzan las estrategias que privilegian la internación de los niños y adolescentes, primando la importancia del sistema de administración de justicia por sobre el de provisión de servicios de protección y rehabilitación.<sup>15</sup>

Uno de los problemas más graves que deriva de la aplicación de la doctrina de la situación irregular es el de la separación de los menores de sus padres o parientes pues, según esta doctrina, la internación del menor constituye un instrumento altamente eficaz para darle protección. Esta práctica en el aspecto social tiene como consecuencia que los

---

<sup>14</sup> Tello Cristóbal, op. cit. pag. 13

<sup>15</sup> *Ibíd.*, pag. 15

establecimientos en que se llevan a efecto las medidas y las personas que trabajan en ellos pasan a ocupar un lugar en la vida del menor internado sustitutivo de su propio hogar y de su familia, respectivamente. Así, el Estado asume la responsabilidad del cuidado personal, la crianza y la educación del menor de edad sustrayendo del ámbito privado la responsabilidad primordial que cabe a la familia al respecto, creando de este modo un modelo de “protección” basado en la privación de libertad que resulta completamente inadecuado para el desarrollo integral del menor y para su reincorporación a la vida familiar y social.

### **3) Tercera etapa.**

A finales del siglo XX y comienzos del XXI comienza a producirse un cambio en cuanto a la forma en que el Estado y sus organismos enfrentan la problemática familiar. Este cambio, entre otros factores, por ejemplo las políticas sociales del Gobierno, se debe a la modificación del status del menor de edad en la sociedad: ya no es considerado como objeto de protección sino como sujeto de derechos propios, al que se le reconoce su

calidad de titular de derechos subjetivos que puede hacer valer tanto frente a sus padres como frente a terceros.

Como resultado de este cambio el sistema de protección existente en Chile enfrenta una nueva etapa en la cual control familiar y autoridad no son opciones excluyentes sino que, por el contrario, son opciones complementarias. No es solamente la familia ni sólo el Estado quien debe velar por el respeto a los derechos de los menores de edad sino que ambos, con un espíritu de colaboración, deben asumir la responsabilidad de proteger los derechos de los niños, niñas o adolescentes. La relación menor- familia- Estado se basa en la colaboración e interdependencia.

Con la ratificación en 1990 de la Convención sobre los Derechos del Niño comienza, en teoría, esta etapa. Teniendo presente que la concepción del menor de edad como sujeto de derechos fundamentales propios es relativamente nueva para nuestra sociedad los principios establecidos en la mencionada Convención se han ido incorporando lentamente a la legislación nacional por lo que, en la práctica, esta fase comienza con las modificaciones introducidas con posterioridad a 1990 al Código Civil

relacionadas con la aprobación de las nuevas leyes de Filiación, Adopción y Matrimonio Civil<sup>16</sup> y con la discusión de diversos proyectos de ley que buscan proteger los derechos de las personas menores de edad, por ejemplo, la Ley de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia<sup>17</sup>, la promulgada Ley sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes<sup>18</sup> y la ya aprobada Ley sobre Tribunales de Familia número 19.968 de fecha 30 de agosto de 2004.

La Ley 19.968 establece un Procedimiento Especial de Aplicación Judicial de Medidas de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas o Adolescentes, procedimiento cuyo establecimiento tiene entre sus principales objetivos el de adecuar la normativa nacional existente hasta el momento a las disposiciones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, en

---

<sup>16</sup> La Ley 19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación fue promulgada el 13 de octubre de 1998 y publicada en el Diario Oficial de 26 de octubre del mismo año; la Ley 19.620 que dicta normas sobre Adopción de Menores fue promulgada el 26 de julio de 1999 y publicada en el Diario Oficial de 25 de agosto del mismo año; y, la Ley 19.947 que establece la nueva ley de Matrimonio Civil fue promulgada el 07 de mayo de 2004 y publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo del mismo año.

<sup>17</sup> Con fecha 02 de julio de 2004 el Presidente de la República presenta el Mensaje 128-351 con el que inicia un Proyecto de Ley de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia. Boletín 3596-18.

<sup>18</sup> Con fecha 14 de julio de 2004 la H. Cámara de Diputados aprueba el texto del Proyecto de Ley que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (Boletín 3021-07) y con fecha 28 de noviembre de 2005 se promulga la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes.

especial, a las contenidas en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño.

En conclusión, el rol primordial en la crianza y cuidado del menor de edad lo tiene la familia por lo que cada miembro de ella está obligado a respetar y proteger los derechos del niño, niña o adolescente, sin embargo, si el menor es víctima de alguna vulneración o amenaza grave a sus derechos ya sea al interior de su familia o fuera de su entorno familiar cualquier persona, incluso él, puede solicitar la intervención del Estado, a través de los Tribunales de Justicia, con el fin de que se adopten las medidas necesarias para dar la debida protección a sus derechos.

### **III- LA LEY 19.968.**

#### **1) Antecedentes.**

En un contexto marcado por el retorno a la democracia la ratificación por parte del Estado de Chile de la Convención Sobre los Derechos del

Niño en agosto de 1990 constituye el inicio de lo que se espera sea una gran reforma al sistema de protección de derechos de los menores de edad existente en el país hasta el momento.

Luego, en septiembre de 1990, se celebra en Nueva York la Cumbre Mundial a Favor de la Infancia, en la cual los Estados miembros de Naciones Unidas adoptan la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño y el Plan de Acción necesario para su implementación, los que son suscritos por Chile el mismo año.

En virtud de la obligación adquirida por el Estado al momento de suscribir los instrumentos antes mencionados y con el objetivo de elaborar políticas públicas que incorporen las exigencias referentes a la materia impuestas por el Derecho Internacional se produce en el año 1992 la aprobación del denominado “Plan Nacional de Infancia, Metas y Líneas de Acción en Favor de la Infancia, Compromiso con los Niños de Chile, 1992-2000”, el cual no logra transformarse en una política nacional que recoja cabalmente el marco jurídico y ético propuesto por la Convención ni tampoco consigue dar el impulso necesario para iniciar un proceso de

transformación del sistema legal vigente que permita adecuar la institucionalidad a la nueva concepción que existe respecto de la protección a los menores de edad o Doctrina de la Protección Integral.<sup>19</sup>

Posteriormente, en el año 1996, se crea el Comité de Ministros Sociales y dentro de él el Grupo de Trabajo de Infancia y Adolescencia. Este Grupo de Trabajo elabora en 1999 su Informe Final, el que contiene una serie de recomendaciones entre las que destacan la de “otorgar a la infancia primera prioridad, otorgar a la Convención un rol efectivamente orientador de las políticas y programas dirigidos a la infancia y la de definir una Política Nacional de Infancia inspirada en la Convención.”<sup>20</sup> A partir del año 2000 el Grupo de Trabajo, con el apoyo técnico de UNICEF, comienza a desarrollar el proceso de elaboración de una política nacional en conjunto con veintidós representantes de diversos ministerios, servicios públicos y fundaciones relacionadas. En este proceso, a través del mecanismo de consultas regionales, participan representantes de instituciones públicas, de la sociedad civil, niños y adolescentes. El proceso de elaboración de esta

---

<sup>19</sup> Tello, Cristóbal, op. cit. pag. 20

<sup>20</sup> Chile, Ministerio de Planificación y Cooperación, 1999, Caracterización y Análisis de la Política Dirigida a la Infancia y Adolescencia, Resumen Ejecutivo.

política tiene como resultado la aprobación de la “Política Nacional y el Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y la Adolescencia 2001-2010”.

En términos generales dicho documento “...contiene las orientaciones éticas, valóricas y operativas para disponer de un instrumento de planificación efectivamente intersectorial, que permita instalar en la gestión pública chilena una nueva forma de hacer política pública, con una perspectiva de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del 33,6% de la población de nuestro país, 5.110.903 niños, niñas y adolescentes.”<sup>21</sup>

Existen cinco áreas estratégicas de intervención que han sido definidas por la Política Nacional y en virtud de las cuales se elaboró el Plan Integrado. Estas son las siguientes:

- Sensibilización, promoción y difusión de los derechos de la infancia y adolescencia.

---

<sup>21</sup>Gobierno de Chile, Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia 2001-2010, Santiago, 2001, pag. 17.

- Apoyo al fortalecimiento de las familias como principales responsables del desarrollo integral de sus hijos e hijas.
  
- Coordinación y desarrollo de las políticas públicas con perspectiva de derechos.
  
- Provisión de servicios especiales para la protección integral de los derechos de la infancia y adolescencia, en los casos de amenaza o vulneración de ellos.
  
- Promoción y fomento de la participación infantil.

En el ámbito público se crea en el año 2002 el Consejo de Ministros para la Infancia y la Adolescencia<sup>22</sup>, cuyo objetivo consiste en asesorar al Presidente de la República en el diseño, definición, coordinación y coherencia de las políticas dirigidas a los menores de edad.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Chile, Ministerio de Planificación y Cooperación, 2002, DS 114.

<sup>23</sup> Contreras, Consuelo, op. cit. pag. 162.

Para que logre implementarse con éxito la Política Nacional y el Plan de Acción elaborados es indispensable que se produzca una relación de cooperación entre los distintos sectores del gobierno, la sociedad civil, las fundaciones, organizaciones no gubernamentales y cualquier otro tipo de organización dedicada a la promoción y/o protección de los derechos de la infancia y adolescencia.

Con el objetivo de llevar efectivamente a cabo las reformas necesarias para cumplir cabalmente con las obligaciones internacionales contraídas por Chile en materia de derechos de los menores de edad, el gobierno ha anunciado su voluntad de “pasar de programas basados en la consideración de la infancia como grupo vulnerable de la sociedad, hacia la consideración de la infancia como un sujeto y actor estratégico para el logro del desarrollo del país”<sup>24</sup>, consideración que, en conjunto con una mayor participación social, se espera tenga como resultado un cambio cultural que beneficie a toda la sociedad y, en particular, a los menores de edad.

---

<sup>24</sup> Discurso del Presidente de la República Ricardo Lagos, marzo de 2001, EN Gobierno de Chile, op. cit. pag. 7.

## **2) Creación de los Tribunales de Familia.**

El 03 de noviembre de 1997 fue presentado al Parlamento el mensaje del Presidente de la República con el que se iniciaba un Proyecto de Ley para crear los Tribunales de Familia. Finalmente, después de siete años, se promulga el 25 de agosto de 2004 la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y se publica en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004.

La presentación de este proyecto responde, entre otras causas, a la voluntad de dar cumplimiento a la obligación adquirida por el Estado de adecuar las instituciones y la legislación interna a lo dispuesto por los diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Chile desde la segunda década del siglo XX en adelante<sup>25</sup> y, en especial, a la Convención Sobre los Derechos del Niño que en su artículo 4º expresa dicha obligación.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Chile ha ratificado más de cuarenta instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos convenciones, declaraciones y protocolos facultativos, de los cuales, además de los ya señalados, cabe destacar los dos siguientes: Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Chile el 21 de agosto de 1990, promulgado el 23 de agosto del mismo año y publicado en el DO de 05 de enero de 1991 y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificado por Chile el 30 de septiembre de 1988 con reservas, promulgado el 07 de octubre de 1988 y publicado en el DO de 26 de noviembre del mismo año.

<sup>26</sup> El artículo 4º de la Convención dispone: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la

La obligación positiva consiste en adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en los tratados mencionados, lo que significa que no basta con la presentación de proyectos de ley ni aún con la aprobación de leyes que incorporen los principios establecidos en dichos tratados sino que especialmente relevante es la adecuación de las instituciones y, en particular, del sistema de administración de justicia a esos principios.

En lo relativo al Derecho de Familia se han producido algunos avances en materia de filiación, adopción, violencia intrafamiliar<sup>27</sup> y disolución del vínculo matrimonial<sup>28</sup> que han contribuido al mejoramiento de la situación de los menores de edad que se ven involucrados en conflictos de índole familiar, avances que responden al deseo de dar cumplimiento a las exigencias impuestas por los tratados internacionales ratificados referentes a la materia y que, en la especie, consisten básicamente en la incorporación

---

presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

<sup>27</sup> La nueva Ley de Violencia Intrafamiliar número 20.066 fue promulgada el 22 de septiembre de 2005 y publicada en el Diario Oficial de 07 de octubre del mismo año. En su virtud se deroga la Ley 19.325 de 1994. La Ley 19.968 en su Título IV establece el nuevo Procedimiento Relativo a los Actos de Violencia Intrafamiliar.

<sup>28</sup> Sobre las leyes respectivas ver nota 16.

de algunos principios establecidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño a la legislación nacional vigente, por ejemplo, el del interés superior del menor, el del trato igualitario que debe dar el Estado a todos los menores de edad sin distinciones de ninguna especie y el derecho del menor a ser oído y a expresar su opinión libremente, en especial en todo procedimiento administrativo o judicial que lo afecte.<sup>29</sup> Estos principios y derechos deben servir de marco orientador para el Estado, sus organismos, la sociedad civil y la familia siempre que deba adoptarse alguna decisión respecto de materias en que se vean involucrados derechos de personas menores de edad para que, de esta manera, pueda lograrse en el corto plazo un mejoramiento las condiciones generales de vida de todos los niños, niñas y adolescentes.

Para que logre producirse algún cambio significativo en la forma de hacer efectiva la protección de derechos de las personas menores de edad que los ven de algún modo vulnerados o amenazados es fundamental que el gobierno y los organismos responsables de implementar las políticas públicas dirigidas a la infancia y adolescencia logren llevar a la práctica la

---

<sup>29</sup> Los principios y derechos mencionados se encuentran establecidos en los artículos 3º, 2º y 12º, respectivamente, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Doctrina de la Protección Integral, con el objetivo de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos a todos los menores de edad.

Los avances que se han producido en materia legislativa, si bien útiles y necesarios, hasta el momento no son suficientes, pues aún no se concretan las reformas institucionales ni las reformas estructurales al sistema de administración de justicia que son necesarias para garantizar el resguardo de los derechos de las personas involucradas en los conflictos que se producen en el ámbito familiar, especialmente de los menores de edad. Por ejemplo, en materia procesal aún no se han incorporado a la legislación nacional las garantías indispensables para asegurar un debido proceso a los menores de edad que infringen la ley y que, según la apreciación del Juez de Garantía competente, han obrado con discernimiento.

Con respecto a la protección de los derechos de los menores de edad la situación es diferente: la necesidad de crear una judicatura especializada dedicada a resolver integralmente los distintos conflictos de índole familiar que se plantean en la sociedad ha sido satisfecha con la aprobación de la Ley que crea los Tribunales de Familia. Con la entrada en vigencia de la

Ley 19.968 se sustrae de la competencia de los Juzgados de Menores todo lo concerniente a la adopción de medidas de protección respecto de menores de edad que no han infringido la ley o que, habiéndolo hecho, son declarados sin discernimiento, lo que tiene especial relevancia por cuanto la actual Ley de Menores establece un procedimiento de protección para menores en situación de riesgo o peligro material o moral que no tiene forma de juicio, en el cual no existe la obligación de tener en cuenta las opiniones del menor involucrado por lo que éste no puede emitir juicio alguno referente a la medida adoptada y en el que se sigue considerando la privación de libertad y la consiguiente separación del menor de su entorno familiar como una medida eficaz de protección.

## **SEGUNDA PARTE.**

## **CAPÍTULO I: GENERALIDADES.**

### **I- REGLAMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE PROTECCION.**

En términos generales se entiende por procedimiento al conjunto de formalidades externas que organiza el desarrollo del proceso hasta el cumplimiento de su fin, es decir, hasta resolver, mediante juicio de autoridad, el conflicto sometido a la decisión de ésta.

La regulación positiva del procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes se encuentra en el Título Cuarto, Párrafo Primero, artículos 68 y siguientes de la Ley Sobre Tribunales de Familia número 19.968. En todo lo no previsto por el título señalado se debe aplicar lo dispuesto en el Título Tercero de la misma ley.

La Ley 19.968 fue promulgada el día 25 de agosto de 2004 y publicada en el Diario Oficial el día 30 de agosto del mismo año.<sup>30</sup>

La importancia de esta ley radica principalmente en que introduce una serie de innovaciones respecto a los procedimientos establecidos con anterioridad a ella en que se ven involucrados menores de edad, las que tienen su origen y fundamento en la Convención Sobre los Derechos del Niño. El cambio más importante que introduce esta ley es la concepción del menor de edad como sujeto de derecho, con derechos subjetivos propios e inherentes a su persona, con lo que se deja atrás la idea de que la persona en su menor edad sólo debe ser objeto de protección y preocupación por parte del Estado.

La aprobación de la Ley 19.968 permite, entre otras cosas, adecuar la legislación nacional a las obligaciones impuestas por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, adaptar la actividad jurisdiccional a la problemática

---

<sup>30</sup> La entrada en vigencia de la Ley 19.968, en virtud del artículo 134 de la misma, se produce el 1° de octubre de 2005.

familiar y a la realidad social y encontrar soluciones eficaces y con rapidez a los conflictos que se suscitan en el ámbito familiar.

## **II- REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE PROTECCION.**

El artículo 68 de la Ley 19.968 dispone que debe aplicarse este procedimiento en los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas de protección establecidas en la ley.

En virtud del artículo 8° de la Ley 19.968 son de competencia de los tribunales de familia, entre otros:

- Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección según los términos del artículo 30 de la Ley de Menores 16.618, es decir, cuando se trata de

menores de edad que no han participado en hechos constitutivos de crimen, simple delito o falta (numeral 8).

- Todos los asuntos en que se impute un hecho punible a niños, niñas o adolescentes exentos de responsabilidad penal, es decir, menores de dieciséis años o adolescentes entre los dieciséis y dieciocho años que han obrado sin discernimiento. En estos casos, si corresponde, el juez de familia debe aplicar las medidas contempladas en el artículo 29 de la Ley 16.618 (numeral 10).

