



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO

**LIMITACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN EL EJERCICIO
DE LAS FACULTADES DE OFICIO DE CARÁCTER
PROBATORIO Y CAUTELAR DEL JUEZ DE FAMILIA**

Tesis para optar al grado de magíster en derecho

Mención: derecho privado

CARLOS SÁNCHEZ GREZ

Profesor Guía: Cristián Lepin Molina.

Santiago, Chile 2018

A Loreto y a mis hijas...

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I. EL CONTENCIOSO FAMILIAR Y LOS SUJETOS INTERVINIENTES.....	4
1.- El contencioso familiar.....	4
1.1.- Concepto y características.....	4
1.2.- Objetivos y fundamentos generales de las acciones del artículo 8 de la ley 19.968.....	11
1.2.1. La protección de la familia como sujeto único y distinto a los miembros que la conforman.....	12
1.2.2. Resguardar el interés superior del niño, niña y/o adolescente.....	15
1.2.3. Otorgar protección al más débil o desvalido.....	26
2.- Los sujetos intervinientes del contencioso familiar.....	31
2.1.- Tipos.....	31
2.2.- Existencia de desigualdad material entre los sujetos intervinientes del contencioso familiar.....	32

3.- Necesidad de procedimientos y de una judicatura especializada para la resolución del contencioso familiar.....	34
--	----

CAPITULO II. LAS FACULTADES DE OFICIO DEL JUEZ DE FAMILIA.....37

1.- Excepción a la pasividad como base del ejercicio de la jurisdicción.....	37
--	----

2.- Clases.....	38
-----------------	----

2.1.- de inicio y dirección del proceso.....	40
--	----

2.2.- de carácter probatorio.....	44
-----------------------------------	----

2.3.- de carácter cautelar.....	44
---------------------------------	----

2.4.- de promotor de soluciones colaborativas entre las partes.....	44
---	----

2.5.- de fiscalización <i>in situ</i> de centros residenciales y de programas de intervención ambulatorios.....	51
---	----

3.- Justificación de su existencia: El interés público en el derecho de familia.....	52
--	----

CAPITULO III. LAS FACULTADES DE OFICIO DE CARÁCTER PROBATORIO.....56

1.- Concepto y dimensiones.....	56
---------------------------------	----

1.1.- Facultad de proponer convenciones probatorias.....	57
1.2.- Facultad de decidir la admisibilidad de las probanzas.....	59
1.3.- Facultad de decretar pruebas.....	64
2.- Facultad de oficio del juez de familia de decretar pruebas. Ámbito de aplicación material y temporal.....	64
3.- Facultad de oficio del juez de familia de decretar pruebas. Discusión doctrinaria relativa a su existencia.....	65
4.- Comparativo con el juez laboral.....	70
CAPITULO IV. LAS FACULTADES DE OFICIO DE CARÁCTER CAUTELAR.....	75
1.- Concepto.....	75
2.- Clases de medidas cautelares aplicables en los procedimientos de familia.....	77
3.- Ámbito de aplicación material y temporal. Afectación a terceros ajenos al juicio y la “Eternalización” en su vigencia.....	81
4.- Las medidas cautelares que limitan la libertad personal en el derecho de familia. Comparativo con el proceso penal.....	88

CAPITULO V. EL DEBIDO PROCESO EN EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE OFICIO DE CARÁCTER PROBATORIO Y CAUTELAR DEL JUEZ DE FAMILIA.....	93
1.- Las garantías del derecho fundamental a un debido proceso.....	93
2.- El debido proceso en el ejercicio de las facultades de oficio de carácter probatorio y cautelar del juez de familia. Garantías limitadas, remedios y atenuantes.....	99
2.1.- derecho al contradictorio.....	100
2.2.- derecho a la rendición de prueba.....	103
2.3.- derecho a un juez imparcial.....	105
CONCLUSIONES.....	111
BIBLIOGRAFÍA.....	118

INDICE DE TABLAS

Tabla 1: Cuadro comparativo entre el juez de familia y el juez laboral respecto a la potestad <i>ex officio</i> de carácter probatorio.....	74
Tabla 2: Cuadro comparativo entre las medidas cautelares personales del Código Procesal Penal y las del derecho procesal de familia.....	92
Tabla 3: Cuadro comparativo entre el derecho al contradictorio, el derecho a la rendición de prueba y el derecho a un juez imparcial, en relación a las limitaciones que les afecta por el ejercicio de las facultades oficiosas en estudio y los remedios o atenuantes aplicables, en su caso.....	110

RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca aportar con conocimientos nuevos al estudio del derecho procesal de familia, analizando la efectiva observancia del derecho fundamental al debido proceso en el ejercicio de las facultades de oficio de carácter probatorio y cautelar del juez de familia, al identificar las garantías procesales que estarían siendo vulneradas por su empleo y los remedios o atenuantes a tales limitaciones. Fue dividido en cinco capítulos, los cuatro primeros dicen relación, en términos generales, con aspectos sustantivos y procesales del contencioso familiar y de las facultades oficiosas de carácter probatorio y cautelar del juez de familia, y el quinto y último capítulo está destinado a la comprobación de la hipótesis planteada.

ABSTRACT

This research work seeks to provide new knowledge to the study of family procedural law, analyzing the effective observance of the fundamental right to due process in the exercise of the powers of proof and precautionary nature of the family judge, by identifying the guarantees procedural that would be violated by their use and the remedies or mitigating to such limitations. It was divided into five chapters, the first four relate, in general terms, to substantive and procedural aspects of the family litigation and the informal powers of probative and protective nature of the family judge, and the fifth and final chapter is intended for verification of the hypothesis raised.

INTRODUCCIÓN

El estudio de las facultades o potestades oficiosas del juez de familia, se ha centrado principalmente en establecer si las de carácter probatorio atentan o vulneran el derecho fundamental a un debido proceso, en específico a la garantía del juez imparcial¹.

En cuanto a la potestad cautelar del juez de familia, los trabajos en doctrina se han enfocado en mayor medida en analizar, en términos sustantivos y procesales, el objeto de esta potestad, que son las medidas cautelares².

Así las cosas, queda de manifiesto, por un lado, la necesidad de analizar la relación de las facultades oficiosas de carácter probatorio con otras garantías del debido proceso, distinta a la del juez imparcial, sin perjuicio de ahondar en el estudio de esta última y por otro, tratar las medidas cautelares exclusivamente desde su arista oficiosa y su vinculación con el derecho fundamental al debido proceso.

¹ Véase: BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. 2009. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 33, dic. 2009: 263-302, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007> [consulta: 24 de abril 2018]; y HUNTER AMPUERO, Iván. 2007. Poderes del juez de civil: Algunas consideraciones a Propósito del juez de familia. [en línea] Revista de Derecho Valdivia, Vol. 20, n° 1, jul. 2007: 205-229, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100009> [consulta: 24 de abril 2018]

² Véase: NÚÑEZ ÁVILA, Raúl y CORTÉS ROSSO, Mauricio. 2012. Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile. Santiago, Editorial Thomson Reuters. 558p.

Teniendo presente lo anterior, el presente trabajo de investigación busca aportar con conocimientos nuevos al estudio del derecho procesal de familia, analizando la observancia del derecho fundamental al debido proceso en el ejercicio de las facultades de oficio de carácter probatorio y cautelar del juez de familia, al identificar las garantías procesales que estarían siendo vulneradas por su empleo y los remedios o atenuantes a tales limitaciones.

Para el logro del objetivo general propuesto, el trabajo de investigación fue dividido en cinco capítulos. Los cuatro primeros tienen como finalidad alcanzar determinados objetivos específicos, a saber: proponer un concepto de contencioso familiar; analizar sus características y la determinación de los sujetos intervinientes; estudio de las facultades oficiosas del juez de familia, distinguiendo sus clases y estableciendo el fundamento de su existencia; propuesta de un concepto de facultades oficiosas de carácter probatorio; determinación de su ámbito de aplicación material y temporal y el análisis de las críticas doctrinarias a su existencia, efectuando -además- una comparación con el juez laboral respecto al ejercicio de la facultad en comento; propuesta de una definición de las facultades oficiosas de carácter cautelar, estableciendo su ámbito de aplicación material y temporal y las problemáticas conexas, efectuando un comparativo con las facultades del juez de garantía a propósito de las medidas cautelares que limitan la libertad personal. Por último, el último de los capítulos, se

centra en demostrar la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación, al determinar, por un lado, de qué manera y qué garantías en específico del derecho fundamental al debido proceso están siendo limitadas en el ejercicio de las facultades oficiosas de carácter probatorio y cautelar del juez de familia, y por otro, determinar los remedios o atenuantes aplicables a tales limitaciones.

Estamos ante una investigación dogmática - documental. Las tareas de la dogmática jurídica que se pretenden cumplir con esta investigación son dos, a saber: 1) de índole expositiva, porque se pretende aportar al desarrollo del conocimiento del derecho procesal de familia, en específico, al otorgar un tratamiento sistémico a la garantía del debido proceso en relación a la facultades oficiosas del juez de familia, favoreciendo de esta manera su estudio; y 2) de índole descriptiva, al dar cuenta de una situación existente -limitación a determinadas garantías del debido proceso- en el ámbito del derecho procesal de familia, enmarcada en la hipótesis que guía la presente investigación.

Por último, es dable señalar que las fuentes de información consultadas fueron: los trabajos doctrinarios que se encuentran en las bibliotecas y hemerotecas de las facultades de derecho más importantes del país; la normativa y jurisprudencia nacional e internacional pertinente al objeto de estudio; y documentos de publicación virtual en internet de acceso libre y pagado.

CAPITULO PRIMERO

EL CONTENCIOSO FAMILIAR Y LOS SUJETOS INTERVINIENTES

1.- El contencioso familiar

1.1.- Concepto y características

Al hablar de contencioso familiar, de familia o de naturaleza familiar, nos estamos refiriendo a aquel conflicto litigioso, sometido al conocimiento de los tribunales de justicia y regulado por el derecho familiar, existente entre individuos que forman parte de una misma familia.

El derecho de familia o familiar, -por su parte-, y según lo define el profesor mexicano GÜITRÓN FUENTEVILLA, “es el conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas, respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado”.³

En nuestra doctrina se ha entendido que “es una parte especial del sistema jurídico que tiene una precisa finalidad justificadora. Esta

³ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. 2015. Concepto de derecho familiar, sus elementos, el orden público y el interés social. En: LEPIN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2016. Estudios de derecho familiar I. Actas primeras jornadas nacionales – facultad de derecho Universidad de Chile. Santiago, Editorial Thomson Reuters. p. 9.

finalidad no es otra que la de promover, incentivar y favorecer una realidad prelegal: la familia;”⁴

Asimismo, entre nosotros, se ha definido como “el conjunto de normas que establecen los derechos y deberes que rigen las relaciones personales y patrimoniales entre los integrantes de una familia, y las relaciones de estos con terceros”⁵.

Previo al análisis propiamente tal del contencioso familiar, es pertinente señalar que a la fecha no existe una definición legal de familia en nuestro ordenamiento jurídico que pueda abarcar todas y cada una de sus formas.

Existe si una delimitación legal, -más que una definición propiamente tal-, de quienes conformarían una familia para nuestro Código Civil, pero restringida exclusivamente a la institución del derecho de uso y habitación.⁶

⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2015. Matrimonio, parejas del mismo sexo y Derecho de Familia. [en línea] En: Matrimonio en conflicto. Visiones rivales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Santiago, Editorial Cuarto Propio. 192p, <<https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/matrimonio-hernacc81n-corrall.pdf>>[consulta: 06 de diciembre 2018]

⁵ LEPIN MOLINA, CRISTIÁN. 2017. Derecho Familiar Chileno. Santiago, Thomson Reuters. p. 43.

⁶ Inciso segundo del artículo 815 del Código Civil: “La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.”

Asimismo, la ley 20.066⁷, al establecer quienes pueden ser víctimas y victimarios de maltrato intrafamiliar, también estaría delimitando los sujetos miembros de una familia.

En nuestra doctrina, un concepto tradicional y clásico de familia, es el formulado por el profesor SOMARRIVA UNDURRAGA, el que la define como el “conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, del parentesco o de la adopción”⁸. En este mismo sentido, CORRAL TALCIANI para quien la familia “debe ser comprendida como la comunidad social básica e indispensable para la realización de la persona humana femenina y masculina y para la procreación y socialización de los hijos”.⁹

Un concepto reciente es el dado por el profesor LEPIN MOLINA, para quien familia es “el grupo de personas que conforman una comunidad de vida, basadas en el vínculo del matrimonio, del acuerdo

⁷ Inciso primero del artículo 5 de la ley 20.066: “Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.”

⁸ Citado en: RAMOS PAZOS, René. 2010. Derecho de Familia. 7° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. p.9.

⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2015. Matrimonio, parejas del mismo sexo y Derecho de Familia. [en línea] [En: Matrimonio en conflicto. Visiones rivales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Santiago, Editorial Cuarto Propio. p. 192, <<https://corraltalciანი.files.wordpress.com/2010/04/matrimonio-hernacc81n-corrал.pdf>>](#)[consulta: 11 de mayo 2017]

unión civil, del parentesco o derivadas de las relaciones de convivencia afectivo-sexual”.¹⁰

Por su parte, nuestro constituyente le dio a la familia una posición expectante y de suma importancia, al consagrarla como el núcleo fundamental de la sociedad¹¹. Similar trascendencia, le otorgan la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹²; la Convención Americana de Derechos Humanos¹³; y la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴.

De lo anterior, podemos concluir que el concepto de familia es indiscutiblemente de carácter dinámico y la conformación de su contenido, -el que dependerá de la concepción sociológica y jurídica que se asiente en una sociedad en una época determinada-, producirá diversas y trascendentales consecuencias jurídicas, entre las cuales destacan: la aplicación de determinadas instituciones; la legitimación para actuar en juicio; y la titularidad de determinados beneficios, entre otras.

¹⁰ LEPIN MOLINA, CRISTIÁN. 2017. Derecho Familiar Chileno. Santiago, Thomson Reuters. p. 27.

¹¹ Inciso segundo del artículo 1 de la constitución Política de Chile: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.”

¹² Numeral 3 del artículo 16 de la declaración universal de los derechos humanos: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

¹³ Numeral 1 del artículo 17 de la convención americana de derechos humanos: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”

¹⁴ Párrafo quinto del preámbulo de la convención de los derechos del niño: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,”

Así las cosas, nos encontramos con un conflicto cuya particularidad excluyente es que los individuos que pueden verse involucrados pueden ser diversos dependiendo de la concepción de familia que la sociedad, -incluidos sus legisladores y tribunales-, adopte en una determinada época.

Existen -además- otras características del contencioso familiar que son dables de mencionar, a saber:

1.- Es un litigioso en el cual pueden existir intereses privados y/o públicos involucrados. A modo de ejemplo del primero, un juicio de cumplimiento de compensación económica y del segundo, aquellos juicios que modifican el estado civil de las personas.

2.- Sus intervinientes pueden ser diversos y múltiples, incluidos incapaces e individuos o instituciones ajenas a la familia conflictuada (programas de la red del SENAME, del sistema de salud o social municipal, entre otros)

3.- Se prioriza, en los casos permitidos, la resolución del conflicto o solución colaborativa por las mismas partes, ya sea mediante la derivación a mediación para que un tercero proponga bases de acuerdo o bien a través de la conciliación ante el juez de familia.

4.- La aplicación o ejecución de la solución al conflicto puede ser más extensa que la búsqueda de la solución misma. Esto es, que la

etapa de cumplimiento puede ser más prolongada en el tiempo que la declarativa¹⁵. En este mismo sentido NÚÑEZ ÁVILA y CORTÉS ROSSO, al señalar que “el contencioso familiar se desenvuelve por regla generalísima, en un lapso prolongado. Lo mismo ocurre con el cumplimiento de lo fallado. En efecto, en muchas de las cuestiones de naturaleza familiar las partes deben seguir encontrándose y tratándose en el marco de un conjunto de relaciones que perduran, aunque así no lo quieran.”¹⁶

5.- Su resolución, por regla general, no genera la imposibilidad de volver a discutir el asunto controvertido.

Si se produce un cambio en las circunstancias que se tuvieron en vista al momento de resolver el conflicto familiar, los sujetos intervinientes pueden, por regla general¹⁷, iniciar la acción respectiva para volver a discutir el asunto controvertido, en un nuevo procedimiento, teniendo presente los nuevos antecedentes y la situación fáctica actual, no obstante existir una sentencia firme y ejecutoriada previa (efecto de cosa juzgada sustancial provisional).

¹⁵ Como ejemplo de tal situación, podemos encontrar un juicio declarativo de alimentos que según los plazos legales de audiencia no debería superar, por regla general, los tres meses de tramitación íntegra en primera instancia. El cumplimiento de la sentencia, en cambio, puede durar años, incluso más allá de la edad límite para ser alimentario, si se mantienen deudas insolutas.

¹⁶ NÚÑEZ ÁVILA, Raúl y CORTÉS ROSSO, Mauricio. 2012. Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile. Santiago, Thomson Reuters. p. 4.

¹⁷ La excepción la constituyen las acciones que modifican el estado civil de las personas (divorcio) y aquellas que dan origen a procesos sancionatorios (violencia intrafamiliar).

6.- Los efectos de su solución pueden tener repercusión en personas que no participaron en el proceso de resolución.

Como lo explican NÚÑEZ ÁVILA y CORTÉS ROSSO, al señalar que las resoluciones adoptados en el marco de un juicio de familia “afecta directamente, en la gran mayoría de los casos, el modo de vida de otras personas fuera de las partes principales, abarcando, también, a los hijos o, aún a otros miembros de la familia en crisis o de las nuevas familias formadas por los antiguos cónyuges o convivientes.”¹⁸

7.- En determinados casos, la resolución que resuelve el conflicto puede terminar inclusive con la desafiliación de un individuo de su familia de origen - cuyos miembros fueron intervinientes en el respectivo proceso- y la posibilidad de ser incorporado a una nueva familia. Este es el caso, de la solicitud de susceptibilidad de adopción y la adopción propiamente tal, respectivamente.