En ambos casos el juez de familia puede decretar la aplicación de cualquiera de las medidas enunciadas en el artículo 71 de la Ley 19.968 y, respecto de menores infractores de ley que han obrado sin discernimiento, también las establecidas en el artículo 29 de la Ley 16.618.

Cuando un adolescente de entre dieciséis y dieciocho años se ve involucrado en hechos constitutivos de crimen, simple delito o falta, le corresponde al Juez de Garantía competente hacer la declaración previa acerca de si ha obrado con discernimiento o no. Si se estima que ha obrado

con discernimiento se inicia el procedimiento penal correspondiente. Si, por el contrario, se considera que ha obrado sin discernimiento, se remiten los antecedentes al juez de familia a fin de que decrete la aplicación de alguna medida de protección. Si el juez de familia lo estima procedente puede adoptar alguna de las medidas señaladas en el artículo 29 de la Ley de Menores pero, en este caso, debe hacerlo según las normas del procedimiento ordinario de familia. Así se desprende del inciso final del artículo 22 de la Ley 19.968 que señala expresamente que en el procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de derechos sólo pueden adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71 de la misma ley.

En consecuencia, los requisitos para la aplicación de este procedimiento son los siguientes:

- 1) Que se esté frente a una vulneración o amenaza de los derechos de un menor de edad.

En relación con este requisito debe entenderse por vulneración cualquier privación o perturbación del libre ejercicio de los derechos subjetivos de un menor de edad y, por amenaza, cualquier acto u omisión que pone en riesgo el ejercicio legítimo de un derecho para su titular.

Para que la vulneración o amenaza sea considerada grave, en los términos del numeral 8 del artículo 8° de la Ley 19.968, debe ser de tal magnitud que permita objetivamente concluir que existe un peligro serio para la salud o integridad física o psíquica del menor de edad cuyos derechos se desea proteger.

2) Que alguna de las personas que señala el artículo 70 de la Ley 19.968 requiera la intervención judicial para proteger los derechos de un menor de edad.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> En virtud de lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley 19.968 las personas que pueden hacer este requerimiento son las siguientes: el menor de edad que requiere protección, sus padres, las personas que lo tienen bajo su cuidado, los profesores o el director del establecimiento educacional al que asiste, los profesionales de la salud de los servicios en que se atiende, el SENAME o cualquier persona que tenga interés en ello.

3) Que se trate de un menor de edad involucrado en hechos no constitutivos de crimen, simple delito o falta o, en caso de estar involucrado, que se trate de un menor exento de responsabilidad penal.

### **III- CARACTERISTICAS.**

Este procedimiento especial se caracteriza fundamentalmente por la desformalización que plantea y por su concentración, además de que introduce una serie de innovaciones respecto al procedimiento de aplicación de medidas de protección establecido en la Ley de Menores 16.618.

Sus características son las siguientes:

1) Es un procedimiento extraordinario.

El procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección es extraordinario en virtud de lo dispuesto por el artículo 2° del Código de

Procedimiento Civil, según el cual un procedimiento es extraordinario cuando se rige por las disposiciones especiales que para determinados casos la ley establece.

2) Es un procedimiento especial.

Es especial desde dos puntos de vista: por un lado, por cuanto el tribunal competente para el conocimiento de los asuntos de que trata la Ley 19.968 corresponde a una judicatura especializada, los Tribunales de Familia y, por otro, porque se trata de un procedimiento de aplicación especial en contraposición al procedimiento ordinario que contempla la Ley 19.968.

3) Es un procedimiento desformalizado.

Es un procedimiento desformalizado porque en general no se aplican a su respecto las exigencias que caracterizan a un proceso formal, en el cual la ejecución de los actos procesales generalmente debe ajustarse a determinadas formalidades establecidas en la ley de manera que si se ejecuta un acto sin cumplirlas éste adolece de un vicio de nulidad procesal.

Para iniciar el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección no es necesario el cumplimiento de ningún tipo de formalidad, en consecuencia, no hay obligación de cumplir con las formalidades habilitantes ni con las exigencias que establecen los artículos 1 y 2 de la Ley 18.120 que Establece Normas Sobre Comparecencia en Juicio, promulgada el 30 de abril de 1982 y publicada en el Diario Oficial de 18 de mayo de 1982 .

Para la ejecución de cualquier acto procesal durante la tramitación del juicio sólo debe cumplirse con los requisitos generales que el legislador ha establecido para cada situación.

4) Se trata de un procedimiento breve y concentrado.

Uno de los objetivos del procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección, por la gravedad de los hechos que lo motivan, es resolver rápidamente las cuestiones sometidas a conocimiento del tribunal.

Para cumplir con esta premisa es necesario que el proceso pueda llevarse a cabo de manera expedita, sin dilaciones, por lo que los plazos que establece la Ley 19.968 son más reducidos que los de un juicio de lato conocimiento, haciendo de éste un procedimiento breve. Es un procedimiento concentrado porque la mayoría de los actos procesales que lo conforman se llevan a cabo básicamente en dos audiencias, pudiendo aumentar este número según las circunstancias.

5) Es un procedimiento oral.

Es oral porque los actos procesales que lo conforman se desarrollan casi en su totalidad verbalmente.

La característica de la oralidad se relaciona íntimamente con la brevedad y concentración del procedimiento, pues el hecho de que se desarrolle verbalmente permite que sin mayores trámites puedan llevarse a cabo las audiencias respectivas, las que deben ser continuas y realizarse dentro de plazos breves.

Si se efectúa un análisis comparativo entre el procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes establecido en la Ley 19.968 y el procedimiento que contempla la Ley de Menores 16.618 para aplicar medidas de protección a un menor de edad se advierten una serie de diferencias sustanciales entre ambos, de las cuales las principales son las siguientes:

- El primero es un procedimiento oral y desformalizado; el segundo es un procedimiento escrito y formal.
  
- El primero establece como uno de los principios rectores del procedimiento el derecho del menor de edad a ser oído y a que se tengan en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez; el segundo es un procedimiento sin forma de juicio que contempla la posibilidad de aplicar medidas de protección a un menor incluso sin necesidad de llamarlo a la presencia del juez.

- En el primero se limita expresamente la duración de las medidas decretadas hasta un máximo de noventa días; en el segundo el juez es quien determina la duración de las medidas.

- El primero establece una serie de medidas aplicables tanto a menores de edad cuya situación de desprotección no tiene su origen en haberse involucrado en hechos constitutivos de crimen, simple delito o falta, como a aquellos que, habiéndose involucrado, han sido declarados sin discernimiento pero, en este caso, también se pueden aplicar a su respecto las medidas del artículo 29 de la Ley 16.618 como por ejemplo someterlo al régimen de libertad vigilada; el segundo contempla diversas medidas también aplicables tanto a menores que no han infringido la ley como a aquellos que han obrado sin discernimiento pero no hace distinción alguna entre ellos, es decir, al momento de decretar la aplicación de alguna medida al menor que no ha infringido la ley el mismo tratamiento que al que sí lo ha hecho enfrentando de manera análoga problemáticas completamente diferentes.

- Para aplicar el primero la declaración de discernimiento la realiza un juez diferente de aquel que adopta la medida de protección y, de este modo, se intenta asegurar la imparcialidad o competencia subjetiva de ambos jueces; en el segundo tanto la declaración de discernimiento como la aplicación de alguna medida es competencia de un mismo juez.

## **CAPÍTULO II: PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO.**

Los principios formativos del procedimiento son las diferentes orientaciones que sigue cada nación para constituir un sistema procesal, entendido éste como un conjunto de normas que regula la organización y actuación de los tribunales y de las partes para la resolución de un conflicto.

Esta materia se encuentra regulada en el Título Tercero, Párrafo Primero, artículos 9 al 16 de la Ley 19.968.

Estos principios formativos se refieren tanto al procedimiento ordinario como a los procedimientos especiales que establece la mencionada ley.

## **I- ORALIDAD.**

El principio de oralidad es aquel que consiste en que la palabra es el medio de comunicación principal entre las partes y el tribunal. En virtud de este principio tanto las alegaciones como las pruebas y conclusiones del proceso se verifican verbalmente. Se opone al principio de la escrituración.

En el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los menores de edad todas las actuaciones que se lleven a efecto durante la tramitación del juicio deben ser orales, exceptuando los casos que expresamente se señalan en la Ley 19.968. Si bien la oralidad es la regla general existen ciertas excepciones, como por ejemplo la del artículo 67 numeral 3 que señala expresamente que cuando sea procedente el recurso de apelación éste deberá entablarse por escrito.

En estos procedimientos todas los actos procesales se desarrollan oralmente por lo que cada tribunal de familia está obligado a mantener un sistema de registro adecuado, que permita garantizar la conservación y

reproducción de la información en él contenida. La ley no señala expresamente que características debe reunir el sistema de registro que exige pero sí dispone que el registro de las actuaciones orales puede efectuarse por cualquier medio apto para producir fe, según las reglas generales.

En la práctica, el sistema utilizado en los tribunales de familia para registrar las actuaciones orales es el registro de audio. Tanto las partes como sus representantes pueden solicitar copia de las grabaciones.

En algunos tribunales de familia el funcionario competente realiza una transcripción de lo registrado en audio a un acta escrita a fin de documentar lo acontecido en las respectivas audiencias.

## **II- CONCENTRACION.**

El principio de la concentración es aquel que consiste en la reunión de dos o más actuaciones procesales en un mismo acto.

Este principio tiene dos aspectos o formas de aplicación:

1º Se refiere a la posibilidad que cabe a las partes de un juicio de plantear asuntos diversos en una misma audiencia para conocimiento del tribunal.

2º Se entiende como la posibilidad que tiene el juez de pronunciarse, al dictar la sentencia definitiva, sobre cuestiones accesorias sometidas a su conocimiento durante la tramitación del juicio.

La concentración del procedimiento es una manifestación del principio de economía procesal que busca resolver, dentro de un mismo juicio, el mayor número de conflictos con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional. En virtud de este principio todo el desarrollo del proceso se concentra en una sola audiencia o en el menor número posible de ellas, con intervalos de tiempo mínimos entre una y otra.

La aplicación judicial de medidas de protección se hace efectiva, por regla general, una vez terminado el juicio especial. Las medidas cautelares especiales pueden adoptarse durante la tramitación del juicio o antes de

iniciado éste cuando se trata de medidas cautelares prejudiciales. En todo caso, el procedimiento debe desarrollarse en audiencias continuas y puede prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. En la audiencia preparatoria, por ejemplo, las partes deben exponer sus pretensiones, si procede reconvencción se plantea en el mismo acto, se definen los puntos de prueba y si es posible rendir algún tipo de prueba ésta se recibe de inmediato.

### **III- INMEDIACION.**

El principio de inmediación es aquel que consiste en que las partes y el juez deben relacionarse de manera directa, sin interposición de otras personas, de modo que el juez pueda tomar conocimiento del contenido del proceso en forma directa y personal. Se aplica este principio cuando todo el proceso se desarrolla a través de una permanente e íntima vinculación personal entre el juez y las partes, lo que significa que las partes deben encontrarse físicamente ante la presencia del juez.

Este principio puede entenderse en sentido amplio o restringido. Cuando se aplica la inmediación en sentido amplio se exige su cumplimiento en todas y cada una de las actuaciones que se llevan a efecto durante la tramitación del juicio y cuando se aplica en sentido restringido se exige la inmediación sólo en aquellas actuaciones que el legislador estima de especial relevancia. En general pueden tener aplicación en un mismo procedimiento los principios tanto de la mediación como de la inmediación.

En el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección y en los demás que contempla la Ley 19.968 las audiencias y las diligencias de prueba deben realizarse siempre en presencia del juez, quien debe formar su convicción exclusivamente sobre la base de las alegaciones y pruebas que ha recibido personalmente. A fin de asegurar la aplicación de este principio el legislador prohíbe la delegación de funciones en los casos indicados, bajo sanción de nulidad.

El hecho de que cada tribunal de familia esté conformado por un número variable de jueces (entre dos y doce) facilita el cumplimiento la exigencia de inmediación y permite la correcta aplicación de este principio.

#### **IV- ACTUACION DE OFICIO U OFICIALIDAD.**

El impulso procesal se define como la fuerza o actividad que pone en movimiento el proceso una vez iniciado éste y hasta su conclusión.

El principio de la oficialidad, también llamado impulso de instancia oficial, es aquel que consiste en que el juez es el principal responsable de la actividad que impulsa el desarrollo del procedimiento hasta su finalización.

En la Ley 19.968 se le impone al juez la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para llevar a término el proceso una vez iniciado éste y en cualquier estado del juicio, con la mayor celeridad posible.

#### **V- COLABORACION.**

El principio de la colaboración es aquel que consiste en el deber del tribunal de buscar alternativas para disminuir la confrontación entre las

partes y la obligación del juez de familia de dar prioridad a los acuerdos logrados por ellas tendientes a solucionar el o los conflictos sometidos a su decisión.

Este principio tiene su fundamento en la naturaleza misma del conflicto familiar. Con el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección de derechos de los menores de edad se busca resolver un problema social que en la mayoría de los casos tiene su origen en el entorno familiar de el o la menor cuyos derechos se amenazan o vulneran, por lo tanto, el hecho de cambiar el modo en que se resuelve el conflicto familiar privilegiando una lógica colaborativa por sobre la lógica adversarial tiene por objetivo evitar que se agrave el conflicto que se discute en juicio para así resguardar de mejor manera los derechos subjetivos de los involucrados y las relaciones entre ellos.

El establecimiento del deber de colaboración y la obligación de dar prioridad a los acuerdos de las partes se fundamenta en que las soluciones aportadas por los involucrados son probablemente las que menos dificultades presentan al momento de dar cumplimiento a lo acordado y, de

no existir acuerdo, al juez debe decidir teniendo en cuenta la especial naturaleza del conflicto familiar a fin de hacer de las resoluciones judiciales decisiones socialmente aceptadas y legitimadas.

## **VI- PROTECCION DE LA INTIMIDAD.**

Este principio está consagrado en nuestra legislación como una garantía constitucional establecida en el numeral 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.<sup>32</sup> En la especie constituye también una aplicación de lo dispuesto por el artículo 16 de la Convención Sobre los Derechos del Niño respecto de la vida privada de los menores de edad.<sup>33</sup>

El derecho a la protección de la intimidad de los menores de edad consiste en el derecho del niño, niña o adolescente a ser protegido contra todo tipo de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia,

---

<sup>32</sup> El artículo 19 número 4 inciso 1° de la CPR establece: “La Constitución asegura a todas las personas: El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia.”

<sup>33</sup> La Convención en su artículo 16 dispone: “1.- Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y su reputación. 2.- El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.”

su domicilio o su correspondencia, así como contra cualquier ataque ilegal a su honra y reputación.

En los procedimientos de familia en general y en el de aplicación judicial de medidas de protección, en particular, el juez está obligado a velar por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y, especialmente, de los menores de edad involucrados. Con este fin el juez puede disponer que todas o algunas actuaciones del juicio se realicen en forma reservada, así como también está facultado para prohibir la difusión de datos o imágenes referidos al proceso o a las partes y que puedan afectar el derecho que se busca proteger.

## **VII- INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHO A SER OIDO.**

No existe una definición precisa de lo que se entiende por interés superior del menor pero hay cierta unanimidad en la doctrina respecto a que consiste en garantizar al niño, niña o adolescente la plena satisfacción

de los derechos que surgen de su calidad de persona humana, los que deben ser respetados por los padres en el ejercicio de su autoridad.

La doctrina estima que este principio comprende diversos derechos que asisten al menor, entre ellos:

- A que se le permita indagar su filiación cuando ésta no se haya determinado a través de acciones de filiación, lo que se encuentra directamente relacionado con el derecho del menor a su identidad personal.
  
- A manifestar su opinión en instancias judiciales y extrajudiciales en que tenga interés.
  
- A que se le garanticen los derechos que surgen de su calidad de persona humana.
  
- En caso de separación de los padres, a permanecer con aquel que mejor asegure su bienestar físico y espiritual y a que éste facilite su contacto directo y regular con el otro progenitor.

El hecho de que los niños, niñas y adolescentes sean sujetos de derechos cumple un doble objetivo: por una parte, se concibe al menor de edad como titular de derechos propios y, consecuentemente, se le reconoce su calidad de tal y, por la otra, basándose en la autonomía potencial del menor, se intenta desarrollar sus aptitudes para concretar su calidad de sujeto de derechos de modo que siendo adulto pueda ejercitarlos en plenitud.

El principio del interés superior del menor consiste básicamente en la obligación de respetar y tener en cuenta los derechos del menor de edad siempre que sea necesario tomar alguna decisión que lo involucre o le afecte, directa o indirectamente.

En virtud de este principio la Ley 19.968 plantea entre sus objetivos el de garantizar a todos los niños, niñas o adolescentes que se encuentren dentro del territorio de la República el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

De acuerdo con lo prescrito por el artículo 3 de la Convención este principio tiene el carácter de norma fundamental y, en virtud de ese

carácter, cumple una triple función: en primer lugar constituye una garantía para el menor pues toda decisión que le concierna debe considerar fundamentalmente sus derechos; en segundo lugar es una norma orientadora pues obliga al legislador, a los jueces y a todas las instituciones públicas y privadas a tenerlo primordialmente en cuenta y, por último, es una norma de interpretación y de resolución de conflictos.

El derecho a ser oído se presenta como una innovación respecto a la anterior legislación relativa a los menores de edad y, de acuerdo con la Convención Sobre los Derechos del Niño, consiste en el derecho de todo niño, niña o adolescente a expresar su opinión con libertad y a que ésta se tenga en cuenta en función de su edad y madurez y, en especial, el menor debe tener la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> El artículo 3 de la Convención en su párrafo 1º se refiere al interés superior del niño y, al efecto, señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” Respecto al derecho a ser oído el artículo 12 de la Convención dispone: “1.- Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2.- Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

### **CAPÍTULO III: REGLAS GENERALES.**

Esta materia se encuentra regulada en el Título Tercero, Párrafo Segundo, artículos 17 al 27 de la Ley 19.968.