8.- Su solución no solo considera aspectos jurídicos puros, sino la interacción del derecho con elementos psicológicos y sociales, de ahí la importancia de que los jueces de familia cuenten con asesoría especializada en esas áreas del saber, función que en la actualidad recae sobre el consejo técnico.

9.- Los procesos que lo sustancian pueden ser de naturaleza declarativa, de ejecución y sancionatorio.

¹⁸ NÚÑEZ ÁVILA, Raúl y CORTÉS ROSSO, Mauricio. 2012. Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile, p. 6.

10.- Su objeto puede estar compuesto de aspectos no patrimoniales y/o patrimoniales. Luego, estos pueden tener como fin, entre otros, la modificación del estado civil de un individuo y el otorgamiento de una suma de dinero, derechos u otros bienes que conlleva un aumento patrimonial en el cónyuge beneficiado.

1.2.- Objetivos y fundamentos generales de las acciones del artículo 8 de la ley 19.968

Del análisis del artículo 8 de la ley 19.968, se desprende que las acciones ahí referidas, sin perjuicio de tener sus propios e inherentes objetivos específicos, responden a fines de carácter más generales, que para efecto de su estudio, pueden clasificarse en: aquellas que buscan la protección de la familia como un sujeto único y distinto a los miembros que la conforman; aquellas que resguardan el interés superior del niño, niña y/o adolescente; y aquellas cuyo objetivo es otorgar protección al más débil o desvalido.

No obstante, existirán acciones cuyos objetivos generales pueden ser múltiples y estar comprendidas en consecuencia en más de una de las categorías referidas, como asimismo, existir acciones que por su naturaleza escapan al presente esfuerzo de clasificación, como es el caso de la denuncia infraccional que da origen al procedimiento contravencional del numeral 9 del artículo 8 de la ley 19.968.

1.2.1. La protección de la familia como sujeto único y distinto a los miembros que la conforman

Esta clasificación responde al interés de considerar a la familia, como preocupación y finalidad de determinadas acciones procesales, como sujeto distinto a los miembros que la conforman, independiente de quien ejerza la acción o el objetivo particular de la misma. La finalidad última que se pretende es resguardar la familia a la cual pertenecen los sujetos intervinientes.

Conforman este grupo:

I.- Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas (numeral 9 del artículo 8 de la ley 19.968).

En este tipo de acciones, se trata de resguardar y delimitar fehacientemente la conformación de la familia. Se permite a quien crea ser parte o miembro de una determinada familia solicitar que se le declare hijo (a) de los progenitores del grupo familiar (acción de reclamación de filiación), como asimismo requerir que alguno de los miembros actuales sean separados por no ser efectivamente parientes o el acto que los incorporó a la familia en cuestión sea dejado sin efecto por estar viciado (acción de impugnación de filiación y acción de nulidad de reconocimiento, respectivamente).

Surgen estas acciones como respuesta a “una nueva filosofía jurídica, informada por principios con base formal en la Constitución Política de la República y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno.”¹⁹

II.- Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos; (numeral 14 letra b) del artículo 8 de la ley 19.968).

En las presentes acciones, el objetivo primordial es otorgarle a la familia herramientas jurídicas que le permitan, evitar (exigencia de autorización de la cónyuge para la enajenación), dilatar (beneficio de excusión) o limitar (usufructo, uso o habitación), la venta del inmueble que constituye efectivamente su hogar.

III.- Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la ley de matrimonio civil (numeral 15 del artículo 8 de la ley 19.968).

Las precedentes acciones, salvo la de nulidad del matrimonio, tienen por finalidad regularizar jurídicamente todas las situaciones y estados familiares que surgen y cuya delimitación se torna necesaria tras la ruptura de los cónyuges.

Con la regulación de todos los asuntos matrimoniales y respecto a los hijos en común, es posible minimizar los efectos negativos en el

¹⁹ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 9.

grupo familiar que se produjeron o que pueden devenir tras la separación de sus formadores, facilitando con ello la estabilidad emocional y patrimonial de todos sus miembros.

Evidentemente, en el caso de cónyuges sin hijos, no se visualiza el efecto antes referido, por cuanto no existe un objetivo común que los mantenga en interacción, como lo es el bienestar de los hijos en común.

Por último, en el caso de la nulidad matrimonial, no obstante su efecto de retrotraer todo a su estado anterior, su declaración no afecta a la situación jurídica (filiación) de los miembros que surgieron de dicha unión, tal como lo refiere expresamente el inciso final del artículo 51 de la ley 19.947²⁰.

IV.- Los actos de violencia intrafamiliar (numeral 16 del artículo 8 de la ley 19.968).

Como se desprende de su nombre, la presente acción tiene por finalidad proteger y resguardar a todos los miembros de la familia, al sancionar los actos de violencia, tanto física como psicológica que se verifiquen en su seno.

Al señalar nuestro legislador en el artículo 5 de la ley 20.066 que debemos entender por violencia intrafamiliar, nos delimita

²⁰ Inciso final del artículo 51 de la ley 19.947: "Con todo, la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges."

indirectamente los miembros que componen una familia para estos efectos, al referir quienes únicamente pueden ser víctimas de actos de esta naturaleza.

Estatuye el artículo en comento que: “Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.”

1.2.2. Resguardar el interés superior del niño, niña y/o adolescente

Respecto al interés superior del niño, niña y/o adolescente, es dable mencionar algunas consideraciones fundamentales respecto a su formulación jurídica, a fin de entender su inclusión como objetivo general en la clasificación que se intenta.

En primer lugar estamos ante “...un principio general del Derecho, y de ahí que pueda ser considerado como un medio de

información, de integración y de interpretación, tanto de las normas e instituciones en que esta cláusula general aparece incorporada, como de las instituciones y relaciones cotidianas que se ven afectadas, ya sea para detectar conflictos (antes desapercibidos o infravalorados), ya sea para solventar problemas en los que resulte afectado.”²¹

En este mismo sentido, nuestra Corte Suprema, en un fallo reciente señaló: “Que, como se observa, el interés superior del niño se perfila entonces como una noción compleja de difícil categorización, pues sobrepasando la idea clásica de norma jurídica simple, tampoco se restringe a la de mera norma programática. Por lo mismo, la doctrina propone que tal concepto debe configurarse de modo extenso, que se despliega, primero, como principio; luego, como norma de interpretación; y, finalmente, como directriz política; tres perfiles que deben ser tenidos en cuenta a la hora de delinear sus contornos...”²²

Por su parte, el Comité sobre los Derechos del Niño, en el numeral 6 de la letra A, de su Observación General n° 14 del año 2013, entiende “que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en

²¹ RAVETLLAT BALLESTE, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho chileno. [en línea] Revista Chilena de Derecho, vol. 42, n° 3, dic. 2015: p. 905, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007> [consulta: 11 de mayo 2017]

²² Sentencia de la Corte Suprema, de 06 de junio de 2016, en causa rol 32128-2015, considerando décimo tercero, disponible en VLEX.cl.

cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que

atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.”

La primera de las funciones reseñadas precedentemente (derecho sustantivo), es la que da sustento al grupo de acciones que responden a este objetivo -de resguardo del interés superior del niño, niña y/o adolescente- en la ley 19.968. Dentro de las cuales encontramos a:

I.- Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes (numeral 1 del artículo 8 de la ley 19.968).

El objetivo que subyace a esta acción es permitir que se discuta quien se encuentra en mejor condición y aptitud de representar al niño, niña o adolescente y a otorgarle resguardo y protección, entre los padres, familiares o incluso terceros ajenos a la familia de origen.

Nuestro legislador, con la entrada en vigencia de la ley 20.680, que modificó el Código de Civil, profundizó “algo que ya estaba en la anterior modificación de estos preceptos por la ley Nº 19.585, de 1998: que las decisiones que se adopten en estas materias tengan en cuenta prioritariamente el bienestar del hijo menor de edad, como lo establece

la Convención de Derechos del Niño al consagrar como principio rector el interés superior del niño (art. 3).”²³

Incorporando una delimitación a los parámetros del interés superior del niño, niña y/o adolescente, a propósito del cuidado personal, señalando en su nuevo artículo 225-2 que:

“En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.

b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.

c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.

d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.

²³ CORRAL TALCIANI, Hernán. Cuidado personal de los hijos, relación directa y patria potestad: la reforma al Código Civil de la ley N° 20.680, de 2013. [en línea] En: Derecho y Academia, el blog de Hernán Corral, <https://corraltalciani.wordpress.com/2013/07/07/cuidado-personal-de-los-hijos-relacion-directa-y-patria-potestad-la-reforma-al-codigo-civil-de-la-ley-no-20-680-de-2013/> [consulta: 06 de diciembre 2018]

e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.

f) La opinión expresada por el hijo.

g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.

h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.

i) El domicilio de los padres.

j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.”

II.- Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular (numeral 2 del artículo 8 de la ley 19.968).

La acción en comento, al permitir hacer efectivo el derecho del niño a tener una relación directa y regular con su progenitor que no lo tiene bajo su cuidado personal, esta resguardando *per se* su interés superior. Para el niño, por regla general, será beneficioso para su desarrollo tener un contacto fluido y habitual con ambos padres, salvo

que existan antecedentes graves y perjudiciales que funden una limitación al régimen comunicacional.

III.- Las causas relativas al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad; a la emancipación y a las autorizaciones a que se refieren los Párrafos 2º y 3º del Título X del Libro I del Código Civil (numeral 3 del artículo 8 de la ley 19.968).

Como lo define nuestro Código Civil, en su artículo 243: “La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados.”

Luego, la administración de los bienes de los hijos no emancipados debe ejecutarse considerando en todo momento el interés superior del niño, niña y/o adolescente respecto del cual se detenta esta tutela patrimonial.

En cuanto a las autorizaciones referidas en este apartado, su existencia busca mantener en resguardo el patrimonio de los menores de edad, y así su interés, respecto de los cuales se detenta su patria potestad y en específico, en lo que dice relación con los atributos del derecho legal de goce sobre sus bienes y de su representación legal.

IV.- Las causas relativas al derecho de alimentos (numeral 4 del artículo 8 de la ley 19.968).

Es indudable que la acción que busca asegurar la manutención de un niño, persigue reguardar su interés, y no cualquiera, sino el superior de todos, su derecho a la vida.

V.- Las guardas, con excepción de aquellas relativas a pupilos mayores de edad, y aquellas que digan relación con la curaduría de la herencia yacente, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 494 del Código Civil (numeral 6 del artículo 8 de la ley 19.968).

La interposición de la acción de nombramiento de tutor o curador busca que a través de la debida representación legal y diligente administración de los bienes del pupilo, se resguarde su interés superior.

Tal como lo señala y se desprende del inciso 1º del artículo 338 del Código Civil, el cual dispone que: “Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida.”.

VI.- 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 artículo 30 de la Ley de Menores; (numeral 7 del artículo 8 de la ley 19.968).

Los requerimientos por medida de protección pueden tener diversos fines y objetivos específicos respecto al niño, sujeto del proceso, como puede ser la modificación de la titularidad de su cuidado personal en forma provisoria; el ingreso a algunos de los programas ambulatorios; o la internación en los centros residenciales de la red del Servicio Nacional de Menores, pero en todos los casos y lo que subyace como objetivo general de toda medida de protección es resguardar y velar por su interés superior, asegurando en cualquier circunstancia, el pleno y efectivo ejercicio de sus derechos. Así lo dispone expresamente el numeral 1 del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño: “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”.

VII.- La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley (numeral 10 del artículo 8 de la ley 19.968).

La autorización en comento es una verdadera garantía para el ejercicio del derecho del niño a tener una relación directa y regular con el progenitor que no lo tiene bajo su cuidado personal. Luego, el

contenido de su interés superior está dado por evitar que su salida al extranjero afecte o limite gravemente su interacción con uno de sus progenitores.

Lo anterior, se desprende de lo estatuido en el inciso 4 del artículo 49 de la ley de menores: “Decretada por el tribunal la obligación de admitir las visitas a que se refiere el artículo anterior, se requerirá también la autorización del padre o madre que tenga derecho a visitar al hijo.”

VIII.- Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la ley N° 16.618 (numeral 11 del artículo 8 de la ley 19.968).

Las acciones de este numeral dicen relación con sancionar aquel maltrato infantil que no sea constitutivo de delito, esto es, que no haya producido lesiones en el niño, niña o adolescente o no se configure en un maltrato corporal relevante²⁴ o un trato degradante²⁵ hacia estos. De este modo, su objetivo general, es la protección de la

²⁴ Inciso primero del artículo 403 bis del Código Penal: “El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad.”

²⁵ Artículo 403 ter del Código Penal: “El que sometiere a una de las personas referidas en los incisos primero y segundo del artículo 403 bis a un trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.”

integridad psicológica y física del menor de edad, constituyéndose en el cuerpo y contenido de su interés superior.

IX.- Los procedimientos previos a la adopción, de que trata el Título II de la ley N° 19.620 (numeral 12 del artículo 8 de la ley 19.968).

Del análisis en general de la causas de declaración de susceptibilidad de adopción, podemos desprender que estamos ante una medida de protección propiamente tal, sin perjuicio de tener características particulares y exclusivas, como lo es su carácter definitivo de su declaratoria, cuyo norte es también el resguardo del interés superior del niño, niña y/o adolescente, al permitir en casos de abandono y desatención, ser desligado jurídicamente de su familia de origen para tener la posibilidad de incorporarse a una nueva familia.

X.- El procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la ley N° 19.620; (numeral 13 del artículo 8 de la ley 19.968).

La adopción en sí, viene a concretar y dar efectividad al derecho de todo niño a tener y formar parte de una familia, a fin de que esta le otorgue el debido cuidado y la necesaria protección. El análisis de las aptitudes de los solicitantes permite resguardar el interés superior del niño, niña y/o adolescente, al verificar que estos cumplan con los requisitos mínimos para constituirse en padres del adoptado, y se cumpla con el objetivo reseñado al principio de este párrafo.

1.2.3. Otorgar protección al más débil o desvalido

Dentro de esta clasificación, están comprendidas las acciones que tienen como objetivo inherente el resguardo del interés superior del niño, niña y/o adolescente y que fueron analizadas precedentemente, dado que su sujeto de protección, son individuos que no presentan, por regla general, madurez ni física ni mental y no tienen capacidad legal.

Asimismo, existe otro grupo de acciones, que protegen a individuos que por diversas circunstancias -distintas a las mencionadas en el párrafo anterior-, se encuentran en una situación de desigualdad en relación a otros miembros de su familia y respecto a los cuales el derecho intenta otorgarles protección.

I.- Separación judicial de bienes (numeral 14 letra a) del artículo 8 de la ley 19.968).

En esta acción el sujeto protegido, es exclusivamente la mujer casada en sociedad conyugal cuyos bienes están siendo administrados -en términos generales- de manera negligente por su marido. Es una herramienta legal establecida a favor de quien se encuentra en una situación desmejorada en lo relativo al manejo -de parte o de todo- su patrimonio (cónyuge), toda vez que su administración por mandato legal le corresponde a otra persona (marido).

II.- Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos (numeral 14 letra b) del artículo 8 de la ley 19.968).

Si bien el Código Civil, no definió la institución de Bien Familiar, nuestra doctrina la ha entendido como “aquellos bienes corporales o incorporales, de propiedad de uno o de ambos cónyuges, que, en ciertas circunstancias, pueden ser considerados esenciales para la adecuada subsistencia de la familia, restringiéndose los derechos que sobre ellos corresponden a su titular, sea por una resolución judicial, sea por un acto unilateral de uno de los cónyuges.”²⁶

Respecto a estas acciones, además de buscar la protección de la familia en términos generales, como ya se analizó, resguardan a individuos que se encuentran en desigualdad en relación a otros miembros de la familia, como lo son el cónyuge no propietario de la residencia principal de la familia y los hijos fruto de la relación matrimonial.

III.- Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil; (numeral 15 del artículo 8 de la ley 19.968).

Si bien las acciones señaladas en este numeral no tienen como objetivo general la protección de un individuo que presenta una

²⁶ ORREGO ACUÑA, Juan. 2007. Temas de Derecho de Familia. Santiago, Editorial Metropolitana, p. 323.

desventaja –formal o material- en comparación a otro, si la tiene una acción, que aunque no fue mencionada en este apartado legal, está vital e íntimamente relacionada con aquellas, en específico con la acción de divorcio y de nulidad matrimonial, nos referimos a la acción de compensación económica.

Que como lo expresa, el artículo 61 de la ley 19.947, la acción compensatoria viene a resarcir los perjuicios provocados a aquel cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, y no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería.

En este sentido, para el profesor RAMOS PAZOS “es el derecho que asiste al cónyuge más débil -normalmente a la mujer- a que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o la nulidad, experimentara por no haber podido desarrollar durante el matrimonio una actividad remunerada o lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar.”²⁷. Y en palabras de nuestra Corte Suprema “consiste en el derecho que asiste a uno de los cónyuges cuando por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar no pudo durante el matrimonio desarrollar una actividad lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y

²⁷ RAMOS PAZOS, René. 2010. Derecho de Familia. 7° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 122.

quería, para que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o la nulidad, sufrirá por ésta causa.”²⁸

Por su parte, en el inciso primero del artículo 62 de la ley de matrimonio civil, se establecen los parámetros de procedencia de la compensación económica, al señalar que: “Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.”

Así las cosas, la acción compensatoria, en términos generales, viene a reparar un perjuicio de carácter patrimonial, permitiendo equilibrar en cierta medida la desigualdad económica causada a propósito de la ruptura matrimonial, configurándose en una manifestación del principio de protección del cónyuge más débil. En este sentido, el profesor LEPIN MOLINA, para quien “La ley entiende que uno de los cónyuges (más débil) queda en una situación de desmedro económico frente al otro cónyuge (más fuerte) al momento al

²⁸ Sentencia de la Corte Suprema, de 21 de abril de 2011, en causa rol 8615-2010, considerando quinto, disponible en VLEX.cl.

término del matrimonio, ya sea por divorcio o nulidad, que se traduce en sus escasas posibilidades de negociación. Lo que no es sinónimo de estado de necesidad, propio de las pensiones de alimentos, sino se trata más bien de evitar el menoscabo económico.”²⁹ Y “En concordancia con lo planteado, los mecanismos a través de los cuales se concreta este principio son: el derecho a compensación económica, la denominada cláusula de dureza y las facultades del juez para la aprobación del convenio regulador, en los casos de divorcio de común acuerdo.”³⁰

IV.- Los actos de violencia intrafamiliar; (numeral 16 del artículo 8 de la ley 19.968).