#### **I- ACUMULACION NECESARIA.**

La acumulación de autos es un fenómeno procesal que consiste en la reunión de varios procesos íntimamente relacionados entre sí que se tramitan separadamente en uno solo, con el objeto de evitar la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias sobre una misma materia.

La Ley 19.968 establece como regla general la acumulación y establece que los jueces de familia deben conocer conjuntamente, en un solo proceso, los distintos asuntos que sean sometidos a su consideración por cualquiera de las partes, ya sea que lo plantee una de ellas o ambas.

Como una manifestación del principio de la concentración la ley dispone que si existe acumulación la sentencia deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones debatidas en el proceso.

## **II- COMPARECENCIA EN JUICIO Y REPRESENTACION.**

El concepto de comparecencia puede ser analizado desde dos puntos de vista: uno amplio y otro restringido. En sentido amplio se entiende por comparecencia al acto de presentarse ante el juez voluntaria o coercitivamente, por lo tanto, sólo implica una presentación física ante el tribunal que no requiere otra capacidad que la exigida de acuerdo a la naturaleza del acto que se va a realizar. En sentido restringido se entiende por comparecencia al acto de presentarse ante los tribunales ejercitando una acción, defendiéndose o solicitando la intervención del tribunal en un acto no contencioso teniendo capacidad para pedir en juicio o *ius postulandi*, en consecuencia, las partes se ven en la necesidad jurídica de confiar el patrocinio y la representación del juicio a ciertas personas que reúnen los requisitos exigidos por la ley.

En lo que se refiere a la comparecencia en juicio la Ley 19.968 acoge como regla general la acepción amplia del concepto y, en ciertos casos, la restringida.

Al respecto es importante señalar que la desformalización del procedimiento establecida por la Ley 19.968 permite que las partes puedan dar inicio al proceso y actuar en él sin necesidad de cumplir con las formalidades habilitantes ni con las exigidas por la Ley 18.120, salvo que el juez ordene expresamente lo contrario.

Por regla general en los procedimientos seguidos ante los tribunales de familia las partes pueden actuar y comparecer personalmente. En consecuencia, se hace necesaria la designación de mandatario judicial y abogado patrocinante sólo cuando el juez así lo ordena, lo que ocurre especialmente cuando una de las partes cuenta con asesoría de letrado.

Respecto a la representación la Ley 19.968 dispone que es deber del juez de familia velar porque en todos los asuntos de su competencia en que

se vean involucrados intereses de menores de edad o de personas incapaces éstos cuenten con la debida representación.

Para estos efectos el juez puede designar a un abogado de la Corporación de Asistencia Judicial respectiva o de alguna institución encargada de la defensa, promoción o protección de los derechos de los menores de edad o de las personas incapaces para que se haga cargo de la representación del menor o del incapaz, en calidad de curador *ad litem*, en todas las actuaciones del juicio, en caso de que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- Cuando se trata de niños, niñas, adolescentes o incapaces que carecen de representante legal.
  
- Cuando por motivos fundados el juez estima que existe contradicción entre los intereses del menor de edad o del incapaz con los de quien tiene su representación legal o que se trata de intereses que son independientes entre sí.

En caso de que el juez no designe un representante para el menor de edad o incapaz que lo requiera pueden reclamar de esta omisión las instituciones mencionadas o cualquier persona que tenga interés en ello.

### **III- SUSPENSION DE LA AUDIENCIA.**

Las partes de un juicio seguido ante los tribunales de familia tienen la posibilidad de solicitar al juez que suspenda la audiencia a la que han sido citadas por un plazo que no puede exceder los sesenta días.

Para que proceda la suspensión deben cumplirse copulativamente dos exigencias:

- 1) Debe ser solicitada de común acuerdo por las partes.
  
- 2) Si ya se les ha concedido la suspensión de una audiencia no pueden reiterar su petición respecto de la misma audiencia.

Estas exigencias se han establecido con la finalidad específica de evitar que se produzcan dilaciones innecesarias en la tramitación de los procesos que se siguen ante los juzgados de familia.

#### **IV- ABANDONO DEL PROCEDIMIENTO.**

El abandono del procedimiento consiste en el efecto que produce la inactividad de todas las partes que figuran en un juicio durante cierto espacio de tiempo y, para que sea procedente, es esencial que las partes tengan la necesidad de realizar alguna actividad para dar curso progresivo a los autos.

Cuando el abandono del procedimiento es declarado por el juez de la causa las partes pierden el derecho de continuar con el juicio. Este procedimiento, no obstante el estado en que se encuentre al momento de declarar el abandono, no produce el efecto de cosa juzgada.

En los asuntos de que conocen los tribunales de familia procede declarar el abandono del procedimiento cuando llegado el día de celebración de las audiencias fijadas no concurre ninguna de las partes que figuran en el proceso, sin embargo, si dentro del plazo fatal de cinco días el demandante o solicitante pide al tribunal que cite nuevamente a audiencia, no se entiende abandonado el procedimiento.

En consecuencia, por regla general, el juez de familia debe declarar de oficio el abandono del procedimiento y ordenar el archivo de los antecedentes cuando concurren copulativamente las circunstancias siguientes:

1° A la audiencia fijada no comparece ninguna de las partes del juicio.

2° El demandante o solicitante no pide al tribunal una nueva citación dentro de quinto día.

Existen ciertos casos de excepción en los cuales, no obstante concurrir los requisitos para ello, no es procedente declarar el abandono del

procedimiento. Esto ocurre en los procesos a que da lugar el conocimiento de los asuntos a que se refieren los numerales ocho, nueve, diez, doce, trece y dieciocho del artículo 8° de la Ley 19.968<sup>35</sup>, entre ellos, aquellos en que aparecen niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos: tratándose de cualquiera de estos asuntos el juez debe citar en forma inmediata a las partes a una nueva audiencia bajo apercibimiento de continuar el procedimiento y resolver de oficio.

## **V- POTESTAD CAUTELAR.**

Los jueces de familia poseen la facultad de decretar en cualquier etapa del procedimiento o aún antes de su inicio, de oficio o a petición de parte, las medidas cautelares conservativas e innovativas que estimen procedentes, para lo cual deben tener especialmente en cuenta la

---

<sup>35</sup> El artículo 8° de la Ley 19.968 dispone: “Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: [...]8) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al art. 30 de la Ley de Menores; 9) Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas, incluyendo la citación a confesar paternidad o maternidad a que se refiere el art. 188 del Código Civil; 10) Todos los asuntos en que se impute un hecho punible a niños, niñas o adolescentes exentos de responsabilidad penal, y aplicar, cuando corresponda, las medidas contempladas en el art. 29 de la Ley de Menores; [...]12) Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del art. 62 de la Ley N° 16.618; 13) Los procedimientos previos a la adopción, de que trata el Título II de la Ley N° 19.620; [...]18) Los actos de violencia intrafamiliar. [...]”

verosimilitud del derecho que se invoca y el peligro en la demora que implica la tramitación.

Por la gravedad de los hechos que las motivan estas medidas cautelares pueden llevarse a efecto excepcionalmente antes de notificar a la persona contra la cual se dictan siempre que existan razones graves para ello y una orden expresa del tribunal. La ley establece un plazo de cinco días, que el juez puede ampliar por motivos fundados, para que se practique la notificación respectiva. La importancia de este plazo radica en que, de no efectuarse la notificación dentro de plazo, las diligencias practicadas quedan sin valor. Esta situación constituye una excepción al principio de la bilateralidad de la audiencia.

El juez de familia puede disponer la aplicación de medidas cautelares innovativas sólo en casos de urgencia y para ello debe tener fundamento en alguna de las circunstancias siguientes:

- Es necesario decretar una medida cautelar en virtud del interés superior del niño, niña o adolescente que se intenta proteger.

- Es necesario decretar la medida por la inminencia del daño que se pretende evitar.

Las medidas cautelares innovativas suponen un cambio en la situación de hecho existente y puede ocurrir, como en otros ordenamientos jurídicos, que el juez acceda provisionalmente a lo solicitado en la demanda como medida cautelar innovativa.<sup>36</sup>

La potestad cautelar de los jueces de familia está establecida sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales y en todo lo no regulado a este respecto por la Ley 19.968 se aplican supletoriamente las normas de los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Si bien la Ley 19.968 dispone que los jueces de familia por regla general pueden decretar las medidas cautelares que estimen procedentes en el caso del procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los menores de edad sólo pueden aplicarse las medidas señaladas en el artículo 71 de la misma ley.

---

<sup>36</sup> Pomés, Juan, 2004, Charla sobre Tribunales de Familia EN: Seminario “Tribunales de Familia”, Santiago de Chile, Colegio de Abogados, pag.14.

## **VI- NOTIFICACIONES.**

La notificación es un acto de comunicación entre el tribunal y las partes de un proceso o ciertos terceros que se define como aquella actuación judicial que tiene por finalidad principal dar eficacia a las resoluciones judiciales y hacer saber a las partes litigantes o a terceros extraños al juicio la práctica o dictación de cualquier diligencia o resolución judicial en la que puedan tener interés.

Es indispensable para la validez de una notificación que ésta sea efectuada en la forma establecida por la ley pues, por regla general, las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación válida practicada de acuerdo a la ley. La importancia de esta actuación judicial es que permite materializar dentro del proceso el principio de la bilateralidad de la audiencia que consiste en que las partes, en general, y el sujeto pasivo, en particular, tienen derecho a que se ponga en su conocimiento la existencia del procedimiento iniciado en su contra así como la posibilidad de ser oídas en él.

La Ley 19.968 establece tres formas principales de notificación: la personal, la que se efectúa por carta certificada y la notificación por estado diario.

En todos los procedimientos a que da lugar la Ley 19.968 la primera notificación a la parte demandada debe efectuarse personalmente o por cualquier medio idóneo en caso de no ser posible practicar la notificación personal. Esta labor corresponde a un funcionario del tribunal, sin perjuicio de la opción que tiene la parte interesada de encargar la notificación a un receptor judicial, a su costa.

Las sentencias definitivas y las resoluciones que ordenan la comparecencia personal de las partes se notifican por carta certificada, entendiéndose así practicadas desde el tercer día siguiente a aquél en que fue expedida la carta respectiva. Las restantes notificaciones se efectúan por el estado diario.

Las partes de un juicio seguido ante los tribunales de familia tienen la posibilidad de solicitar para sí otras formas de notificación que el juez

puede autorizar sólo si en su opinión son suficientemente eficaces y no causan indefensión. En la práctica cada parte, generalmente en su primera presentación, es informada por el funcionario competente acerca de la posibilidad de ser notificada por algún medio distinto, por ejemplo a través de un llamado telefónico, frente a lo cual puede manifestar su conformidad o desacuerdo.

Existen ciertos procedimientos de familia en los que se exige a las partes la designación de abogado patrocinante y apoderado, por ejemplo, en los juicios de divorcio. En estos casos las notificaciones deben ser practicadas por medio de receptor.

En los procedimientos que permiten la comparecencia personal de las partes es el funcionario notificador de cada tribunal el encargado de practicar las notificaciones, las que pueden ser personales, por carta certificada, por teléfono, por correo electrónico, por fax o por otro medio idóneo.

La notificación excepcionalmente puede ser practicada por personal de Carabineros o de la Policía de Investigaciones en caso de que el juez así lo ordene por resolución fundada.

## **VII- EXTENSION DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL.**

Por regla general los tribunales sólo pueden ejercer su potestad dentro del territorio que la ley les ha asignado, lo que no impide que puedan dictar providencias que hayan de llevarse a efecto en otro territorio. En este sentido, todo tribunal está obligado a practicar u ordenar que se practiquen en su territorio las actuaciones que en él deban ejecutarse y que otro tribunal les encomiende a través del exhorto respectivo.

El exhorto se define como la comunicación escrita que un tribunal envía a otro para solicitar que practique u ordene practicar una actuación judicial que debe realizarse dentro del territorio jurisdiccional del último.

En el caso de los tribunales de familia que dependen de una misma Corte de Apelaciones la Ley 19.968 dispone que estos juzgados podrán decretar diligencias para cumplirse directamente en cualquier comuna ubicada dentro del territorio jurisdiccional de la respectiva Corte, sin necesidad de exhorto, extendiendo de este modo la competencia territorial de cada uno de los tribunales dependientes de una misma Corte de Apelaciones.

Esta extensión de la competencia territorial se aplica a los juzgados dependientes de la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de las actuaciones que deban practicarse en el territorio jurisdiccional de la Corte de Apelaciones de San Miguel y a los dependientes de la segunda respecto de las actuaciones que deban practicarse en el territorio de la primera.

### **VIII- NULIDAD PROCESAL.**

La nulidad procesal es la sanción que tiene por objeto privar a un acto procesal de los efectos que le son propios, por haberse ejecutado ese acto

en forma irregular, es decir, sin dar cumplimiento a los requisitos establecidos por la ley para su validez.

La nulidad procesal se caracteriza por ser autónoma en su naturaleza, en sus consecuencias y en su configuración jurídica, por lo que se rige por las normas procesales y no le son aplicables directamente las disposiciones del derecho común y, a diferencia de lo que ocurre en otro tipo de nulidades, no es clasificable. No obstante, en doctrina se distingue entre la nulidad y la anulabilidad. La nulidad es aquella que puede ser declarada, de oficio o a petición de parte, por haberse infringido normas de orden público. La anulabilidad es aquella que puede ser declarada por el juez sólo a petición de parte por infracción de normas de orden privado.

La nulidad de un acto procesal debe ser alegada por las partes dentro del mismo procedimiento y no produce efectos de pleno derecho, es decir, debe ser declarada mediante resolución judicial. Por ende, el acto procesal que adolece de un vicio de nulidad es válido y produce sus efectos legales mientras no se declare la nulidad procesal que lo afecta. Las nulidades convalidadas no pueden ser declaradas de oficio por el tribunal.

La nulidad procesal queda subsanada en los procedimientos a que da lugar la Ley 19.968 si el acto anulable, no obstante el vicio de que adolece, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados o si la parte perjudicada no reclamó oportunamente del vicio o aceptó tácitamente los efectos del acto anulable.

Sin perjuicio de la nulidad producida por la omisión de la intermediación exigida por el artículo 12 de la Ley 19.968, los requisitos para que proceda la declaración de nulidad procesal son los siguientes:

1) Debe existir un vicio de nulidad.

Vicio equivale a infracción de ley. En materia procesal se pueden distinguir dos tipos de vicios: por una parte, vicio *in procedendo*, que es aquel que se produce cuando los actos procesales no se ejecutan de acuerdo con la ley de procedimiento incurriendo así en una infracción de la ley *ordenatoria litis* y, por otra parte, vicio *in iudicando*, que es aquel que se produce cuando el juez incurre en la infracción de la norma *decisoria litis*

al aplicarla mal a la solución del conflicto. Ambas especies de vicios autorizan la solicitud de nulidad de los actos procesales contaminados.

En materia procesal los vicios pueden afectar a todo el proceso o pueden referirse a actos procesales determinados: los que inciden en el proceso como un acto jurídico complejo normalmente caen en el ámbito de la infracción de la norma *ordenatoria litis*, en cambio, los segundos se refieren a actos jurisdiccionales completos, fundamentalmente a la sentencia definitiva. Siempre lo que se anula es un acto procesal pero a veces, tratándose de vicios de forma, ese acto arrastra a todo el proceso.

2) Este vicio debe ocasionar efectivo perjuicio al solicitante, es decir, impedir el ejercicio de determinados derechos.

Este requisito constituye la consagración del principio de la trascendencia o protección según el cual no hay nulidad sin perjuicio. En consecuencia, si el vicio de que se trata en nada altera los resultados finales, es decir, no ocasiona un perjuicio, no se podrá pedir la nulidad aun cuando el vicio exista.

3) Debe existir una relación de causalidad entre el vicio y el perjuicio.

El fundamento de esta exigencia de causalidad se encuentra en la circunstancia de que pueden existir un vicio y un perjuicio pero derivar de elementos diferentes, por lo tanto, para que proceda la declaración de nulidad procesal es necesario que el vicio sea el causante del perjuicio.

4) El solicitante no debe haber originado el vicio ni concurrido a su materialización.

La persona que ha originado el vicio o concurrido a su materialización no puede solicitar la declaración de nulidad procesal del acto viciado pues cualquiera de las dos circunstancias produce el saneamiento de la nulidad procesal. Lo anterior constituye una aplicación del artículo 1.683 del Código Civil.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> El artículo 1.683 del Código Civil prescribe: “No se puede alegar la nulidad por aquel que contrató sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba el acto o contrato.”

5) El solicitante debe señalar con precisión los derechos que no pudo ejercer como consecuencia de la infracción que denuncia.

6) Se debe reclamar oportunamente del vicio.

La nulidad procesal se puede reclamar solamente respecto de los actos jurídicos procesales realizados dentro del proceso pues los actos realizados fuera de él no pueden ser anulados por la vía de la nulidad procesal sino por otros medios que se determinan según cada caso particular. Por ejemplo, el contrato extrajudicial de transacción sólo puede dejarse sin efecto a través de la resciliación o de su resolución.

Si no es alegada dentro del proceso la nulidad procesal queda saneada y jamás se puede pretender anular en un juicio ordinario posterior un acto jurídico procesal realizado en un proceso que ya ha finalizado. Al efecto en el mensaje del Código de Procedimiento Civil se desconoce expresamente la acción ordinaria de nulidad para invalidar sentencias y sólo cabe interponer el recurso de casación para lograr ese resultado.

Dentro de los medios que franquea la ley para solicitar la declaración de nulidad procesal de un acto son aplicables en la especie los siguientes:

1º Declaración de oficio de nulidad por el tribunal.

2º Recurso de casación en la forma.

3º Casación en la forma de oficio.

4º Incidente de nulidad.

7) El solicitante no debe aceptar los efectos del acto ni aun tácitamente.

Si quien pretende solicitar la declaración de nulidad procesal de un acto ha aceptado los efectos de éste, ya sea expresa o tácitamente, se produce la llamada convalidación del acto nulo y, consecuentemente, su

saneamiento. Lo anterior constituye una aplicación de lo dispuesto en el artículo 83 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil.<sup>38</sup>

## **IX- INCIDENTES.**

Los incidentes se definen como todas aquellas cuestiones accesorias de un juicio que requieren de un pronunciamiento especial del tribunal.

La regulación de los incidentes en la Ley 19.968 tiene algunas características especiales pues constituye, por una parte, una manifestación del principio de la concentración del procedimiento y, por la otra, una excepción al mismo principio. También se da en el caso de los incidentes una excepción al principio de oralidad.

Se manifiesta el principio de la concentración en el caso de incidentes promovidos durante el transcurso de una audiencia pues, en esta situación,

---

<sup>38</sup> El inciso 2º del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil prescribe: “Toda nulidad se convalida con el consentimiento expreso o tácito del afectado.”

los incidentes planteados deben ser resueltos inmediatamente por el tribunal, previo debate.

Excepcionalmente puede postergarse la resolución de un incidente promovido en la audiencia respectiva cuando para ello es indispensable la producción de prueba que no ha sido posible prever con anterioridad. En este caso, antes de resolver, el juez debe determinar la forma y oportunidad en que debe rendirse la prueba.

Los incidentes que se promueven durante la tramitación del juicio pero no durante el transcurso de una audiencia deben ser presentados por escrito, exigencia que constituye una excepción al principio de la oralidad del procedimiento, y pueden ser resueltos de plano por el tribunal. Si el juez estima que es necesario oír a los demás interesados debe citar a una audiencia en la que se recibirá la prueba del incidente para luego resolverlo.

## **X- NORMAS SUPLETORIAS.**

En todo lo no regulado por la Ley 19.968 son aplicables las Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento establecidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil.

En caso de que las normas supletorias mencionadas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos establecidos por la Ley 19.968, especialmente respecto a la exigencia de oralidad, el juez debe disponer la forma en que debe practicarse la actuación correspondiente.

## **CAPITULO IV: PROCEDIMIENTO ORDINARIO LEY 19.968.**

### **I- NOCIONES GENERALES.**

La regulación positiva del procedimiento ordinario que se tramita ante los juzgados de familia se encuentra en el Título Tercero, Párrafo Cuarto, artículos 55 y siguientes de la Ley 19.968.

El procedimiento de que trata el Párrafo indicado es aplicable a todos los asuntos contenciosos respecto de los cuales no se haya establecido una regulación diferente en la misma Ley 19.968 u otras leyes y cuyo conocimiento corresponda a los juzgados de familia. En aquellos asuntos que sí tienen señalado un procedimiento distinto las reglas del Párrafo Cuarto se aplican con carácter de supletorias.

## **1) Inicio del procedimiento.**

El proceso ante los tribunales de familia, por regla general, puede comenzar por demanda oral o escrita y, cualquiera sea el caso, debe contener la individualización del demandante y de la persona contra la cual se dirige además de una exposición clara tanto de las peticiones que se formulan al tribunal como de los hechos en que se funda la demanda, pudiendo acompañarse a ella todos los documentos relacionados con la causa.

En caso de que la demanda se presente oralmente el tribunal debe levantar un acta en la que consignará por escrito los términos de la pretensión, acta que debe ser suscrita por la parte interesada luego de su lectura. En la práctica, cada tribunal de familia cuenta con formularios que pone a disposición de los interesados a fin de éstos consignen por escrito los términos de la demanda presentada verbalmente.

En el procedimiento ordinario procede reconvención, la que puede ser oral o escrita y debe cumplir los mismos requisitos de la demanda. Para

reconvenir oralmente debe hacerse en la audiencia preparatoria luego de contestar la demanda. En este caso se confiere traslado al actor y éste tiene dos opciones: contestar la reconvención en la misma audiencia o solicitar la suspensión de ésta, en el segundo caso el juez puede decretar la suspensión por un máximo de diez días fijando de inmediato nuevo día y hora para la continuación de la audiencia. En el caso de reconvención escrita ésta debe presentarse en conjunto con la contestación de la demanda a lo menos tres días antes de la audiencia preparatoria.

## **2) Comparecencia y representación.**

Las partes de un proceso seguido ante los tribunales de familia deben concurrir personalmente a las audiencias a que han sido citadas y, si cuentan con abogado patrocinante y apoderado, se exige la comparecencia personal sin perjuicio de la presencia de éstos. El juez puede eximir a una parte de comparecer en persona sólo en casos de excepción y debe hacerlo mediante resolución fundada.

Existe un caso especial que se produce cuando el demandado tiene su domicilio en un territorio jurisdiccional distinto a aquél en donde se presentó la demanda: tiene la opción de contestar la demanda y, en su caso, demandar reconvencionalmente, ante el juez de familia de su propio domicilio, caso en el cual debe designar a un representante para que comparezca en su nombre a las audiencias respectivas que se fijen por el primer tribunal.

### **3) Notificaciones.**

Las notificaciones en el procedimiento ordinario deben practicarse según las reglas generales señaladas en el apartado VI del Capítulo Tercero.

La notificación de la resolución que cita a las partes a la audiencia preparatoria puede practicarse personalmente o por otro medio idóneo, pero siempre con a lo menos diez días de antelación al de celebración de la audiencia y dicha resolución debe dejar constancia de que a la parte que no

asista le afectarán todas las resoluciones que se dicten en la audiencia sin necesidad de ulterior notificación.

#### **4) Audiencia Preparatoria.**

Luego de recibir la demanda el tribunal procede a citar a las partes a una audiencia preparatoria, en la cual el demandante debe ratificar oralmente el contenido de su demanda y, en caso de no haberlo hecho por escrito, el demandado debe proceder a contestar la demanda también en forma oral. A continuación se debe contestar la reconvenición si se hubiere deducido.

El juez de familia debe fijar dos fechas de audiencia y la segunda de ellas sólo procede en caso de que las partes no hayan sido oportunamente notificadas.

Si una de las partes desea oponer alguna excepción que no haya sido deducida antes de la audiencia por escrito, debe oponerla en el acto. Las excepciones opuestas por regla general se tramitan conjuntamente y se fallan en definitiva. La excepción a esta regla general la constituyen las

excepciones de incompetencia, falta de capacidad o de personería, prescripción y las que se refieren a la corrección del procedimiento, respecto de cualquiera de ellas el juez debe pronunciarse inmediatamente después de evacuado el traslado y sólo cuando estas excepciones aparezcan manifiestamente admisibles.

En la audiencia preparatoria se decretan las medidas cautelares que procedan y, en caso de existir medidas cautelares prejudiciales, el juez debe resolver si las mantiene o no. Posteriormente el tribunal debe promover la sujeción del conflicto a mediación o puede decretarla a petición de parte y, cualquiera sea el caso, si tiene lugar la mediación familiar se produce la suspensión del procedimiento judicial. Si no hay mediación corresponde al tribunal promover la conciliación total o parcial y proponer las bases del acuerdo a las partes.

A continuación el juez debe determinar el objeto del juicio, fijar los hechos sobre los cuales debe recaer la prueba y aprobar las convenciones probatorias que procedan, determinar qué pruebas deben rendirse, recibir la prueba que sea posible rendir en la misma audiencia y, por último, fijar la

fecha de la audiencia de juicio, la que debe llevarse a efecto en un plazo que no puede exceder de treinta días desde la celebración de la preparatoria.

### **5) Audiencia de Juicio.**

Una vez finalizada la audiencia preparatoria sin que se haya producido una solución alternativa al conflicto el juez debe dictar una resolución citando a las partes a juicio. Esta resolución debe contener la determinación del objeto del litigio, la indicación de los hechos que se tienen por acreditados, las pruebas que deben rendirse en juicio y la individualización de las personas que deben ser citadas a la audiencia respectiva. Las partes se entienden citadas a esta audiencia por el solo ministerio de la ley.

La audiencia de juicio debe llevarse a efecto en un solo acto pero puede prolongarse en sesiones sucesivas si es necesario y su objetivo es recibir la prueba admitida por el tribunal así como la decretada por éste.

Durante la celebración de la audiencia el juez debe verificar la presencia de los citados y luego declarar iniciado el juicio. A continuación debe señalar a los presentes el objetivo de la audiencia, disponer que hagan abandono de la sala los testigos y peritos que hubieran comparecido y adoptar las medidas necesarias para garantizar el adecuado desarrollo de la audiencia. En atención al último punto el juez puede disponer que estén presentes en la audiencia uno o más miembros del Consejo Técnico, así como la ausencia de los menores de edad o de algún miembro de su grupo familiar durante determinadas actuaciones, siempre que así lo exija el interés superior del menor. Posteriormente las partes deben proceder a rendir la prueba admitida por el tribunal y la ordenada por el juez.

#### **6) Sentencia.**

Por regla general una vez concluido el debate que se produce respecto a la prueba rendida el juez debe comunicar de inmediato su resolución a las partes, indicando los fundamentos principales que ha tenido en consideración para la dictación de la sentencia.

Excepcionalmente el juez puede postergar la decisión del caso hasta el día siguiente hábil cuando la audiencia de juicio se ha prolongado por más de dos días, pero en este caso debe fijar de inmediato la oportunidad en que va a comunicar su decisión. De esta situación de excepción debe informarse a las partes al término de la audiencia.

El juez de familia puede diferir la redacción del fallo por un plazo máximo de cinco días ampliable por el mismo término, en virtud de resolución fundada, y luego debe fijar la fecha en que tendrá lugar la lectura de la sentencia.

Las menciones que debe contener la sentencia definitiva están señaladas en el artículo 66 de la Ley 19.968 y son las siguientes:

- 1) El lugar y fecha de su dictación;
- 2) La individualización de las partes;
- 3) Una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes;
- 4) El análisis de la prueba rendida, los hechos que estima probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión;

- 5) Las razones legales y doctrinarias que sirven de fundamento al fallo;
- 6) La resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal;
- 7) El pronunciamiento sobre el pago de las costas del juicio.

## **II- DE LA PRUEBA.**

Esta materia está regulada positivamente en el Título Tercero, Párrafo Tercero, artículos 28 al 54 de la Ley 19.968.

La prueba consiste en el establecimiento, a través de los medios legales, de la verdad de un hecho que sirve de fundamento al derecho que se reclama.

Al respecto parte de la doctrina ha señalado que lo que se pretende establecer a través de la prueba no es la verdad de un hecho sino que la certeza de su existencia, esto debido a que el de verdad es un concepto objetivo y permanente en el tiempo y lo que hace el tribunal al pronunciar una sentencia no es emitir un juicio objetivo y absoluto sino sólo revelar

una convicción subjetiva sobre la existencia o inexistencia de determinados hechos. Por tratarse de una apreciación subjetiva es necesario establecer alguna forma de control de la convicción lo que significa que la certeza debe ser legitimada a través de la fundamentación del fallo, es decir, el juez debe incluir en la sentencia los razonamientos por medio de los cuales ha adquirido la certeza. En razón de lo anterior las sentencias sólo producen efectos relativos.

Existen diversos aspectos en relación con la prueba:

1º El objeto de la prueba, es decir, sobre qué hechos específicos debe recaer ésta según el criterio del juez.

El juez de familia, por regla general, debe fijar en la audiencia preparatoria los hechos sobre los cuales recaerá la prueba.

2º Los sujetos o personas que deben rendir la prueba.

Por regla general incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta (artículo 1.698 del Código Civil).

3° Los medios probatorios.

En los asuntos de que conocen los juzgados de familia se puede utilizar cualquier medio producido conforme a la ley que sea apto para producir fe.

4° La producción de la prueba, es decir, la proposición u ofrecimiento de la prueba, la admisibilidad del medio probatorio ofrecido, la ejecución o forma de rendir la prueba admitida por el tribunal, el tiempo en que debe producirse y su recepción.

En virtud de la concentración del procedimiento establecida por la Ley 19.968 todos los actos enumerados precedentemente se llevan a efecto en dos audiencias: la audiencia preparatoria y la de juicio.

5° La valoración de la prueba, es decir, la determinación del mérito probatorio o valor de convicción de cada medio de prueba.

El juez de familia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 19.968, debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

## **1) Libertad de prueba.**

En los juicios seguidos ante los tribunales de familia todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto pueden ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley.

En consecuencia, los medios de prueba de que puede hacerse uso en los procesos que se tramitan ante los juzgados de familia no se limitan a los señalados en el Código de Procedimiento Civil, es decir, además de los instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del tribunal, informes de peritos y presunciones puede utilizarse en juicio cualquier otro medio de prueba que sea apto para producir fe, por ejemplo, video grabaciones.

## **2) Ofrecimiento de prueba.**

El ofrecimiento de prueba consiste en la proposición que, por regla general, hacen las partes al tribunal respecto de la posibilidad de utilizar en juicio un medio de prueba determinado.

La libertad de prueba establecida por la Ley 19.968 permite a las partes ofrecer al tribunal todos los medios de prueba de que dispongan y las faculta para solicitar al juez que ordene la generación de otros medios probatorios de los cuales tengan conocimiento y cuya realización no dependa de ellas sino de un órgano o servicio público o de terceras personas, por ejemplo, pericias, documentos, certificaciones u otros.

El juez de familia también puede ordenar, de oficio, que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento que estime procedentes o los que considere necesario producir en atención al conflicto de que se trate.

### **3) Convenciones probatorias.**

La convención probatoria consiste en aquel acuerdo de las partes aprobado por el juez cuya finalidad es tener por acreditados ciertos hechos los que, en consecuencia, no podrán ser discutidos con posterioridad a la aprobación de la respectiva convención.

Por la importancia que reviste este acuerdo es esencial que las partes presten su consentimiento voluntariamente, en forma libre y con pleno conocimiento de los efectos de la convención, todo lo cual debe ser verificado por el juez antes de aprobarla.

Durante la audiencia preparatoria las partes tienen la posibilidad de solicitar conjuntamente al juez la aprobación de una convención probatoria y, antes de dar su aprobación, éste puede formular a las partes las proposiciones que estime convenientes. A continuación el juez debe verificar que concurren los requisitos de validez exigidos por la ley y sólo aprobará aquellas convenciones que no sean contrarias a derecho.

#### **4) Exclusión de prueba.**

No todos los hechos que se invocan en un juicio deben ser probados, en consecuencia, el juez sólo puede admitir la prueba que recae sobre los hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes del pleito.

En los procesos seguidos ante los tribunales de familia el juez debe ordenar, con fundamentos, que se excluya de ser rendida en la audiencia de juicio la prueba ofrecida cuando ésta posee alguna de las características siguientes:

- Es manifiestamente impertinente.
  
- Tiene por objeto acreditar hechos públicos y notorios.
  
- Resulta sobreabundante.
  
- Ha sido obtenida infringiendo garantías fundamentales.

Es impertinente aquella prueba que no tiene la trascendencia suficiente o que no se relaciona con los hechos del pleito; se refiere a hechos públicos y notorios la que pretende probar algún hecho o circunstancia que la generalidad de las personas conoce en determinado tiempo y lugar; es sobreabundante la tendiente a probar hechos respecto de los cuales se han admitido otros medios de prueba y la obtenida con infracción de garantías

fundamentales o prueba ilícita es la que no se ha producido en conformidad a la ley.

En doctrina se ha discutido acerca de si la exclusión de la prueba ilícita se extiende a todas las probanzas que tengan relación con ella o sólo al cuerpo de la infracción, es decir, supuesta una primera prueba ilícita como consecuencia de la cual se logra obtener otras pruebas que cumplen con el resguardo y respeto de los derechos fundamentales, ¿es legítimo utilizar esas pruebas obtenidas a partir de la original ilícita?

Un sector de la doctrina estima que no es legítimo pues toda prueba que se obtiene gracias a la infracción de garantías constitucionales siempre es consecuencia de la infracción y, por tanto, ilegítima como el quebrantamiento que la origina. Sostener lo contrario sería admitir que el ordenamiento jurídico puede mantenerse a costa de su propia vulneración, lo que configura una contradicción fundamental destructiva de la esencia del mismo.

Una opinión diferente manifiesta otro sector de la doctrina que considera que sí es legítimo utilizar las pruebas obtenidas a partir de una prueba ilícita pues la ineficacia de la prueba ilícita acarrea la invalidación de la prueba derivada de ella sólo cuando la primera es condición legítima de existencia de la segunda, es decir, si existe una mera dependencia cronológica, circunstancial o una derivación causal meramente fáctica no se invalida la prueba derivada de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales.

El juez de familia debe ordenar la exclusión de prueba durante la audiencia preparatoria con posterioridad a haber realizado el estudio de admisibilidad de las pruebas ofrecidas, resuelto las convenciones probatorias y escuchado a las partes asistentes.

### **5) Valoración de la prueba.**

En los procedimientos de familia el juez debe apreciar el mérito de los medios de prueba ofrecidos de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

El sistema de la sana crítica consiste en la valoración de la prueba según los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En este sistema el juez, al valorar la prueba, no se encuentra vinculado a disposiciones legales que determinen la eficacia de las pruebas o que establezcan los presupuestos bajo los cuales un hecho debe considerarse como acreditado.

Al pronunciar el fallo el juez de familia debe señalar a través de qué medios de prueba se dio por acreditado cada uno de los hechos del juicio con el objetivo de que se entienda el razonamiento empleado por el tribunal para concluir el contenido de la sentencia y, en sus fundamentos, debe hacerse cargo de toda la prueba rendida. Respecto de la prueba desestimada el juez debe indicar las razones que determinaron esa decisión.