Nuestro legislador le ha otorgado la posibilidad de accionar por actos de violencia intrafamiliar a diversos individuos que se encuentran en una situación de desmedro psicológico y/o físico respecto a su agresor (a), tal es el caso que puede presentar él o la cónyuge; él o la conviviente; o un menor de edad o persona discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

²⁹ LEPIN MOLINA, Cristián. El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia. [en línea] Revista Chilena de Derecho, vol. 40, nº 2, agosto 2013: p. 542, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000200007&lng=es&nrm=iso>

³⁰ Ibídem, p. 543.

2.- Los sujetos intervinientes del contencioso familiar

2.1.- Tipos

Los sujetos intervinientes del contencioso familiar, son variados y diversos, atendidas las distintas acciones que pueden dar origen a un contencioso de esta índole y a las actitudes frente al proceso que estos pueden presentar. Por ende, y en específico por esto último, parece más preciso hablar de sujetos intervinientes que de parte en los procedimientos de derecho de familia, dado que según la clásica definición de CHIOVENDA³¹, solo “es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley, y aquel frente al cual ésta es demandada.”

Luego, en los procesos de familia, pueden existir además del clásico demandante (s) y demandado (s); el requirente (s) o requerido (s); el denunciante (s) o denunciado (s); el solicitante (s); la presunta víctima; el adolescente infractor; el curador *ad litem*; el defensor de menores; el defensor de ausentes; defensor público; parientes; y en general pueden intervenir, como terceros, todo aquel cuya participación sea necesaria y trascendente para la resolución del conflicto.

³¹ CHIOVENDA, JOSE. 1925. Principios de derecho procesal civil. [en línea], tomo II, libro segundo, Madrid, editorial Reus, p. 6 <<https://es.scribd.com/doc/97757461/Giussepe-Chiovenda-Principios-Del-Derecho-Procesal-Civil-Tomo-II>>

2.2.- Existencia de desigualdad material entre los intervinientes del contencioso familiar

Para HUNTER AMPUERO “pueden identificarse al menos tres parcelas donde es posible hablar de desigualdad entre los litigantes: en primer lugar, la desigualdad sustantiva, propia de la relación jurídico-material; en segundo lugar, la desigualdad económica, que pone a las partes es (sic) una disparidad significativa para satisfacer las cargas, y por último, la desigualdad técnica, aplicable a los casos donde una de las partes presenta una ventaja derivada del dominio del hecho o de la cercanía con la fuente de prueba.”³². En este apartado, nos referiremos a la primera situación, dada la notoriedad y reiteración que presenta en los procesos de familia.

Del análisis del contencioso familiar, de las acciones que lo originan y del fundamento u objetivo general que subyace a cada una de ellas, podemos concluir que en los conflictos de índole familiar, existen miembros de una misma familia que no se encuentran en igualdad de condiciones en relación a los demás integrantes.

Lo anterior, es una desigualdad de carácter material, cuyas causas se originaron con antelación al proceso judicial mismo y que

³² HUNTER AMPUERO, Iván. 2011. La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de código procesal civil. [en línea] *Ius et Praxis* [online], vol.17, n.2, 2011: 59-60, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200004 [consulta: 23 de enero de 2017)

están dadas por características inherentes y objetivas del sujeto o que fueron provocadas por agentes externos. A modo de ejemplo, dentro de las primeras, están: la minoría de edad y la adultez mayor; y de las segundas: la cónyuge o conviviente dañada psicológicamente por actos de violencia intrafamiliar y la cónyuge perjudicada económicamente a causa de la ruptura matrimonial.

En nuestro ordenamiento se han dispuesto diversas formas para soslayar esta desigualdad y que no transmuten al proceso judicial, otorgando a quien lo necesite la debida representación (por ejemplo: designación de defensor público o de curador ad litem a menores de edad) y resguardo de su voluntad (audiencia reservada con menores de edad).

Por su parte el derecho sustantivo, con la misma finalidad y como ya ha sido analizado latamente por nuestra doctrina³³, ha consagrado diversos principios que los intervinientes y en mayor medida el intérprete deben considerar en sus alegaciones y resoluciones, como son: el interés superior del niño, niña y/o adolescente y la protección del cónyuge más débil.

³³ Para mayor desarrollo véase: LEPIN MOLINA, Cristián. 2017. Derecho Familiar Chileno. Santiago, Thomson Reuters. p. 49 y ss.

3.- Necesidad de procedimientos y de una judicatura especializada para la resolución del contencioso familiar

De todo lo reseñado en este capítulo, y atendida las particulares características del contencioso familiar, era del todo necesario que los conflictos familiares se discutieran y se resolvieran por una judicatura única y especializada, situación que no ocurría con anterioridad a la entrada en funcionamiento de los tribunales de familia, dado que las problemáticas de índole familiar, podían ser resueltas por los antiguos juzgados de menores o por los tribunales civiles, dependiendo de la materia a conocer.

Lo anterior denotaba, a entender de este autor, un cierto desinterés por parte del Estado a dar la regulación procesal debida a los asuntos litigiosos de carácter familiar, en el entendido que por su naturaleza y en mayor medida por su origen, su solución estaba radicada -casi de forma exclusiva- en el propio seno familiar, de ahí que solo determinados conflictos familiares, eran susceptibles y merecedores de componenda judicial, por lo que no se visualizaba la necesidad de una orgánica judicial especial para la resolución de este tipo de conflictos.

Con bastante antelación a la entrada en vigencia de la ley 19.968, el ejecutivo, en el mes de noviembre del año 1997, ya diagnosticaba la carencia y la consecuente necesidad de una judicatura especializada para la resolución de los conflictos de familia, así se deja

entrevé en el mensaje presidencial de la citada ley: “Si hasta hace algunas décadas los ritmos tradicionales de la sociedad chilena permitían entregar buena parte del contencioso familiar a una resolución más bien espontánea o a mecanismos informales de control social, hoy día ello ya no es posible.

Los procesos de modernización en Chile han debilitado los grupos primarios de pertenencia y, entonces, la juridificación del conflicto de familia tenderá, inevitablemente, a acrecentarse.

De ahí que corresponda al Estado emprender una política que, con sentido estratégico, pueda hacer frente a esa realidad.”³⁴

No obstante, las dificultades que se presentaron al inicio del funcionamiento de los tribunales de familia y de la aplicación de la ley 19.968, el esfuerzo y dedicación de todos los operadores del sistema, permitieron que en la actualidad, la llamada “reforma de familia” sea un ejemplo a considerar para la futura reforma de nuestros procedimientos civiles³⁵.

La consagración legal de determinados principios, como son el de intermediación, concentración (celeridad) y publicidad, ha permitido, en términos generales, que la actual administración de justicia de familia

³⁴ Mensaje de S.E, el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia. Fecha 03 de noviembre, 1997. Cuenta en sesión 13, Legislatura 336.

³⁵ BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, Proyecto de ley Código Procesal Civil: Facultades probatorias oficiosas del juez civil. [en línea] <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15307/1/Facultades%20probatorias%20oficiosas_v4.doc> [consulta: 22 de enero de 2017]

tenga, entre otras cualidades, más cercanía, transparencia y eficacia en comparación a la que existía con anterioridad.

Asimismo, el otorgamiento de amplias facultades *ex officio* a los jueces del grado, constituyó en si una novedad para la esfera del derecho procesal civil, acostumbrado al monopolio del principio dispositivo, salvo contadas excepciones.

CAPITULO II

LAS FACULTADES DE OFICIO DEL JUEZ DE FAMILIA

1.- Excepción a la pasividad como base del ejercicio de la jurisdicción

Como regla general, nuestro legislador, impone a nuestros jueces –sin distinción por competencia-, la imposibilidad de ejercer su función jurisdiccional si no es a solicitud o requerimiento de parte, y solo como excepción consagra la actuación de oficio.³⁶

Como vemos, la actuación de oficio tiene un carácter excepcional en nuestro ordenamiento jurídico. El inicio de la actividad jurisdiccional, por regla general, descansa en los ciudadanos y no en el órgano llamado a ejercerla.

Partiendo de esta premisa, las facultades de oficio existentes en el derecho procesal de familia, relativizan esta base del ejercicio la jurisdicción y su principio a fin, -el dispositivo-, al permitir al juez de familia, dar inicio a determinados procedimientos, obtener probanzas, decretar medidas cautelares, y promover soluciones colaborativas entre las partes, entre otras facultades.

Lo anterior, de por si llamativo y novedoso para nuestros procedimientos, resulta de mayor trascendencia, atendido a que ciertas materias a conocer por el juez de familia, tienen un carácter meramente

³⁶ Inciso primero del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales: “Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio.”

patrimonial, donde en principio no existiría un interés público comprometido y por ende, la intervención estatal, expresada en la figura del juez, debiese limitarse a lo mínimo o derechamente no existir.