#### **6) Forma de rendir la prueba.**

Durante la audiencia de juicio las partes deben rendir la prueba admitida por el tribunal presentando cada medio probatorio según el orden que ellas

fijen, comenzando por la del demandante y finalizando con la decretada por el juez.

A los testigos y peritos primero los interroga la parte que los presenta, luego la contraparte y, por último, el juez en caso de que desee pedir aclaraciones o adiciones a sus testimonios o a los de las partes. Los peritos pueden ser interrogados por las partes sólo después de haber expuesto el contenido y conclusiones de su informe.

Los documentos e informes presentados en juicio deben ser exhibidos y leídos en el debate a todos los asistentes. A continuación deben reproducirse los medios de prueba electrónicos como grabaciones, videos u otros medios que sean aptos para producir fe. La lectura o reproducción puede efectuarse en forma completa o resumida, ésta en caso de autorizarlo el juez con acuerdo de las partes.

Una vez que se haya rendido toda la prueba el juez puede consultar a algún miembro del Consejo Técnico y posteriormente cada parte puede

formular oralmente sus observaciones, comentarios y conclusiones pudiendo replicar los argumentos esgrimidos por la otra parte.

## **7) Medios de prueba en particular.**

### **7.1) Prueba Testimonial.**

Es un medio de prueba que consiste en la declaración que, bajo juramento y en las condiciones establecidas por la ley, hacen en el juicio personas extrañas a él que tienen conocimiento de los hechos controvertidos de la causa.

#### **7.1.1) Deber de comparecer y declarar.**

Todas las personas que son citadas por el juez de familia para que presten declaración testimonial tienen la obligación de concurrir, salvo aquellas que se encuentran legalmente exceptuadas, y de declarar la verdad sin ocultar datos relevantes.

La citación debe llevarse a cabo según las reglas generales y sólo en casos de urgencia, cuyo motivo debe constar, se puede citar a los testigos por cualquier medio.

#### 7.1.2) Renuencia a comparecer o a declarar.

El testigo legalmente citado tiene la obligación de concurrir a la audiencia respectiva bajo apercibimiento de arresto por falta de comparecencia. Si no comparece, sin tener justa causa para ello, se hace efectivo el apercibimiento y además el juez puede imponerle el pago de las costas que provoque por su inasistencia.

Cuando el testigo se niega a declarar, sin justa causa, la sanción que se le aplica es la de reclusión menor en su grado medio a máximo, según lo dispuesto por el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

### 7.1.3) Excepciones a la obligación de comparecencia.

No están obligados a concurrir al llamamiento judicial que se practica con el fin de citar a los testigos al tribunal el Presidente de la República y los ex Presidentes, los Ministros, los Parlamentarios, los miembros de la Corte Suprema, los integrantes del Tribunal Constitucional, el Contralor General de la República, el Fiscal Nacional, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros de Chile, el Director General de la Policía de Investigaciones, las personas que gozan en Chile de inmunidad diplomática y las personas que se encuentran imposibilitadas de comparecer por enfermedad grave u otro impedimento que debe ser calificado por el tribunal.

Cualquiera de estas personas, salvo las que gozan de inmunidad diplomática, puede renunciar a su derecho a no comparecer y en tal caso debe prestar su declaración según las reglas generales.

#### 7.1.4) Declaración de personas exceptuadas.

Respecto de las personas que no tienen la obligación de comparecer todas las mencionadas en el literal c) precedente, con excepción de las que gozan de inmunidad diplomática, deben ser interrogadas en su domicilio o en el lugar en que ejercen sus funciones y las partes siempre tienen derecho a asistir a la audiencia que se celebre al respecto, sin perjuicio de la facultad que cabe al juez de calificar las preguntas que se le hagan al testigo según su pertinencia y en atención a la investidura o estado de quien presta la declaración.

Las personas indicadas pueden proponer la fecha y el lugar de la audiencia y, en caso de no hacerlo, debe fijarlos el juez. La inasistencia del testigo a la audiencia fijada se sanciona según las reglas generales.

Las personas chilenas o extranjeras que gozan en Chile de inmunidad diplomática según los tratados internacionales vigentes deben prestar su declaración por medio de un informe dirigido al tribunal si consienten

voluntariamente en ello. Para estos efectos se les debe dirigir un oficio a través del ministerio respectivo.

#### 7.1.5) Principio de no autoincriminación.

El principio de la no autoincriminación consiste en el derecho que tiene todo testigo de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pueda acarrearle peligro de persecución penal por un delito.

También el testigo puede ejercer este derecho cuando cabe la posibilidad de que por su declaración incrimine a su cónyuge o conviviente, a sus ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, a su pupilo, guardador, adoptante o adoptado.

#### 7.1.6) Juramento o promesa.

El juramento o promesa que deben prestar todos los testigos mayores de dieciocho años antes de dar su declaración se refiere a la obligación que

adquiere el testigo de contestar con la verdad las preguntas que se le hagan sin ocultar nada de lo que pueda conducir al esclarecimiento de los hechos. A los testigos menores de edad se les exime del deber de prestar juramento o promesa y esta omisión debe constar en el registro y, en el caso de los testigos sordomudos, el juramento o promesa debe prestarlo la persona por cuyo intermedio el testigo da su declaración.

El juez, si lo estima necesario, puede instruir al testigo sobre el sentido del juramento o promesa, su obligación de ser veraz y las penas con las cuales la ley castiga el delito de falso testimonio.

#### 7.1.7) Individualización del testigo.

El testigo debe comenzar su declaración señalando sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo, residencia o domicilio, todo sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales.

#### 7.1.8) Declaración de testigos.

En los procesos seguidos ante los tribunales de familia no existen testigos inhábiles, pero esto no impide que las partes puedan cuestionar la credibilidad, imparcialidad o idoneidad del testigo interrogado.

Al prestar su declaración los testigos deben dar razón circunstanciada de sus dichos, expresando si presenciaron, dedujeron u oyeron los hechos que declaran.

Respecto de los testigos menores de edad la regla general es que sólo el juez puede interrogarlos, por lo tanto, las partes deben preguntar al menor por su intermedio. La excepción la constituye el interrogatorio directo que es autorizado por el juez cuando estima que no afectará al menor teniendo en cuenta su grado de madurez.

Los testigos sordos deben ser interrogados por escrito y los testigos mudos deben responder por escrito. Si no pueden darse a entender por

escrito o se trata de testigos sordomudos deben dar su declaración por intermedio de una o más personas que puedan entenderse con ellos.

#### 7.1.9) De la necesidad de intérprete.

Cuando el testigo no sabe castellano o español debe ser interrogado y se reciben sus contestaciones por medio de un intérprete mayor de dieciocho años que debe prestar juramento o promesa de desempeñar bien y fielmente su cargo.

#### 7.1.10) Efectos de la comparecencia respecto de otras obligaciones.

Cuando el testigo legalmente citado deja de cumplir alguna obligación laboral, educativa o de otra naturaleza por comparecer a la audiencia a que ha sido citado, esta comparecencia constituye siempre justificación suficiente y no puede ocasionarle consecuencias jurídicas adversas bajo ninguna circunstancia.

## **7.2) Prueba Pericial.**

Prueba pericial es la que se produce por medio de peritos. Los peritos son aquellas personas extrañas al juicio que, poseyendo conocimientos especializados sobre alguna ciencia o arte, informan al tribunal sobre determinados hechos controvertidos para cuya apreciación se requiere de tales conocimientos.

### **7.2.1) Procedencia.**

La prueba pericial procede en los casos determinados por la ley y siempre que se requieran conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio para la apreciación de algún hecho relevante para la causa.

Las partes pueden presentar informes de peritos de su confianza acreditando la idoneidad de éstos y solicitar al juez que los cite a declarar a la audiencia de juicio. El juez de familia, de oficio o a petición de parte y en caso de estimarlo indispensable, puede solicitar la elaboración de un

informe de peritos a algún órgano público u organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores que reciba aportes del Estado.

#### 7.2.2) Contenido del informe de peritos.

El informe de peritos debe entregarse por escrito. Este informe escrito debe contener la descripción de la persona, hecho o cosa que es objeto de él y del estado y modo en que se encuentra, la relación circunstanciada de los procedimientos practicados y sus resultados y las conclusiones a que arriba el perito.

En los casos en que el juez solicita la elaboración de un informe éste debe entregarse con, a lo menos, tres días de anticipación a la audiencia de juicio.

### 7.2.3) Admisibilidad de la prueba pericial y remuneración de los peritos.

El juez de familia debe admitir la prueba pericial cuando considere que los peritos otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo, pudiendo limitar su número en ciertos casos.

Los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de peritos corresponden a la parte que los presenta.

### 7.2.4) Improcedencia de inhabilitación de los peritos.

En los procesos seguidos ante los tribunales de familia no procede la inhabilitación de los peritos, sin perjuicio de la posibilidad que cabe a las partes y al juez de interrogarlos durante la audiencia de juicio a fin de determinar su objetividad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones.

#### 7.2.5) Declaración de peritos.

La declaración de los peritos se rige por las normas establecidas para los testigos y, en caso de negativa del perito a prestar declaración, sin justa causa, se le puede sancionar con reclusión menor en su grado medio a máximo.

Excepcionalmente el juez puede eximir al perito de la obligación de concurrir a prestar declaración con acuerdo de las partes y, en tal caso, se admite el informe pericial como prueba.

### **7.3) Declaración de las partes.**

#### 7.3.1) Procedencia.

Procede la declaración de las partes cuando una de ellas solicita al juez que cite a declarar a la otra sobre los hechos y circunstancias de que tenga noticia y que guarden relación con el objeto del juicio.

### 7.3.2) Contenido de la declaración y admisibilidad de las preguntas.

Las preguntas a las partes deben formularse precisa y claramente ya sea en forma afirmativa o interrogativa, sin incorporar valoraciones ni calificaciones, para su mejor entendimiento.

El juez, previo debate, debe resolver las objeciones formuladas con respecto a la claridad y precisión de las preguntas y a la pertinencia de los hechos que motivan la declaración.

### 7.3.3) Sanción por la no comparecencia.

Si la parte legalmente citada no comparece a la audiencia de juicio, se niega a declarar o da respuestas evasivas, el juez puede tener por reconocida la veracidad de los hechos afirmados por la parte que solicitó la declaración.

En la citación debe apercibirse a la parte acerca de los efectos de su incomparecencia, negativa a declarar o respuestas evasivas.

#### 7.3.4) Facultades del tribunal.

El juez puede solicitar a las partes, al término de su declaración, las aclaraciones o adiciones que estime necesarias. En caso de comparecer personalmente las partes, autorizadas por el juez, pueden efectuarse recíprocamente preguntas y observaciones, las que deben servir para determinar los hechos relevantes del proceso. El juez de oficio puede rechazar las preguntas que considere impertinentes o inútiles.

#### **7.4) Medios de prueba no regulados expresamente.**

En los procesos seguidos ante los tribunales de familia se pueden admitir como medios de prueba películas cinematográficas, fotografías, fonografías, video grabaciones y cualquier otro sistema de reproducción de imagen o sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe. El juez debe determinar la forma de incorporar estos medios al proceso, de ser posible de acuerdo al medio más análogo.

### **III- REGIMEN DE RECURSOS.**

Los recursos son actos jurídicos procesales de parte o de quien tiene legitimación para actuar mediante los cuales se impugna una resolución judicial, dentro del mismo proceso en que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que se le ha causado al recurrente con su dictación.

#### **1) Reglamentación.**

El régimen de recursos que contempla la Ley 19.968 se encuentra regulado en su artículo 67, que dispone que las resoluciones que se dictan en los procedimientos de familia son impugnables a través de los recursos y en las formas que establece el Código de Procedimiento Civil con las modificaciones que expresamente indica, siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la Ley 19.968.

En relación con este punto las modificaciones que establece la ley se refieren a los recursos de reposición, apelación y casación en la forma, aplicándose a los restantes las normas generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

## **2) Recurso de Reposición.**

Se define como el acto jurídico procesal de impugnación que emana exclusivamente de la parte agraviada y que tiene por objeto solicitar al mismo tribunal que dictó la resolución recurrida que la modifique o que la deje sin efecto.

La solicitud de reposición en los procesos seguidos ante los tribunales de familia debe presentarse dentro de tercero día desde la notificación de la resolución a menos que dentro de dicho término tenga lugar una audiencia, en cuyo caso debe interponerse y resolverse la reposición dentro de la audiencia.

Si la resolución se pronuncia durante la celebración de una audiencia se debe solicitar la reposición en el acto y debe resolverse en la misma audiencia.

### **3) Recurso de Apelación.**

Es un acto jurídico procesal por medio del cual la parte agraviada a consecuencia de la dictación de una resolución judicial solicita al mismo tribunal que dictó la resolución que eleve el conocimiento del asunto al tribunal superior jerárquico con el objeto de que éste la enmiende con arreglo a derecho.

En los procesos seguidos ante los tribunales de familia sólo son apelables las resoluciones siguientes: la sentencia definitiva de primera instancia, las resoluciones que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación y las que se pronuncian sobre medidas cautelares.

En cualquier caso la apelación debe entablarse por escrito y se concede en el solo efecto devolutivo. Excepcionalmente se concede en ambos

efectos cuando se trata de sentencias definitivas dictadas al conocer de los asuntos a que se refieren los numerales nueve, once, catorce, dieciséis y diecisiete del artículo 8º de la Ley 19.968<sup>39</sup>.

El tribunal de alzada debe conocer y fallar el recurso en una audiencia a la que las partes se entienden citadas por el solo ministerio de la ley y no es necesario esperar la comparecencia de las partes para resolver.

Una vez efectuada la relación los abogados pueden dividir el tiempo de sus alegatos para replicar al abogado de la otra parte.

#### **4) Recurso de Casación en la Forma.**

Es el acto jurídico procesal a través del cual la parte agraviada solicita al tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia de un tribunal inferior por haber sido pronunciada ésta con prescindencia de los requisitos

---

<sup>39</sup> Estos asuntos son los siguientes: 9) ver nota 33; 11) La autorización para la salida de menores de edad del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley; 14) El procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la Ley N° 19.620; 16) Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil; y, 17) Las declaraciones de interdicción.

legales o por emanar de un procedimiento viciado o tramitado con omisión de las formalidades esenciales que la ley establece para su validez.

Procede este recurso sólo en contra de las sentencias definitivas de primera instancia y de las interlocutorias de primera instancia que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación.

En los procedimientos de familia el recurso de casación en la forma sólo puede fundarse en las causales de los números 1º, 2º, 4º, 6º, 7º y 9º del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil o en haber sido dictada la sentencia con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 66 de la Ley 19.968.

La exigencia de patrocinio prevista en el inciso final del artículo 772 del Código de Procedimiento Civil se entiende cumplida por la sola circunstancia de interponer el recurso el abogado que patrocine la causa.

## **CAPITULO V: PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE PROTECCION.**

### **I- REGLAMENTACION.**

La regulación positiva del procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los menores de edad se encuentra en el Título Cuarto, Párrafo Primero, artículos 68 y siguientes de la Ley 19.968. En todo lo no previsto por el título señalado se debe aplicar lo dispuesto en el Título Tercero de la misma ley.

### **II- CARACTERISTICAS.**

- 1) Es un procedimiento extraordinario.
- 2) Es un procedimiento especial.
- 3) Es un procedimiento desformalizado.

4) Se trata de un procedimiento breve y concentrado.

5) Es un procedimiento oral.

En este punto nos remitimos a lo señalado en el apartado III del Capítulo Primero.

### **III- COMPARECENCIA DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.**

En la especie basta con la solicitud de protección para dar por iniciado el procedimiento, requerimiento que puede efectuar personalmente el niño, niña o adolescente.

Sin perjuicio de esta posibilidad es indispensable que los menores de edad cuyos intereses se vean involucrados cuenten con la debida representación y, en este punto, nos remitimos a lo señalado en el apartado II del Capítulo Tercero.

En el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección tiene plena cabida el derecho del menor de edad a ser oído y a que se tenga debidamente en cuenta su opinión en consideración a su edad y madurez. Así lo señala expresamente el artículo 69.

Para efectos del derecho del menor a ser oído el juez puede escucharlo en las audiencias preparatoria y de juicio a que se refieren los artículos 72 y 73, respectivamente, así como en otra especial que se fije al efecto. Estas audiencias deben llevarse a cabo en un ambiente adecuado y cautelando la salud física y psíquica del niño, niña o adolescente.

#### **IV- INICIO DEL PROCEDIMIENTO.**

El procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección puede ser iniciado de oficio por el juez de familia o a requerimiento de cualquiera de las personas siguientes:

- el menor de edad que requiere protección,

- sus padres,
- las personas que lo tienen bajo su cuidado,
- los profesores o el director del establecimiento educacional al que asiste,
- los profesionales de la salud de los servicios en que se atiende,
- el Servicio Nacional de Menores,
- cualquier persona que tenga interés en ello.

El requerimiento o solicitud de protección presentado por cualquiera de estas personas no debe cumplir con formalidad alguna, bastando la solicitud para dar por iniciado el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los menores de edad.

## **V- MEDIDAS CAUTELARES ESPECIALES.**

Las medidas cautelares son aquellas resoluciones judiciales que tienen por objeto otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la

providencia definitiva, con la finalidad de prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma.

En lo que dice relación con la potestad cautelar de los jueces de familia nos remitimos a lo señalado en el apartado V del Capítulo Tercero.

### **1) Procedencia de las medidas cautelares.**

Si bien la Ley 19.968 dispone que por regla general los jueces de familia pueden decretar las medidas cautelares que estimen procedentes, en este procedimiento sólo pueden aplicarse las medidas señaladas expresamente en el artículo 71 de la misma ley.

Cuando el juez estime que es necesaria la adopción de alguna medida cautelar a fin de proteger los derechos del niño, niña o adolescente puede decretarla en cualquier estado del juicio e incluso antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona con interés en ello.