2.- Clases

A fin de analizar y permitir un estudio más detallado de las facultades oficiosas del juez de familia, nuestra doctrina nacional, se ha empeñado en clasificarlas. Para el profesor HUNTER AMPUERO, “podemos distinguir con suma nitidez entre aquellas potestades ligadas al manejo del *iter* procesal, meramente formales, que se agotan en la simple posibilidad de que el juez pueda tener el dominio absoluto de los tiempos procesales, con independencia a la actividad que efectúen las partes. En el otro lado, encontramos las potestades materiales o de fondo, donde el juez puede ingresar prueba no contemplada por las partes, excluir otras tantas, y aun pasar por encima de la prueba rendida por ellas; esta arista constituye el problema planteado y puede constituirse en un buen aliciente a una indagación conforme al debido proceso.”³⁷ Sin perjuicio, -continúa señalando- de que existen determinadas facultades “que no encuadran en forma pura dentro de las potestades formales o materiales; me refiero a la potestad cautelar

³⁷ HUNTER AMPUERO, Iván. 2007. Poderes del juez de civil: Algunas consideraciones a Propósito del juez de familia. [en línea] Revista de Derecho Valdivia, Vol. 20, n° 1, jul. 2007: p. 210, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100009> [consulta: 11 de julio 2018]

general del Art. 22 de la Ley y a ciertas facultades de promover la mediación y la conciliación (Art. 61 N os. 4 y 5)".³⁸

No obstante lo propuesto precedentemente, al parecer de este tesista, es del todo necesario para facilitar el estudio y análisis de las facultades oficiosas del juez de familia, que estas queden en su totalidad comprendidas en las clases o clasificaciones que se propongan, lo cual en lo formulado, no ocurre con las facultades cautelares y de promoción de soluciones colaborativas, tal como lo reconoce el propio autor en comentario.

Asimismo, la clasificación propuesta, no consideró algunas facultades oficiosas de trascendental importancia, como lo es la de fiscalización de centros residenciales y de programas ambulatorios que intervienen a niños, niñas y/o adolescentes vulnerados en sus derechos.

Así las cosas, la propuesta de clasificación de las facultades *ex officio* del juez de familia que se plantea en el presente trabajo es la siguiente:

- de inicio y dirección del proceso;
- de carácter probatorio;
- de carácter cautelar;

³⁸ *Ibíd*em, p. 211.

- de promotor de soluciones colaborativas entre las partes;
- y de fiscalización *in situ* de centros residenciales y de programas de intervención ambulatorios.

Planteada esta clasificación de las facultades oficiosas, se procederá al estudio detallado de cada uno de los grupos que la conforman. Teniendo presente que atendida su importancia y relación con el objeto de la presente tesis, el análisis de las facultades oficiosas de carácter probatorio y cautelar, será efectuado en los capítulos III y IV respectivamente.

2.1.- de inicio y dirección del proceso

Este tipo de facultades oficiosas están relacionadas al *iter* procesal y su objetivo primordial es lograr una resolución pronta del conflicto puesto en conocimiento del juez de familia, otorgándole a este, las herramientas legales necesarias para alcanzar dicho fin. Así, se desprende inequívocamente del artículo 13 de la ley 19.968³⁹.

En específico la ley 19.968, faculta al juez de familia: a) para suspender y reprogramar las audiencias, con limitaciones en cuanto a su reiteración; b) para subsanar los errores formales susceptibles de

³⁹ Inciso primero del artículo 13 de la ley 19.968: Actuación de oficio. Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad. Este principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar

ser corregidos⁴⁰; c) designación inmediata de abogado en determinadas hipótesis⁴¹; d) en ciertos casos, declarar el abandono del procedimiento y/o resolver sin mayores antecedentes el asunto controvertido; e) para dirigir el debate y adoptar medidas disciplinarias a fin de mantener el orden en la audiencias; y f) iniciar procedimientos de medida de protección a favor de niños, niñas y/o adolescentes vulnerados en sus derechos (art. 70);

Existen, además, diversos vacíos normativos respecto de actuaciones procesales que el juez de familia debe llenar a fin de dar curso progresivo al proceso, en aplicación del principio en comento.

Ejemplo de lo anterior, es lo que ocurre a propósito de la incompatibilidad existente entre el inciso 6 del artículo 4 de la ley 14.908⁴², y los numerales 1⁴³ y 3⁴⁴ del artículo 67 de la ley 19.968, toda

⁴⁰ Tras la dictación de la ley 20.886 (tramitación electrónica), recae en los abogados la carga de ingresar debidamente todos los datos de la causa al momento de interponer vía electrónica la respectiva demanda, sin que el tribunal tenga la posibilidad y facultad de modificar o corregir los datos ingresados erróneamente.

⁴¹ Inciso 4 del artículo 18 de la ley 19.968: “En caso de renuncia del abogado patrocinante o de abandono de hecho de la defensa, el tribunal deberá designar de oficio a otro que la asuma, a menos que el representado se procure antes un abogado de su confianza. Tan pronto éste acepte el cargo, cesará en sus funciones el designado por el tribunal.”

⁴² Inciso 6 del artículo 4 de la ley 14.908: “La resolución que decrete los alimentos provisorios o la que se pronuncie provisionalmente sobre la solicitud de aumento, rebaja o cese de una pensión alimenticia, será susceptible del recurso de reposición con apelación subsidiaria, la que se concederá en el solo efecto devolutivo y gozará de preferencia para su vista y fallo.”

⁴³ Numeral 1 del artículo 67 de la ley 19.968: “La solicitud de reposición deberá presentarse dentro de tercero día de notificada la resolución, a menos que dentro de dicho término tenga lugar una audiencia, en cuyo caso deberá interponerse y resolverse durante la misma. Tratándose de una resolución pronunciada en audiencia, se interpondrá y resolverá en el acto.”

⁴⁴ Numeral 3 del artículo 67 de la ley 19.968: “La apelación, que deberá entablarse por escrito, se concederá en el solo efecto devolutivo, con excepción de las sentencias definitivas referidas a los asuntos comprendidos en los numerales 8), 10), 13) y 15) del artículo 8º.”

vez que puede suceder, que al resolver el juez de familia una solicitud de alimentos provisorios, de aumento, rebaja o cese provisorio de alimentos, en audiencia, las partes que se sientan agraviadas deseen, en el mismo acto, reponer con apelación subsidiaria, tal como las faculta la ley 14.908, no obstante que la ley 19.968, por su parte, exige que las reposiciones deducidas en audiencia se resuelvan en ella y que por su parte las apelaciones se deduzcan por escrito, lo que obligaría al juez de familia una vez rechazado el recurso de reposición interpuesto, a otorgar un plazo para la interposición de la apelación subsidiaria en conformidad a la ley 19.968. En síntesis, estamos ante un recurso especial que carece de plazo expreso y cuyo establecimiento queda a criterio de los jueces del grado.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de San Miguel: “Que si bien es efectivo que el recurso de reposición debe ser interpuesto dentro de tercero día o en la respectiva audiencia, lo cierto es que la norma recién citada establece un recurso especial de reposición con apelación subsidiaria cuyo plazo no está expresamente regulado en dicha disposición; de modo que debe recurrirse a las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil y la Ley N° 19.968 para determinar el plazo dentro del cual corresponde su interposición.

Al efecto, valga decir que el artículo 67 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia contiene, en todo lo que no resulte incompatible con los procedimientos de familia, una remisión al Código de

Procedimiento Civil en materia de recursos, dentro de las cuales necesariamente se encuentra el plazo de interposición del recurso de apelación. En consecuencia, en los asuntos de familia resulta plenamente aplicable el término establecido por el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil; de modo tal que no existiendo otra norma que regule el asunto, en la especie debe entenderse que la apelación subsidiaria ha de interponerse dentro del término de cinco días y deberá entablarse por escrito, con los requisitos propios de esta vía de impugnación.”⁴⁵

Problemática similar se presenta a propósito del plazo del recurso de apelación que se interponga en contra de la resolución que rechace o acoja la autorización sustitutiva para interrumpir el embarazo de una menor de 14 años o de una mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia⁴⁶.

Así las cosas, será el juez de familia quien determine el plazo a otorgar, según sea su criterio, ya sea por la vía de remisión como da cuenta el fallo precedentemente citado u otra construcción jurídica que estime pertinente efectuar.

⁴⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 17 de marzo de 2016, en causa rol 100-2016, considerando cuarto, disponible en VLEX.cl.

⁴⁶ Inciso sexto del artículo 119 del Código Sanitario: “La autorización judicial sustitutiva regulada en los incisos anteriores será solicitada al juez con competencia en materia de familia del lugar donde se encuentre la menor de 14 años o la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia. El procedimiento será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos del representante legal que hubiere denegado la autorización. La resolución será apelable y se tramitará según lo establecido en el artículo 69, inciso quinto, del Código Orgánico de Tribunales.”

Otra situación es la que se genera a propósito de un juicio de violencia intrafamiliar, en la cual, la parte denunciada interpone una denuncia de manera reconvenional en audiencia. Caso en el cual, el tribunal debiese consultar a la parte denunciante principal si desea evacuar el traslado conferido inmediatamente o en otra audiencia que se fije, a fin de resguardar su derecho a una debida defensa. Esta última opción, conlleva necesariamente la suspensión de la audiencia que se está llevando a cabo, por una causal no regulada expresamente en la ley. Misma situación, se produce en el caso en que se admita la demanda reconvenional de compensación económica en audiencia, cuando no se ejerció en la oportunidad genérica que establece el artículo 58 de la ley 19.968 para este tipo de acciones.

2.2.- de carácter probatorio⁴⁷

2.3.- de carácter cautelar⁴⁸

2.4.- de promotor de soluciones colaborativas entre las partes

El juez de familia, al cumplir con su obligación constitucional de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, debe cumplir con dicho mandato evitando por un lado, la discusión innecesaria entre las partes y por otro, velando para que su decisión resuelva, efectiva y sustancialmente, el conflicto familiar, y así impedir una escalada del

⁴⁷ Ver capítulo III.

⁴⁸ Ver capítulo IV.

mismo en el futuro. Deber, consagrado como principio en el artículo 14 de la ley 19.968⁴⁹.

Los acuerdos a los que puedan arribar las partes durante la secuela del juicio, facilitan indudablemente el logro de los objetivos reseñados en el párrafo precedente, toda vez que son las mismas partes quienes participan en la solución de su propio conflicto, manifestando su voluntad en el proceso de negociación y llegando finalmente a un punto de equilibrio, sin participar en una dinámica o “definición de vencedores y vencidos”⁵⁰. Todo lo cual, evita, por regla general⁵¹, hurgar más a fondo en el conflicto mismo o en situaciones que nada tienen que ver con el asunto litigioso, pero que pueden ser develadas en las probanzas que deban rendirse en juicio.

De lo todo lo anterior, nace la importancia de la iniciativa conciliadora -en términos amplios- que debe tener como norma todo juez de familia al cumplir su función jurisdiccional, ya sea derivando a las partes ante un tercero ajeno al juicio para que sea este el que les

⁴⁹ Artículo 14 de la ley 19.968: “Colaboración. Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.”

⁵⁰ Para mayor desarrollo véase: VARGAS PAVEZ, Macarena. 2008. Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. [en línea] Revista de derecho Valdivia, Vol. 21, n° 2, dic. 2008: p186, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200008>[consulta: 20 de noviembre 2016]

⁵¹ El efecto en cuestión se producirá, con mayor probabilidad, si el juez propone la conciliación o la derivación a mediación, con antelación a la rendición de prueba.

proponga a las bases de acuerdo⁵² o bien participando activa, directa y comprometidamente en la propuesta de una solución consensuada⁵³.

No obstante lo anterior, el juez de familia deber tener presente que existen limitaciones en relación a la conciliación como modo de poner término a un conflicto judicial, es así, como no proceden este tipo de acuerdos en materias relativas al estado civil de las personas (divorcio, separación judicial, filiación); violencia intrafamiliar; derecho de alimentos y constitución de bien familiar.

El fundamento para las limitaciones del primer grupo de acciones citado, dice relación con el hecho de que todo cambio en este atributo de la personalidad, llamado estado civil, por su importancia y trascendencia, sea objeto de control jurisdiccional.

Respecto a las causas por violencia intrafamiliar, es dable reiterar que lo que se prohíbe son acuerdos que por sí solos produzcan el efecto de terminar el conflicto judicial y la respectiva causa iniciada, teniendo como fundamento que la supuesta víctima se encontraría en una situación de desmedro emocional respecto al supuesto ofensor. Si bien, en materia de violencia intrafamiliar, existe la institución llamada

⁵² Numeral 4 del artículo 61 de la ley 19.968: “Promover, a iniciativa del tribunal o a petición de parte, la sujeción del conflicto a la mediación familiar a que se refiere el Título V, suspendiéndose el procedimiento judicial en caso de que se dé lugar a ésta.”

⁵³ Numeral 4 del artículo 61 de la ley 19.968: “Promover, por parte del tribunal, la conciliación total o parcial, conforme a las bases que éste proponga a las partes.”

de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia⁵⁴, que permite celebrar determinados acuerdos como condiciones para su procedencia, su sola existencia, no supone necesariamente que se apruebe la salida alternativa en comento, dado que se requiere del cumplimiento de otros requisitos copulativos.

En cuanto al bien familiar, lo que se prohíbe es su constitución por vía de acuerdo entre las partes, con la finalidad de evitar perjuicios a los acreedores derivados del actuar de mala fe de las partes, mediante el concierto de sus voluntades, sin control judicial sustantivo, y limitado este último únicamente a verificar el cumplimiento de los requisitos formales para la aprobación de toda conciliación. En este sentido RAMOS PAZOS, para quien “cabe tener presente que el proyecto original establecía que esta declaración podía hacerla cualquiera de los cónyuges mediante escritura pública anotada al margen de la inscripción de dominio respectiva. Posteriormente se

⁵⁴ Artículo 96 de la ley 19.968: “Suspensión condicional de la dictación de la sentencia. Si el denunciado o demandado reconoce ante el tribunal los hechos sobre los que versa la demanda o denuncia y existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo, el juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, siempre y cuando se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones: a) Que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima; b) Que se haya adquirido por el demandado o denunciado, con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más de las medidas cautelares previstas en esta ley por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año. En todo caso, el tribunal, previo acuerdo de las partes y en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero, podrá someter a mediación el conflicto para los efectos de la letra a). Aprobada el acta de mediación, el juez suspenderá condicionalmente la dictación de la sentencia. Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad. La resolución que apruebe la suspensión de la sentencia será inscrita en el registro especial que para estos procesos mantiene el Servicio de Registro Civil e Identificación, en los mismos términos que la sentencia.”

cambió a la forma actual, por cuanto el Senado consideró que “por razones de prudencia era conveniente entregar la declaración de bien familiar a la decisión de un órgano jurisdiccional...” y así fue finalmente aprobado.”⁵⁵. Sin perjuicio de lo cual, la desafectación de un bien familiar, procede por acuerdo de las partes, al no existir norma que lo prohíba.

Por último, es menester tratar el tema de los acuerdos en etapa de cumplimiento de la compensación económica.

En materia de compensación económica, se sostiene que la sentencia que la declara es inmutable. Esto es, que estando firme y ejecutoriada, produce el efecto de cosa juzgada (material).

Así, quedo de manifiesto en las actas de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento del senado⁵⁶, la cual “rechazó la posibilidad de que el deudor solicite el cese del pago del saldo insoluto, o su reducción, por la variación de su condición económica o de la del acreedor, o por el hecho de que su ex cónyuge se case nuevamente o conviva con otra persona”.

Sin perjuicio de lo anterior, existiría una hipótesis en que la compensación económica podría mutar.

⁵⁵ En este sentido RAMOS PAZOS, René. 2010. Derecho de Familia. 7° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I. p. 366.

⁵⁶ Citado en: VIDAL OLIVARES, Álvaro. 2009. Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad. [en línea] Revista Chilena de Derecho Privado, n° 12, julio, 2009: 91-92, <http://www.redalyc.org/pdf/3708/370838870002.pdf> [consulta: 19 de enero de 2017]

Es así como en el artículo 66 de la ley 19.947⁵⁷ se consagra la posibilidad de que al deudor insolvente se le permita pagar en cuotas el monto fijado por este concepto y que el legislador para asegurar su cumplimiento estableciera, -en caso de no ofrecer otras garantías-, que aquellas se considerarán alimentos para su cumplimiento. Luego, como los alimentos pueden ser objeto de rebaja o aumento una vez fijados, las cuotas de la compensación económica al considerarse como tales, podrían ser objeto de idénticas modificaciones.

La frase “para su cumplimiento” no supone únicamente la posibilidad de ejercer los mecanismo compulsivos y ejecutivos que establece la ley 14.908, si se interpreta la norma conforme al método literal de interpretación, toda vez que “cumplimiento” significa: “acción y efecto de cumplir o cumplirse”⁵⁸, y por su parte el verbo “cumplir” supone “llevar a efecto algo”⁵⁹. Ese “algo” es el pago de la compensación económica.

De lo anterior, se desprende, que toda regulación alimenticia que permita llevar a efecto ese “algo” puede invocarse, incluida la posibilidad de rebaja o aumento que presentan los alimentos. En un

⁵⁷ “Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades a que se refiere el artículo anterior, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable. La cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia.”

⁵⁸ Según la Real Academia de la Lengua Española, <http://www.rae.es/>

⁵⁹ *Ibíd.*

sentido similar VIDAL OLIVARES, quien plantea que “una lectura amplia del precepto permitiría fundar una solicitud de modificación de la forma de pago en caso de alteración de las circunstancias económicas del deudor, manteniéndose intacta la cuantía de la compensación.”⁶⁰

En la práctica, y a modo de ejemplo, puede ocurrir, que el deudor para poder dar cumplimiento efectivo al pago de la compensación económica, requiera un número mayor de cuotas, en virtud de que su situación económica se tornó desfavorable y no está en condiciones de cumplir con el importe original de la cuota. Rebajar la cuota, en tal situación económica del deudor, puede ser más beneficioso para el acreedor, que utilizar algún medio compulsivo para el pago, en el entendido de que “algo se está recibiendo” y que existe un compromiso y por ende, una expectativa de que se pagará la totalidad del crédito por parte del deudor. En el caso de las órdenes de arresto, pueden decretarse innumerables veces sin lograr el pago deseado.