En caso de decretar medidas cautelares prejudiciales el juez debe fijar la fecha de la audiencia preparatoria para dentro de los cinco días siguientes al de adopción de la medida.

## **2) Enunciación de las medidas.**

Las medidas cautelares especiales que puede adoptar el juez de familia están taxativamente enumeradas en el artículo 71 de la Ley 19.968 y son las siguientes:

- a) La entrega inmediata del menor a sus padres o a quienes tengan su cuidado de acuerdo a la ley.
  
- b) En casos de urgencia, la de confiar provisoriamente al menor al cuidado de una persona o familia distinta a la suya. En estos casos el juez debe dar preferencia los parientes consanguíneos del menor o a otras personas con las que él tenga una relación de confianza.

- c) El ingreso del menor, por el tiempo estrictamente indispensable, a un programa de familias de acogida o a un centro residencial.
- d) Disponer la concurrencia del menor de edad, de sus padres o de las personas que lo tienen bajo su cuidado a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, con la finalidad de que puedan enfrentar y superar las situaciones de crisis en que se encuentren. En estos casos el juez debe impartir las instrucciones que considere pertinentes.
- e) La suspensión del derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas y/o regulares con el menor de edad. Procede esta suspensión ya sea que el derecho se haya establecido por resolución judicial o no.
- f) La prohibición o limitación de la presencia del ofensor en el hogar común.
- g) La de prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio o trabajo del menor de edad.

En caso de que el niño, niña o adolescente y el ofensor concurren al mismo establecimiento, el juez debe adoptar las medidas específicas que considere necesarias para resguardar los derechos del menor de edad.

h) La internación del menor en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado.

Para adoptar esta medida cautelar el juez debe considerar indispensable la internación del menor en alguno de los establecimientos mencionados por existir una amenaza a su vida o salud y la necesidad de contar con los servicios que esos lugares ofrecen.

i) La prohibición para el menor de edad sujeto de la petición de protección de salir del país.

En ningún caso una medida decretada por el juez en conformidad al artículo 71 puede durar más de noventa días. Una vez transcurrido este plazo se produce la cesación de la medida adoptada y sólo procede su renovación cuando el juez, en atención a las circunstancias y antecedentes

de la causa, estima que los derechos del niño, niña o adolescente sujeto de protección aún son vulnerados o amenazados gravemente.

La resolución que determina la imposición de una medida cautelar debe fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para justificar la adopción de la medida, fundamentos de los cuales debe dejarse constancia expresa en la resolución respectiva. Si lo estima necesario para el adecuado cumplimiento de la medida decretada el juez puede requerir el auxilio de Carabineros de Chile.

Bajo ninguna circunstancia el juez de familia puede ordenar como medida de protección el ingreso del menor de edad a un establecimiento penitenciario para adultos.

Cuando una medida implica separar al menor de edad de uno o ambos padres o de las personas que lo tienen bajo su cuidado sólo puede adoptarse si se da cumplimiento a los siguientes requisitos:

1° Que la separación sea estrictamente necesaria para salvaguardar los derechos del menor de edad.

2° Que no exista otra medida más adecuada al efecto.

La exigencia de estos requisitos tiene su fundamento en lo dispuesto por el párrafo 1° del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>40</sup>. La resolución que decreta la adopción de la medida de separación debe ser fundada y el juez, según las circunstancias, debe dar preferencia los parientes consanguíneos del menor o a otras personas con las que él tenga una relación de confianza y sólo en defecto de estas personas debe confiarlo a un establecimiento de protección. A este tipo de medidas se refiere el artículo 74.

---

<sup>40</sup> El párrafo 1° del artículo 9 de la Convención dispone: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

### **3) Suspensión, modificación y cesación de medidas.**

El juez de familia puede suspender, modificar o dejar sin efecto la medida adoptada cuando en virtud de las circunstancias considere que se justifica esa decisión, la que puede adoptar de oficio o a requerimiento del menor de edad, de uno o ambos padres del menor, de las personas que lo tienen bajo su cuidado o del director del establecimiento o responsable del programa en que se cumple la medida.

El juez puede citar a una única audiencia para efectos de escuchar a las partes y recibir los antecedentes que sirven de fundamento a la solicitud de suspender, modificar o revocar la medida adoptada, siempre que lo estime necesario para resolver.

Las medidas adoptadas respecto de un menor de edad cesan en cualquiera de los casos siguientes:

- Cuando el niño, niña o adolescente alcanza la mayoría de edad.

- Cuando el menor sujeto de protección es adoptado conforme a la ley.
- Cuando ha transcurrido el plazo por el cual se decretó la medida sin que ésta haya sido modificada o renovada.

## **VI- AUDIENCIA PREPARATORIA.**

Una vez iniciado el procedimiento de protección el juez debe fijar la audiencia preparatoria para dentro de los cinco días siguientes. A esta audiencia debe citar al menor de edad, a sus padres y/o a las personas que lo tienen bajo su cuidado y a todos los que puedan aportar antecedentes relevantes para una adecuada resolución del asunto.

Durante la audiencia preparatoria el juez debe informar a las partes sobre las etapas del procedimiento y los derechos y deberes de los involucrados. Las partes, a su vez, pueden consultar al tribunal respecto de las dudas e inquietudes que les surjan. A los menores de edad involucrados se les debe informar en un lenguaje comprensible para ellos.

En el transcurso de la audiencia el juez debe indagar acerca de la situación que ha motivado el inicio del proceso y la forma en que esto afecta al menor, así como sobre las identidades de las personas involucradas en los hechos que provocan la afectación de los derechos del niño, niña o adolescente. Luego de oír a los presentes el juez, según las reglas generales, debe dictar una resolución que contenga la individualización de las partes, la determinación del objeto del juicio, la indicación de las pruebas que deben rendirse y la fijación de la fecha de la audiencia de juicio, la que debe llevarse a efecto en un plazo que no puede exceder de diez días desde la celebración de la preparatoria, y debe recibir de inmediato la prueba que sea posible rendir en la misma audiencia.

## **VII- AUDIENCIA DE JUICIO.**

Al finalizar la audiencia preparatoria el juez debe dictar una resolución y en su virtud las partes quedan citadas a la audiencia de juicio.

El objetivo de la audiencia de juicio es recibir la prueba admitida por el tribunal así como la decretada por éste y decidir el asunto sometido a conocimiento del juez.

En esta audiencia se pueden objetar los informes evacuados por peritos y, al efecto, el juez puede hacerse asesorar por uno o más miembros del Consejo Técnico.

### **VIII- SENTENCIA.**

En el procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección el juez, antes de pronunciar la sentencia, debe intentar que las partes lleguen a un acuerdo respecto a la forma de resolver la situación que afecta al menor de edad que requiere protección. Si no es posible el acuerdo el juez, una vez terminada la audiencia correspondiente, debe pronunciar oralmente el fallo.

Al pronunciar la sentencia el juez debe hacer las menciones siguientes:

- 1) La indicación de la medida adoptada.
- 2) Los fundamentos de la necesidad y conveniencia de adoptar esa medida.
- 3) Los objetivos que pretende se cumplan con la medida.
- 4) El tiempo de duración de la medida.

El juez debe explicar claramente a las partes la naturaleza y objetivos de la medida adoptada, los fundamentos que sustentan la adopción de esa medida y su duración.

## **IX- DEL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCION.**

### **1) Obligación de informar acerca del cumplimiento de las medidas adoptadas.**

El director del establecimiento en que se cumple la medida o el responsable del programa al que concurre el menor, en su caso, tiene la obligación de informar periódicamente al juez acerca de la forma en que se

está llevando a cabo la medida, la situación en que se encuentra el menor sujeto de protección y los avances que se han ido alcanzando con miras a conseguir los objetivos establecidos en la sentencia.

El informe mencionado debe evacuarse cada tres meses salvo que el juez señale un plazo mayor, mediante resolución fundada, el que en todo caso no puede exceder de seis meses y al momento de analizar y ponderar los informes evacuados el juez de familia puede hacerse asesorar por uno o más miembros del Consejo Técnico.

## **2) Incumplimiento de las medidas adoptadas.**

Si los padres del menor, las personas que lo tienen bajo su cuidado o cualquier otra persona impide la ejecución de la medida adoptada el organismo responsable de la ejecución o seguimiento de la medida debe comunicar esa situación al tribunal, a la mayor brevedad posible, con el fin de que el juez adopte las medidas que estime conducentes para la obtención de los resultados esperados. El organismo responsable también puede

proponer que se sustituya la medida adoptada por otra que permita alcanzar los objetivos fijados.

Frente al incumplimiento de la medida adoptada el juez puede:

- Ordenar el cumplimiento forzado de la medida señalando los apremios pertinentes, o
  
- Decretar la sustitución de la medida adoptada, cuando proceda.

### **3) Obligación de visita de establecimientos residenciales.**

Los jueces de familia tienen la obligación de visitar personalmente todos los establecimientos residenciales en que se cumplan medidas de protección ubicados dentro del territorio jurisdiccional del tribunal. Estas visitas pueden efectuarse en cualquier momento con un lapso intermedio que no puede ser superior a seis meses.

Si dentro del territorio jurisdiccional del tribunal existe más de un juez de familia las visitas deben efectuarse por turnos, según el orden que fije al respecto el juez Presidente del Comité de Jueces del juzgado de familia respectivo.

El incumplimiento de la obligación de visita por parte del juez se considera como una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales.

El director de cada establecimiento debe facilitar al juez el acceso a todas las dependencias del lugar y permitirle la revisión de los antecedentes individuales de cada niño, niña o adolescente que se atiende en el establecimiento visitado. Además debe intentar que se den las condiciones necesarias para garantizar que los menores de edad puedan emitir sus opiniones libremente y en forma independiente.

Después de cada visita el juez debe evacuar un informe con las conclusiones obtenidas y remitirlo al Servicio Nacional de Menores.

Los jueces de familia, sin perjuicio de su obligación de visitar los establecimientos residenciales, siempre pueden visitar los centros, programas y proyectos de carácter ambulatorio en los cuales se cumplan medidas de protección ubicados dentro de su territorio jurisdiccional.

### **X- DERECHO DE AUDIENCIA CON EL JUEZ.**

Los niños, niñas o adolescentes respecto de los cuales se encuentra vigente una medida de protección judicial tienen derecho a que el juez los reciba personalmente en una audiencia fijada al efecto. Esto constituye aplicación del principio de la inmediación y le permite al niño, niña o adolescente ejercer su derecho a ser oído.

El menor de edad puede solicitar la audiencia por sí mismo o a través de sus padres, de las personas que lo tienen bajo su cuidado o del director del establecimiento o responsable del programa en que se está cumpliendo la medida.

En el transcurso que media entre la petición de protección y la adopción de alguna medida cautelar, el niño, niña o adolescente sujeto de la petición tiene derecho a ser oído en las audiencias preparatoria y de juicio así como en otra especial que se fije al efecto la que, en todo caso, debe desarrollarse en un ambiente adecuado y cautelando la salud física y psíquica del menor de edad.

Durante la tramitación del procedimiento especial de protección el juez tiene la obligación de escuchar y tener debidamente en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente sujeto de la petición según su edad y el grado de madurez que presente. Esto significa que el niño, niña o adolescente puede expresarse libremente y emitir su opinión respecto de las decisiones que se adopten en el juicio.

## **CAPITULO VI: DERECHO COMPARADO.**

### **I- ESPAÑA.**

En el Derecho de Menores español es posible distinguir dos facetas claramente diferenciadas: la reforma de menores de edad que han infringido la ley y la protección de menores en situación de desprotección social.

Esta distinción en el Derecho de Menores chileno ya está planteada por la Ley 16.618 la que, no obstante, otorga un mismo tratamiento a los menores infractores de ley y a los que se encuentran en una situación de riesgo social. La entrada en vigencia de la Ley 19.968, que establece un procedimiento de protección aplicable a menores de edad no infractores de ley y a los que han obrado sin discernimiento cuyos derechos están amenazados o vulnerados, y la aprobación de la nueva Ley de

Responsabilidad Penal Juvenil constituyen un avance en este sentido por cuanto establecen regulaciones y tratamientos diferentes para los menores que requieren protección sin haber infringido la ley o que han obrado sin discernimiento y para los que se estima que lo han hecho.

En España la primera faceta se encuentra regulada por la Ley Orgánica 5/2000 sobre Responsabilidad Penal de Menores, la que establece un procedimiento penal aplicable a menores de edad infractores de ley cuyo objetivo fundamental, basándose en el principio del interés superior del menor, es educar al menor de edad a fin de conseguir su rehabilitación e integración en la sociedad.

La protección de menores está regulada por la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica de Menores, la cual debe complementarse con los artículos atinentes del Código Civil (en especial artículos 172, 173, 173 bis y 174). Las disposiciones de la LO 1/1996 son aplicables a los menores de dieciocho años que se encuentren dentro del territorio español.

La Ley Orgánica 1/1996, al igual que la Ley 19.968, establece como principio fundamental el del interés superior del menor pero, a diferencia de la Ley 19.968, expresa claramente su alcance al señalar que éste debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir al momento de aplicar la ley. También se establece como principio general el carácter educativo que debe tener cualquier medida que se adopte al amparo de ella.

En la LO 1/1996, teniendo como base la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales, se incorpora un catálogo de derechos y garantías cuyos titulares son las personas menores de edad, entre ellos, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, el derecho a la libertad ideológica y de expresión, el derecho de participación, asociación y reunión y el derecho a ser oído. La Ley 19.968, en cambio, no establece un catálogo taxativo de derechos sino que incorpora, con el carácter de principios formativos de los procedimientos de familia, algunos de ellos, como la protección a la intimidad, el interés superior del menor y su derecho a ser oído.

A fin de facilitar el ejercicio efectivo de los derechos enunciados la LO prescribe que las Administraciones Públicas deben facilitar a los menores de edad que lo soliciten la asistencia adecuada para ejercer efectivamente sus derechos así como la ayuda necesaria para garantizar el respeto de los mismos. En este sentido la misma Ley prescribe que los poderes públicos deben regir su actuar por los siguientes principios:

- la supremacía del interés del menor,
- el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés,
- la integración familiar y social del menor,
- la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal,
- sensibilizar a la población ante situaciones de indefensión del menor,
- promover la participación y solidaridad social, y
- la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas.

El presupuesto necesario para adoptar alguna medida de protección es que un menor de dieciocho años se encuentre en una situación de desprotección social. Al efecto la LO distingue, dentro de la desprotección social, entre situaciones de riesgo y situaciones de desamparo.

En la legislación nacional la doctrina preponderante hasta hace algunos años es la de la denominada “situación irregular o de riesgo social” entendiéndose por tal aquella situación en que un menor de edad se encuentra cuando, estando o no dentro de su familia y habiendo o no infringido la ley, carece de supervisión adulta y es recogido de la calle por la autoridad competente y puesto a disposición del tribunal. Recientemente se ha incorporado a nuestra legislación la Doctrina de la Protección Integral que, teniendo como base la Convención, sostiene que se deben respetar y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas menores de edad, por ejemplo, si un menor que no ha infringido la ley requiere protección debe adoptarse alguna medida preferentemente sin separarlo de su familia nuclear o extensiva y si la ha infringido debe ser juzgado en un debido proceso que respete su calidad de menor de edad y que tienda a su rehabilitación e integración familiar y social.

Para el Derecho de Menores español, en cambio, la situación de riesgo es aquella que se caracteriza por la existencia de un perjuicio para el menor de edad que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. En estos casos la entidad pública debe intervenir para intentar eliminar los factores de riesgo y dificultad social presentes dentro de la familia que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor debiendo garantizar, en todo caso, sus derechos subjetivos. A fin de dar protección al menor la entidad pública debe poner en marcha las actuaciones pertinentes para reducir la situación de riesgo y realizar un seguimiento de la evolución del menor en su familia.

La situación de desamparo es aquella que se caracteriza por la existencia de un perjuicio de tal gravedad que hace aconsejable la separación del menor de edad de su familia. El Código Civil en su artículo 172 la define como “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. En este caso la entidad pública competente debe intervenir para proteger al menor asumiendo su tutela, con

la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria para quien la poseía. La calificación de la gravedad de la situación de desprotección de un menor de edad le corresponde a la entidad pública competente según cada caso particular. Cuando la entidad competente considera que un menor de edad se encuentra en situación de desamparo por el solo ministerio de la ley asume la tutela del mismo y debe adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, debiendo informar al respecto al Ministerio Fiscal.

En Chile no existe la figura de la asunción de la tutela por el solo ministerio de la ley con la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela para los padres o tutores pues de acuerdo con nuestra legislación la suspensión de la patria potestad y la emancipación judicial que pone fin a la patria potestad deben ser decretadas por el juez y sólo pueden fundarse en alguna de las causales expresamente establecidas en los artículos 267 y siguientes del Código Civil. Por ejemplo el maltrato habitual o el abandono del hijo son causales de emancipación salvo que corresponda al otro padre ejercer la patria potestad.

La distinción entre situación de riesgo y de desamparo no está contemplada expresamente en la legislación nacional. La Ley 19.968 establece el concepto general de “vulneración o amenaza de los derechos de un menor de edad” como presupuesto básico para la adopción de una medida de protección a su respecto, en consecuencia, tanto la situación de riesgo como la de desamparo pueden subsumirse dentro del concepto general señalado.

La LO 1/1996 no hace una enumeración de las medidas de protección pero, en términos generales, las medidas que pueden adoptarse en caso de desprotección social de un menor son las siguientes:

- 1) Intentar reducir los factores de riesgo en caso de encontrarse un menor de edad en situación de riesgo.
  
- 2) Cuando se trata de un menor en situación de desamparo la entidad pública asume la tutela del mismo por el solo ministerio de la ley.

3) Cuando los padres o tutores de un menor de edad no pueden cuidar de él por circunstancias graves tienen la posibilidad de solicitar a la entidad pública que asuma su guarda.

4) El juez puede determinar que la entidad pública asuma la guarda de un menor de edad en los casos en que legalmente proceda.

En todos estos casos, salvo el del número uno, la guarda se realiza mediante el acogimiento de menores.

La Ley 21/1987 que modifica determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil introdujo a la legislación española la figura del “acogimiento familiar”, la que fue recogida y perfeccionada por la LO 1/1996. En virtud de esta figura cuando un menor de edad se encuentra en una situación de desprotección que amerita su separación del núcleo familiar la entidad pública, con consentimiento de los padres, tutores o guardadores, o el juez, en caso de no existir consentimiento, puede acordar la constitución del acogimiento de menores, el que puede ser familiar o residencial según se lleve a cabo en la familia extensa del menor

u otra que se ofrezca para ello o en un centro funcional. El acogimiento familiar lo deben ejercer las personas que determine la entidad pública y el residencial el Director del centro donde sea acogido el menor.

El acogimiento familiar puede revestir tres modalidades: simple o transitorio, permanente o preadoptivo. Para formalizar el acogimiento se requiere el consentimiento de la entidad pública, de las personas que reciben al menor, de éste si tiene más de doce años y de sus padres o tutores en caso de que no estén privados de la patria potestad. En situaciones urgentes la entidad pública puede acordar un acogimiento familiar provisional sin el consentimiento o contra la oposición de los padres o tutores del menor de edad que puede extenderse sólo hasta que el juez resuelva al respecto.

De acuerdo con lo prescrito por la Ley 19.968 en casos de urgencia el juez puede confiar el cuidado del menor a una persona o familia distinta a la suya o enviarlo a un programa de familias de acogida, sin embargo, la figura del acogimiento de menores como tal no se encuentra regulada en la legislación chilena.

El sistema de protección de derechos español se asemeja al sistema de autoridad principalmente por la asunción de la tutela por parte de la entidad pública en caso de que un menor se encuentre gravemente desprotegido.

## **II- ARGENTINA.**

El Congreso argentino sanciona con fecha 28 de septiembre de 2005 la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la que es promulgada de hecho el 21 de octubre y publicada en el Boletín Oficial de fecha 26 de octubre de 2005.

La Ley 26.061 deroga a la antigua Ley 10.903 de Patronato de Menores o “Ley Agote” vigente en Argentina desde el 21 de octubre de 1919 la que, al igual que la Ley de Menores 16.618, está basada en la doctrina de la situación irregular. De acuerdo con la Ley 10.903 las funciones que incumben al Estado para ejercer los poderes jurídicos necesarios para asumir la asistencia, educación, guarda, protección y representación de los menores que carecen de representantes legales o que aun teniéndolos se

encuentran en situación de abandono o peligro, se enmarcan dentro del concepto general de “patronato del Estado o patronato de menores”. La Ley 10.903 le otorga al juez de menores una amplia competencia para intervenir en la vida de niños y adolescentes hasta los 21 años no sólo cuando han infringido leyes penales sino también cuando se considera que éstos se encuentran en una situación de riesgo o peligro material o moral. A través del instrumento de la tutela judicial el juez puede disponer de un menor incluso internándolo en alguna institución por tiempo indeterminado. Los menores en riesgo social y aquellos que han infringido la ley penal reciben el mismo tratamiento y si el juez de menores considera que un menor de edad se encuentra en una situación de peligro material o moral, independientemente de si ha infringido o no la ley, puede disponer de él tomando la medida que estime conveniente y con la duración que decida, generalmente, la internación por un tiempo indeterminado.

El régimen aplicable a los menores de edad que han infringido la ley penal es el establecido por la Ley 22.278 de 1980 modificada por la Ley 22.803 de Régimen Penal de Menores. Respecto de los menores no punibles o inimputables (los que no han cumplido 16 años y los menores

de entre 16 y 18 que cometan delitos de acción privada) y de los relativamente imputables (menores de entre 16 y 18 años que cometan delitos de acción penal pública) el juez puede adoptar medidas tutelares de protección como la internación en institutos especializados.

En el año 1994 Argentina incorpora a la Constitución Nacional la Convención sobre los Derechos del Niño y, de ese modo, se obliga a adecuar su legislación interna a los principios generales establecidos en ella. Un paso importante en ese sentido lo constituye la aprobación de la Ley 26.061.

La Ley 26.061 establece la aplicación obligatoria de la Convención y consagra el interés superior del menor como principio fundamental, disponiendo su prioridad absoluta al formular y ejecutar las políticas públicas pertinentes. A continuación establece un catálogo de derechos para las personas menores de edad que en gran medida constituye una reiteración de lo prescrito en la Convención, entre ellos, el derecho a la intimidad, a opinar y a ser oído.

El Título III de la Ley 26.061 se refiere al Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes estableciendo que para el logro de sus objetivos el Sistema debe contar con políticas, planes, programas, organismos administrativos y judiciales, recursos económicos, procedimientos, medidas de protección y medidas excepcionales de protección de derechos, todo lo cual se definirá claramente en el Reglamento correspondiente que debe dictarse en un plazo de noventa días. Las llamadas Medidas de Protección Integral de Derechos emanan del órgano administrativo competente local y pueden ser Medidas de Protección o Medidas Excepcionales.

Especial atención merece el hecho de que la adopción de medidas de protección le corresponde a la autoridad administrativa local y no a una judicatura especializada en asuntos de la infancia y adolescencia, lo que ocurre incluso en el caso de las medidas excepcionales que se pueden adoptar respecto del menor que está temporal o permanentemente privado de su medio familiar o que, en atención a su interés superior, debe ser separado de su familia. La autoridad local de aplicación también decide el

procedimiento a seguir el que, en todo caso, debe estar jurídicamente fundado.

Si bien se establecen una serie de garantías mínimas que los organismos del Estado deben resguardar en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte a una persona menor de edad, entre ellas, el derecho a ser oído, a participar y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que le afecte, es la autoridad local de aplicación la que decide que medidas deben adoptarse, ya sea de protección o excepcionales, por lo tanto, no se encuentra claramente definida la garantía de un debido proceso para el menor respecto del cual se adopta la medida.

Para decidir la aplicación de una medida de protección debe comprobarse la amenaza o violación de derechos a un menor de edad y su finalidad es la preservación o restitución del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de las consecuencias de dicha vulneración quedando en todo caso expresamente prohibido adoptar medidas que consistan en la privación de libertad. La Ley 26.061 en su artículo 37 hace una enumeración no taxativa de las medidas de protección

que deben adoptarse si se comprueba la vulneración de derechos, las que pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas en cualquier momento por acto de la autoridad competente que las dispuso y cuando las circunstancias que las motivaron varíen o cesen. Estas medidas son:

- 1) Las tendientes a que los menores permanezcan en su grupo familiar.
- 2) Solicitud de becas de estudio o para jardines infantiles o maternales y derivación a programas de apoyo escolar.
- 3) Asistencia integral a la embarazada.
- 4) Inclusión del menor de edad y su familia en programas de fortalecimiento y apoyo familiar.
- 5) Cuidado del menor en su propio hogar y orientación y apoyo a los padres, representantes legales o quienes sean responsables por él, en conjunto con el seguimiento temporal del niño, niña o adolescente y su familia a través de un programa.

6) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del menor o de alguno de sus padres, representantes o responsables legales.

7) Asistencia económica.

Las medidas excepcionales son aquellas que se adoptan cuando los menores están privados de su medio familiar o cuando su superior interés exige que no permanezcan en ese medio y tienen el mismo objetivo que las de protección. Estas medidas sólo proceden cuando se han cumplimentado debidamente las del artículo 33, a saber, “aquellas emanadas del órgano administrativo competente ante la amenaza o violación de derechos a un menor de edad”, deben ser limitadas en el tiempo y solamente pueden prolongarse mientras persistan las causas que les dieron origen. Si se declara procedente la excepción la autoridad local de aplicación debe decidir y establecer el procedimiento a seguir, con fundamentos jurídicos, debiendo notificar a la autoridad judicial competente para que ésta resuelva la legalidad de la medida y derive el caso a la autoridad local a fin de que ésta implemente las medidas pertinentes.

Las medidas excepcionales deben aplicarse conforme a los siguientes criterios:

- a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos.
- b) En forma excepcional, subsidiaria y por el más breve plazo posible puede recurrirse a una forma de convivencia alternativa a la de su grupo familiar. En este caso debe supervisar la medida el organismo administrativo local y el órgano judicial interviniente.
- c) La implementación de las medidas debe realizarse bajo formas de intervención no sustitutivas de su familia de origen, a fin de preservar su identidad familiar.
- d) Si se adoptan medidas en relación con grupos de hermanos deben preservar su convivencia.
- e) En ningún caso estas medidas pueden consistir en privación de libertad.

f) No puede ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional la falta de recursos del organismo administrativo.

El criterio mencionado en el literal b) deja abierta la posibilidad de internar al niño, niña o adolescente que requiere protección en alguna institución especializada, por lo tanto, no se cumple a cabalidad el objetivo de evitar la “institucionalización” de los menores en situación de desprotección.

Al establecer los Órganos Administrativos de Protección de Derechos la Ley 26.061, dentro del nuevo Sistema de Protección Integral conformado por los niveles Nacional, Federal y Provincial, dispone la creación de diversas instituciones: la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia en el ámbito del Poder Ejecutivo, el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia y el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

De acuerdo con la Ley 10.903 el Patronato del Estado debe ejercerse por medio de los jueces nacionales o provinciales con la concurrencia del

Ministerio Público de Menores y del Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, este último dependiente del Ministerio de Desarrollo Social. El Consejo Nacional, como consecuencia de la creación de los nuevos organismos de protección, será reemplazado por el Consejo Federal dependiente de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, sin embargo, como aun no se han organizado administrativamente ni entrado en funcionamiento los nuevos órganos administrativos , el Consejo Nacional continúa desarrollando sus actividades según Decreto 1293/2005 de fecha 21 de octubre de 2005.

En el sistema de protección argentino, a diferencia de lo que ocurre en Chile, la aplicación de medidas de protección compete primordialmente a órganos administrativos y la intervención del órgano jurisdiccional se limita a la revisión de la legalidad en caso de adoptarse alguna medida excepcional respecto de un menor de edad.

## **CONCLUSIONES.**

La dictación de la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia y el establecimiento del Procedimiento Especial de Aplicación Judicial de Medidas de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes constituye un avance significativo en materia legislativa en lo referente al Derecho de Familia y, en particular, en cuanto a la forma en que el Estado y sus organismos enfrentan y resuelven, cuando esto es posible, los conflictos que se suscitan en el ámbito familiar pues, a través de esta ley, se incorporan al derecho interno varios principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que corresponden a exigencias mínimas a las que debe ajustarse un sistema democrático e igualitario de administración de justicia, por ejemplo, la protección de la intimidad, el derecho de los menores de edad a ser oídos y a que se tengan en cuenta sus opiniones, la obligación de intermediación entre el juez y las partes involucradas, la celeridad con que debe resolver el juez de familia los asuntos sometidos a su conocimiento, la posibilidad de cualquier persona

de solicitar protección para un menor víctima de algún tipo de afectación de sus derechos, la obligación del juez de familia de fiscalizar el adecuado cumplimiento de las medidas de protección adoptadas y la existencia de personal especializado y competente en asuntos de familia para asesorar a los jueces en todos los asuntos que son de su competencia.

La consagración de los principios antes mencionados en la Ley sobre Tribunales de Familia constituye una manifestación de la voluntad del Estado de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes y, en este sentido, importa en cierta medida un progreso cultural, pues el hecho de que se respete el Derecho Internacional y los acuerdos logrados en ese ámbito permite mantener la esperanza de que en un futuro no tan lejano todas las personas y especialmente los menores de edad puedan mejorar sus condiciones de vida y aspirar a un mayor bienestar individual y social.

La importancia de que exista un procedimiento con las características que presenta el Procedimiento Especial de Protección radica en que la naturaleza especial de los conflictos familiares sumada al hecho de que en

múltiples oportunidades se ven involucrados intereses o derechos de personas menores de edad en ellos exige que la forma de enfrentarlos y resolverlos sea diferente a la que se emplea para resolver los conflictos que surgen entre personas que no están unidas por un vínculo afectivo íntimo como el que se genera al interior de las familias, y ese es precisamente el objetivo que se persigue con su establecimiento.

El paso lógico a seguir en materia de protección de derechos de las personas menores de edad es la aprobación de la Ley de Protección de la Infancia y la Adolescencia, por el momento, una tarea pendiente.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

- 1- CEPAL, UNICEF, SECIB. 2001. Construir Equidad desde la Infancia y la Adolescencia en Iberoamérica. Santiago, Chile.
- 2- COLOMBO CAMPBELL, JUAN. 1997. Los Actos Procesales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- 3- COMITÉ INTERMINISTERIAL ECONOMICO- SOCIAL. 1992. Metas y Líneas de Acción a favor de la infancia, compromiso con los niños de Chile. Santiago, Chile.
- 4- CORREA, S., FIGUEROA, C., JOCELYN-HOLT, A., ROLLE, C. y VICUÑA, M. 2001. Historia del siglo XX chileno. Editorial Sudamericana, Santiago, Chile.
- 5- DIAZ URIBE, CLAUDIO. 2004. Curso de Derecho Procesal Civil. Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile.
- 6- EL OBSERVADOR. 2001. Número 18. Gobierno de Chile y Servicio Nacional de Menores. Santiago, Chile.

- 7- FARIAS, ANA MARIA. 2002. El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos: Resistencias en los discursos y prácticas de los sistemas de atención a la infancia en Chile, Tesis para optar al grado de Magíster en Sociología, Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile.
- 8- FOSIS. Marzo 2002. Construyendo un Puente. Fundamentos y Resultados Esperados, Documentos para el Apoyo Familiar, Gobierno de Chile. Santiago, Chile.
- 9- FOUCAULT, MICHEL. 1996. Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión. Editorial Siglo XXI, México.
- 10- FUNDACIÓN NACIONAL PARA LA SUPERACION DE LA POBREZA. 1999. Propuesta para la Futura Política Social. Santiago, Chile.
- 11- GARCIA MENDEZ, EMILIO. 1994. Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral. Editorial Forum Pacis, Colombia.
- 12- GOBIERNO DE CHILE. 2001. Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia 2001-2010. Authievre Impresores, Santiago, Chile.
- 13- GOBIERNO DE CHILE. 1996. Gabinete Presidencial. Oficio número 1463 de 08 de noviembre de 1996. Santiago, Chile.

14- JUSTE, MARIAN, 1996, Bases para una Nueva Legislación en materia de Protección Espacial a la Infancia y Adolescencia, Documento de Trabajo, Santiago, Chile.

15- KONTERLLNIK, I., MUÑOZ, T. y PELLIZA, C. 1999. Gestión de Políticas para la Protección Integral de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Un modelo en construcción. UNICEF, Buenos Aires, Argentina.

16- MIDEPLAN. 1999. Caracterización y Análisis de la Política dirigida a la Infancia y Adolescencia. Resumen Ejecutivo. Santiago, Chile.

17- MIDEPLAN. Junio 2000. Minuta MIDEPLAN y el tema de la infancia y la adolescencia. Santiago, Chile.

18- MIDEPLAN. 2001. Perspectiva de Derechos: Estrategias de Fortalecimiento de la Política Social para la década del 2000. Santiago, Chile.

19- MIDEPLAN. 2002. Estrategia de Intervención Integral a Favor de Familias en Extrema Pobreza. Santiago, Chile.

20- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Asamblea General. Mayo 2001. Nosotros, los Niños: Examen de Final de Decenio de los

Resultados de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia. Informe del Secretario General. Nueva York, Estados Unidos.

21- PILOTTI, FRANCISCO (coordinador). 1994. Chile en Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay.

22- PILOTTI, FRANCISCO. 2001. Globalización y Convención Sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto. CEPAL. Santiago, Chile.

23- POMES, JUAN. 2004. Charla sobre Tribunales de Familia EN: Seminario “Tribunales de Familia”. Colegio de Abogados, Santiago, Chile.

24- REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO. 2004. Número 2. Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, Chile.

25- SENAME. Octubre 2001. Documento de Trabajo número 19. Santiago, Chile.

26- SERNAM. 2000. Familia y Políticas Públicas: una reflexión necesaria. Santiago, Chile.

27- SERRANO, CLAUDIA y RACZYNSKI, DAGMAR. 2003. Derechos Sociales Básicos, Superación de la Pobreza y Protección Social ante la Vulnerabilidad. Asesorías para el Desarrollo, Santiago, Chile.

28- TURNER, SUSAN, 2002, “Los Tribunales de Familia”, Revista *Ius et Praxis* volumen 8 número 2.

## **ANEXO 1: ENTREVISTAS.**

La Ley 19.968 entró en vigencia el 1° de octubre de 2005 y los Tribunales de Familia comenzaron a funcionar el lunes 3 de octubre del mismo año.

En la región Metropolitana se crearon catorce juzgados de familia en total, de los cuales siete corresponden a la provincia de Santiago y tienen categoría de juzgados asiento de Corte para todos los efectos legales. Estos últimos son los siguientes:

- Cuatro juzgados con competencia sobre las comunas de Quilicura, Huechuraba, Lo Barnechea, Renca, Conchalí, Vitacura, Independencia, Recoleta, Las Condes, Providencia, Estación Central, Santiago, Ñuñoa, La Reina, Maipú, Cerrillos, Macul, Peñalolén y La Florida.
  
- Dos juzgados con competencia sobre las comunas de San Miguel, San Joaquín, La Granja, La Pintana, San Ramón, Pedro Aguirre Cerda, La Cisterna, El Bosque y Lo Espejo.
  
- Un juzgado con competencia sobre las comunas de Pudahuel, Quinta Normal, Cerro Navia y Lo Prado.

Con el objetivo de determinar si en la práctica se han utilizado los nuevos mecanismos establecidos en la Ley 19.968 y cómo ha funcionado el sistema de administración de justicia de familia, en general, y el procedimiento especial de protección, en particular, desde la entrada en vigencia de la ley hasta el día 30 de noviembre de 2005, decidimos efectuar una serie de preguntas dirigidas al administrador de cada uno de los siete tribunales competentes en la provincia de Santiago. Sin embargo, no fue posible contactarnos con los administradores del segundo y cuarto tribunales de Santiago ni con el del segundo de San Miguel debido a la sobrecarga de trabajo que enfrentan, ya que aún se están implementando los cambios establecidos en la Ley 19.968. En los casos indicados dirigimos las preguntas al funcionario encargado de la atención de público en cada tribunal.

La entrevista consta de ocho preguntas de desarrollo, sin respuestas predeterminadas. Fue realizada los días 1, 2 y 3 de diciembre del año 2005 entre las 10:00 y 14:00 horas.

ENTREVISTA FUNCIONAMIENTO TRIBUNALES DE FAMILIA  
DESDE EL 01 (03) DE OCTUBRE HASTA EL 30 DE NOVIEMBRE DE  
2005.

Frente a la pregunta:

**1) ¿Cuántas solicitudes de protección han ingresado desde la entrada en vigencia de la ley 19.968?**

Las respuestas obtenidas fueron las siguientes:

- En el Primer Juzgado de Santiago se han recibido 187 solicitudes de protección.
- En el Segundo Juzgado de Santiago han ingresado 156 solicitudes.
- En el Tercer Juzgado de Santiago se han recibido 194 solicitudes.
- En el Cuarto Juzgado de Santiago existe un total de 197 solicitudes.
- En el Primer Juzgado de San Miguel han ingresado 463 solicitudes.
- En el Segundo Juzgado de San Miguel han ingresado 378 solicitudes.
- En el Primer Juzgado de Pudahuel han ingresado 504 solicitudes.

La suma total de solicitudes de protección recibidas en los juzgados de la provincia de Santiago asciende a 2.079, de las cuales aproximadamente 736 corresponden a menores en situación de desprotección por la causal denominada “peligro material o moral”, es decir, un 35%, y las demás corresponden a menores que habiendo infringido la ley han sido declarados sin discernimiento.

Frente a la pregunta:

**2) De qué modo se han iniciado los procedimientos de protección que se están tramitando actualmente:**

**a) De oficio o en virtud de denuncia efectuada ante Carabineros de Chile.**

**b) A solicitud o requerimiento de alguna de las personas mencionadas en el artículo 70 de la Ley 19.968.**

Las respuestas obtenidas fueron las siguientes:

- En el Primer Juzgado de Santiago: los procedimientos se han iniciado tanto de oficio o por parte de Carabineros como a requerimiento de: los padres, de quienes tienen bajo su cuidado al niño, niña o adolescente, del SENAME y de vecinos. En casos aislados a solicitud del menor o de sus profesores.

- En el Segundo Juzgado de Santiago: se han iniciado tanto de oficio o por parte de Carabineros como a requerimiento de: los padres, de quienes tienen bajo su cuidado al niño, niña o adolescente, del SENAME y de vecinos. En una bajísima proporción a solicitud de los profesores y de los profesionales de la salud de los servicios en que se atiende el menor.
  
- En el Tercer Juzgado de Santiago: los procedimientos se han iniciado tanto de oficio o por parte de Carabineros como a requerimiento de: los padres, de quienes tienen bajo su cuidado al niño, niña o adolescente, de sus profesores, del SENAME y de vecinos.
  
- En el Cuarto Juzgado de Santiago: los procedimientos se han iniciado tanto de oficio o por parte de Carabineros como a requerimiento de: los padres, de quienes tienen bajo su cuidado al niño, niña o adolescente, del SENAME y de vecinos.
  
- En el Primer Juzgado de San Miguel: los procedimientos se han iniciado tanto de oficio como a requerimiento de: los padres, de quienes tienen bajo su cuidado al niño, niña o adolescente, del SENAME y de vecinos. En varios casos se han iniciado a solicitud de los profesionales de la salud de los servicios en que se atiende el menor y en una proporción inferior a solicitud de sus profesores. También han requerido protección para sí adolescentes, especialmente mujeres, pero son muy pocos casos.

- En el Segundo Juzgado de San Miguel: los procedimientos se han iniciado tanto de oficio o por parte de Carabineros como a requerimiento de: los padres, de quienes tienen bajo su cuidado al niño, niña o adolescente, del SENAME y de vecinos. En una proporción menor a solicitud de los profesores y de los profesionales de la salud de los servicios en que se atiende el menor.
- En el Primer Juzgado de Pudahuel: una alta proporción de los procedimientos se han iniciado por parte de Carabineros de Chile. También a requerimiento de: el menor que requiere protección, sus padres, profesores, el SENAME y de vecinos.

Con respecto al literal b) es importante destacar que, si bien en una baja proporción, efectivamente se ha dado inicio a procedimientos de protección a solicitud del menor de edad que la requiere. También llama la atención que gran parte de los procedimientos que se están tramitando actualmente para proteger los derechos de menores que no han infringido la ley penal han comenzado a requerimiento de personas que no pertenecen al grupo familiar del menor afectado, especialmente vecinos.

Con respecto a las solicitudes presentadas por los padres en la mayoría de los casos se refieren a menores infractores de ley que han sido declarados sin discernimiento y, lamentablemente, muchos solicitan al tribunal que decrete la internación del menor en alguno de los centros dependientes del SENAME. En este punto creemos relevante comentar que

la excepcionalidad de las medidas de separación del menor de su núcleo familiar es más una buena intención del legislador que una realidad pues, como mencionamos, existe una gran proporción de padres que solicitan al tribunal que se extraiga al menor del grupo familiar y se le derive a centros de internación.

Frente a la pregunta:

**3) ¿Se ha decretado la aplicación de alguna medida cautelar especial desde la entrada en vigencia de la ley? ¿Cuál?**

Las respuestas obtenidas fueron las siguientes:

- En el Primer Juzgado de Santiago: sí, se han adoptado medidas. La mayoría corresponde al ingreso de niños, niñas o adolescentes a centros del SENAME. En algunos casos se ha confiado el cuidado del menor a personas ajenas a su familia como por ejemplo vecinos, pero son muy pocos casos.

- En el Segundo Juzgado de Santiago: sí, se han decretado principalmente las de derivación de los niños, niñas o adolescentes a centros del SENAME.

- En el Tercer Juzgado de Santiago: sí, se han adoptado medidas. Casi la totalidad de ellas corresponde a la internación en los Centros de

Orientación y Diagnóstico del SENAME. Existe sólo un caso de adopción de la medida de internación en una institución psiquiátrica.

- En el Cuarto Juzgado de Santiago: sí, se han adoptado medidas. Muchas de ellas consisten en la derivación de los niños, niñas o adolescentes a centros del SENAME. En un par de casos se ha confiado el cuidado del menor a algún vecino que se ha prestado para ello.

- En el Primer Juzgado de San Miguel: sí, se han adoptado medidas. En una proporción baja se ha decretado la medida de confiarlo al cuidado de su familia extensa o alguien de su entorno. También se ha sometido a menores al sistema de libertad vigilada y varios han ingresado a centros del SENAME. En algunos casos se ha derivado al menor y su familia a centros de apoyo familiar. Otra medida que se ha decretado es la de someter al menor a tratamientos ambulatorios.

- En el Segundo Juzgado de San Miguel: sí, se han decretado medidas como la entrega del menor a sus padres o al cuidado de algún pariente o vecino. También se ha decretado el ingreso de niños y adolescentes a centros del SENAME.

- En el Primer Juzgado de Pudahuel: sí, se han aplicado medidas. Gran parte de ellas corresponde a la derivación del menor a centros del SENAME. En una muy baja proporción se ha confiado el cuidado del menor a personas ajenas a su familia como sus vecinos.

Probablemente por la implementación aún en desarrollo de los centros y programas de protección establecidos en la Ley 19.968 la medida más aplicada sigue siendo la derivación de los niños, niñas o adolescentes a los Centros de Orientación y Diagnóstico o a los Centros de Tránsito y Distribución del SENAME. Como señalamos en el desarrollo de la memoria es difícil creer que la internación y consiguiente privación de libertad a un menor de edad sea una medida adecuada y eficaz para proteger sus derechos en caso de afectación de los mismos.

Actualmente existen programas de apoyo familiar pero, en muchos casos, los padres de menores que infringen la ley y son declarados sin discernimiento simplemente no tienen la voluntad de asistir a ese tipo de programas y prefieren que otra persona o alguna institución se haga cargo de la situación de sus hijos.

Frente a la pregunta:

**4) ¿Se han agilizado efectivamente los procedimientos desde la entrada en vigencia de la ley 19.968?**

La respuesta de todos los consultados coincide: las características de oralidad y desformalización del procedimiento efectivamente han tenido como resultado la agilización de los procedimientos.

Esto se puede constatar en el hecho de que ya han finalizado varios de los procedimientos iniciados en octubre y los iniciados en noviembre están al día en su tramitación.

Frente a la pregunta:

**5) ¿Qué tipo de medio se utiliza en este tribunal para registrar las actuaciones orales?**

La respuesta fue la misma en todos los tribunales consultados: el registro de las actuaciones orales se efectúa a través de la grabación de audio.

Para aquellos procedimientos en que se puede comparecer personalmente se utilizan formularios de demandas que las partes deben completar con sus datos asesoradas, si es necesario, por las asistentes sociales o algún funcionario del tribunal.

Frente a la pregunta:

**6) ¿Qué forma de notificación es la más utilizada en este tribunal? (Sin incluir la notificación personal)**

Las respuestas obtenidas fueron las siguientes:

- En el Primer Juzgado de Santiago: el principal medio utilizado es la notificación por carta certificada. También se ha utilizado la notificación

telefónica. A los abogados de las partes se les notifica a través de correo electrónico.

- En el Segundo Juzgado de Santiago: principalmente a través de carta certificada. También se ha notificado por teléfono y vía correo electrónico.

- En el Tercer Juzgado de Santiago: la mayoría a través de carta certificada. En algunos casos especiales se notifica por teléfono o fax, generalmente a las partes que concurren con abogado.

- En el Cuarto Juzgado de Santiago: si las partes lo solicitan se les notifica por teléfono. En algunos casos se notifica por fax o correo electrónico y también por carta certificada.

- En el Primer Juzgado de San Miguel: la mayoría de las notificaciones se realizan por teléfono, generalmente a solicitud de las partes. En los demás casos por carta certificada.

- En el Segundo Juzgado de San Miguel: se notifica por carta certificada o por teléfono. En algunos casos las notificaciones son practicadas por Carabineros de Chile.

- En el Primer Juzgado de Pudahuel: el principal medio es la notificación por carta certificada efectuada por el funcionario notificador y, en varios casos, por Carabineros de Chile.

Frente a la pregunta:

**7) En los procedimientos de protección que se están tramitando actualmente en este tribunal ¿qué medios de prueba son los más utilizados?**

Las respuestas obtenidas en todos los tribunales consultados fueron muy similares y coinciden en que de los medios establecidos en el Código de Procedimiento Civil los más utilizados son las pruebas documentales y la prueba de testigos.

En relación con la posibilidad de presentar otros medios de prueba de acuerdo con lo establecido en la Ley 19.968 todos coinciden en que el medio más utilizado de los que franquea la ley corresponde a la prueba fotográfica. En un pequeño porcentaje de casos se utilizan como medio de prueba las video grabaciones.

En los procedimientos de protección a menores que han infringido la ley penal y han obrado sin discernimiento las pruebas más utilizadas son la testimonial y la presentación de las especies hurtadas o robadas.

Frente a la pregunta:

8) En su opinión **¿qué ventajas presenta el nuevo procedimiento de protección frente al establecido por la Ley de Menores número 16.618?**

Las respuestas de las personas consultadas fueron coincidentes en el sentido de que la principal ventaja del nuevo procedimiento es la rapidez en su tramitación. También coinciden en destacar la importancia del contacto directo entre el juez y las partes y, sobre todo, el contacto del juez con los niños, niñas y adolescentes que concurren a su presencia. En este sentido todos señalan que la exigencia de inmediación se ha cumplido a cabalidad.

Otra ventaja que presenta el nuevo procedimiento a juicio de los entrevistados es la existencia del Consejo Técnico pues gracias a los consejeros es posible evaluar de manera más adecuada y ágil la situación de cada niño, niña o adolescente que requiere protección. Así, pueden adoptarse las medidas más pertinentes según cada caso particular.

Las personas consultadas destacan también la importancia de la asesoría que prestan los consejeros al juez en las audiencias. Todos coinciden en que el contacto cercano y permanente entre los consejeros y los jueces facilita la adopción de medidas acordes a la situación particular de desprotección que presenta cada niño, niña o adolescente.

No obstante las ventajas comentadas algunos de los entrevistados expresaron su preocupación con respecto a qué ocurre con los menores de

edad antes de que sus problemas lleguen a la instancia judicial, es decir, por qué los problemas que los afectan, junto a su familia o entorno, se transforman en los motivos que originan su situación de desprotección. En este sentido es imperativo que se implementen a la brevedad planes y programas de prevención de este tipo de situaciones y de promoción y respeto de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. También existe preocupación respecto a qué ocurre con los niños, niñas o adolescentes cuando se adopta alguna medida a su respecto y se cumple el tiempo establecido o cesan las medidas adoptadas por cualquier motivo, es decir, cuando se acaba la protección judicial. Es inevitable preguntarse si todo esto sirve realmente para mejorar la situación del menor dentro de su familia, con sus parientes, amigos, entorno y en la sociedad en general.

## **ANEXO 2.**

Con el objetivo de determinar cuál es la percepción de las personas que acuden a los Tribunales de Familia en busca de soluciones para sus conflictos de índole familiar, en general, y a requerir la adopción de medidas de protección de derechos para algún niño, niña o adolescente, en particular, respecto del funcionamiento del sistema de administración de justicia de familia desde la entrada en vigencia de la Ley 19.968 hasta el día 30 de noviembre de 2005, decidimos realizar una breve encuesta a algunas de las personas presentes en cada uno de los siete tribunales de familia con competencia en la provincia de Santiago.

Las personas encuestadas fueron elegidas al azar, sin ningún tipo de preselección. Se realizó la encuesta a tres personas en cada tribunal, es decir, a un total de veintiuna personas mayores de dieciocho años.

La encuesta está conformada por siete preguntas de alternativas con respuestas predeterminadas. Fue realizada los días 1, 2 y 3 de diciembre del año 2005 entre las 10:00 y 14:00 horas en los siete tribunales de familia con competencia en la provincia de Santiago.

ENCUESTA SOBRE LA PERCEPCIÓN DE LA POBLACIÓN ACERCA DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA.

**1) ¿Usted cree que una judicatura especializada como los tribunales de familia permite una solución adecuada y con rapidez a los conflictos de índole familiar?**

- a) Sí = quince personas
- b) No = una persona
- c) Tal vez = cuatro personas
- d) No sabe / no responde = una persona

**2) ¿Le parece a usted que la nueva justicia de familia es más accesible para la población?**

- a) Sí = trece personas
- b) No = tres personas
- c) Igual que antes = cuatro personas
- d) No sabe / no responde = una persona

**3) En comparación con el sistema anterior, usted cree que el contacto directo con el juez:**

- a) Ha aumentado = dieciocho personas
- b) Ha disminuido = cero

- c) Se mantiene igual = cero
- d) No sabe / no responde = tres personas

**4) ¿Cómo le parece la atención prestada por los funcionarios de este tribunal en comparación a la atención en los Juzgados de Menores?**

- a) Muestran una mayor preocupación = once personas
- b) Muestran una menor preocupación = dos personas
- c) La atención es igual = cinco personas
- d) No sabe / no responde = tres personas

**5) Usted cree que la participación de un consejo interdisciplinario en causas de familia permite:**

- a) Agilizar la decisión del tribunal = una persona
- b) Facilitar la comprensión de las decisiones del tribunal = dos personas
- c) Guiar a las personas en lo relativo a sus peticiones = cuatro personas
- d) Todas las anteriores = trece personas
- e) Ninguna de las anteriores = cero
- f) No sabe / no responde = una persona

**6) ¿Qué le parece la posibilidad de que los menores sean oídos y deba tenerse en cuenta su opinión en las causas en que tengan interés?**

- a) Bien, porque su opinión debe ser siempre considerada = ocho personas
- b) Mal, no es necesario = cinco personas
- c) Sólo debe hacerse cuando se vulneran sus derechos = cuatro personas
- d) Sólo debe hacerse respecto de los adolescentes = tres personas
- e) No sabe / no responde = una persona

**7) ¿Qué opinión le merecen las medidas de protección que establece la Ley 19.968?**

- a) Son innecesarias = cinco personas
- b) Complementan a las antiguas = cinco personas
- c) Son más adecuadas a la realidad = seis personas
- d) Permiten dar protección eficaz = dos personas
- e) No sabe / no responde = tres personas

A modo de conclusión podemos señalar que en general la percepción de la población respecto del funcionamiento de los tribunales de familia es positiva y ha mejorado la opinión que tienen del sistema de administración de justicia.

Las razones esgrimidas por la mayoría de los encuestados para justificar esta percepción son la rapidez del nuevo sistema, la posibilidad de comparecer sin abogado, la buena disposición, en general, de las asistentes sociales y demás funcionarios de los tribunales y, principalmente, el contacto más cercano y directo con los jueces.

En cuanto al tratamiento que reciben los menores de edad que acuden a los tribunales de familia la opinión de los encuestados es divergente pues para algunos no es necesario que tengan una participación activa en los procedimientos que los afectan mientras para otros es muy importante.

Con respecto a las nuevas medidas de protección la mayoría tiene una opinión positiva pero no existe unanimidad en ese punto.