Me parece que la forma lógica de incorporar al proceso una modificación de las cuotas como la planteada, es mediante un acuerdo de las partes. Como solicitud unilateral no sería viable al no existir una acción reconocida expresamente para estos casos.

⁶⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro. 2009. Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad. [en línea] Revista Chilena de Derecho Privado, n° 12, julio, 2009: p92, <http://www.redalyc.org/pdf/3708/370838870002.pdf> [consulta: 19 de enero de 2017]

2.5.- de fiscalización *in situ* de centros residenciales y de programas de intervención ambulatorios

Que dentro de las medidas de protección que establece la ley para el resguardo debido de menores de edad vulnerados en sus derechos, están -entre otras- el ingreso a programas de intervención ambulatorios y/o a centros residenciales.

Dado lo cual, se hace del todo necesario que dichos centros y programas que tienen a su cargo o en seguimiento a niños vulnerados en sus derechos y que de cuya intervención depende en gran medida su vida presente y futura, sean fiscalizados por los jueces de familia, a fin de verificar que cuenten con las condiciones mínimas para cumplir con las medidas de protección decretadas, y así superar la vulneración de derechos a la cual se vieron expuestos.

Que sin perjuicio de la obligación legal⁶¹ que tienen los jueces de familia de visitar cada seis meses los centros residenciales en los cuales se encuentran internados niños, niñas y/o adolescentes vulnerados en sus derechos, la ley los faculta para que se apersonen,

⁶¹ Incisos 1 y 2 del artículo 78 de la ley 19.968: "Obligación de visita de establecimientos residenciales. Los jueces de familia deberán visitar personalmente los establecimientos residenciales, existentes en su territorio jurisdiccional, en que se cumplan medidas de protección. El director del establecimiento deberá facilitar al juez el acceso a todas sus dependencias y la revisión de los antecedentes individuales de cada niño, niña o adolescente atendido en él. Asimismo, deberá facilitar las condiciones que garanticen la independencia y libertad de ellos para prestar libremente su opinión.

Las visitas de que trata el inciso anterior podrán efectuarse en cualquier momento, dentro de lapsos que no excedan de seis meses entre una y otra, considerándose el incumplimiento de esta obligación como una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales."

de oficio⁶² y las veces que ellos estimen convenientes, en las residencias proteccionales como en las instalaciones donde funcionen los programas ambulatorios, sin necesidad de requerimiento previo de algunas de las partes del juicio.

Por último, es dable mencionar que el seguimiento de las medidas de internación y las visitas a los centros residenciales se encuentran regulados en el acta 37-2014 dictada por la Corte Suprema con fecha 14 de marzo de 2014, siendo uno de sus objetivos: “Que se hace necesario reforzar las actuaciones que despliega en la actualidad la jurisdicción de familia en cuanto a medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente aquellas que implican la internación en centros residenciales, bajo un enfoque integrador encaminado al más pleno desarrollo de las acciones institucionales que permite el marco de competencias asignadas por el legislador;”.

3.- Justificación de su existencia: El interés público en el derecho de familia

Como se expuso al inicio de este capítulo, las actuaciones de oficio de la magistratura, no son la regla general y son más bien

⁶² Inciso final del artículo 78 de la ley 19.968: “Sin perjuicio de las obligaciones señaladas en los incisos anteriores, los jueces de familia podrán siempre visitar los centros, programas y proyectos de carácter ambulatorio existentes en su territorio jurisdiccional, y en que se cumplan medidas de protección.”

excepcionales en los procedimientos que conforman nuestro ordenamiento jurídico procesal.

Pues bien, cabe preguntarse entonces, cuál es la justificación de que el juez de familia tenga diversas y amplias facultades oficiosas. La respuesta a dicha interrogante la encontramos en el interés público y social del derecho de familia.

Nuestra sociedad y el estado como forma de organización, se basan en la familia, de ahí que cualquier quiebre en esta comunidad de personas, afectan sus cimientos y su núcleo fundamental, por ende, se debe propender en primer término, a intentar reparar la ruptura o bien a que sus consecuencias o efectos sean los menos dañinos para los individuos que la conforman, con especial atención y cuidado de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad o desigualdad respecto de los otros miembros. En este mismo sentido SOLETO MUÑOZ, “así, dado que la familia es el vehículo básico de socialización de los individuos, es de interés social su mantenimiento, y como el Estado cumple una función protectora de los miembros más débiles de la sociedad, es relevante que la educación y cuidado proporcionados por la familia a sus miembros siga asumiéndose por ésta tras las crisis familiares, y que no se produzca un desplazamiento de funciones y costes a cargo del Estado, y que, por otra parte, los

componentes de la familia sufran lo menos traumáticamente posible las crisis.”⁶³

Así las cosas, a juicio de este tesista, el interés público del derecho de familia, reposa y se manifiesta en tres principios fundamentales, a saber: la protección de la familia como sujeto único y distinto a los miembros que la conforman; el interés superior del niño, niña y/o adolescente; y la protección al más débil o desvalido⁶⁴.

El juez de familia está llamado y tiene la obligación de resguardar los intereses referidos precedentemente, para lo cual debe contar con las herramientas legales necesarias para -por ejemplo- iniciar los procesos respectivos cuando se vea afectado algunos de ellos; recabar la prueba necesaria para esclarecer los hechos litigiosos; decretar las medidas cautelares que estime necesarias; y fiscalizar cuando lo estime pertinente los centros residenciales y programas de intervención ambulatoria de los niños en situación de vulneración en sus derechos. En este mismo sentido, HUNTER AMPUERO para quien “vengan atribuidos al órgano jurisdiccional poderes excepcionales, no

⁶³ SOLETO MUÑOZ, Helena. 2003. El interés público en los procesos de familia. [en línea] Revista de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, nº 18, 2003:p24 <<http://hdl.handle.net/10016/10577>> [consulta: 04 de diciembre 2017]

⁶⁴ Nótese que la conformación propuesta por este autor del interés público en el derecho de familia, coincide con los elementos diferenciadores de la clasificación propuesta en el capítulo I respecto a las acciones del artículo 8 de la ley 19.968.

solo para el control e instrucción de la causa, sino también en orden al contenido propio de la decisión y a la efectiva ejecución”⁶⁵.

⁶⁵ Para mayor desarrollo ver: HUNTER AMPUERO, Iván. 2007. Poderes del juez de civil: Algunas consideraciones a Propósito del juez de familia. [en línea] Revista de Derecho Valdivia, Vol. 20, n° 1, jul. 2007: p214, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100009> [consulta: 20 de noviembre 2016]

CAPITULO III

LAS FACULTADES DE OFICIO DE CARÁCTER PROBATORIO

1.- Concepto y dimensiones

Nuestro legislador no ha definido a las facultades de oficio de carácter probatorio del juez de familia y la doctrina por su parte se ha preocupado más bien de discutir respecto al fundamento de su existencia y su relación con la garantía del debido proceso, como lo analizaremos más adelante.

Así las cosas, parece necesario intentar crear un concepto a fin de entender de mejor manera nuestro objeto de estudio. Podemos definirla, entonces, como aquellas potestades de carácter legal, que autorizan al juez de familia, para proponer convenciones probatorias, efectuar un control de admisibilidad de las pruebas y decretar las probanzas que estime necesarias, a fin de acercarse lo más posible a la verdad material, y así resolver de forma sustantiva el asunto controvertido sometido a su decisión, en concordancia con los principios que conforman el derecho de familia.

Del concepto propuesto es posible extraer, a juicio de este autor, las tres dimensiones que conforman las potestades probatorias del juez de familia, a saber:

- Facultad de proponer convenciones probatorias.

- Facultad de decidir la admisibilidad de las probanzas.

- Facultad de decretar pruebas.

1.1.- Facultad de proponer convenciones probatorias

Esta facultad esta consagrada expresamente en el artículo 30 de la ley 19.968, el cual estatuye que: “Durante la audiencia preparatoria, las partes podrán solicitar, en conjunto, al juez de familia que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en la audiencia de juicio. El juez de familia podrá formular proposiciones a las partes sobre la materia, teniendo para ello a la vista las argumentaciones de hecho contenidas en la demanda y en la contestación.

El juez aprobará sólo aquellas convenciones probatorias que no sean contrarias a derecho, teniendo particularmente en vista los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el conflicto. Asimismo, el juez verificará que el consentimiento ha sido prestado en forma libre y voluntaria, con pleno conocimiento de los efectos de la convención.”

De su redacción se pueden extraer los requisitos y los límites para su aprobación. Son requisitos, los siguientes:

i.- como toda convención requiere la manifestación de dos o más voluntades y el cumplimiento copulativo de los requisitos de todo acto jurídico.

ii.- es una manifestación de voluntad de “partes”, por lo que solo proceden en los asuntos contenciosos.

iii.- la oportunidad procesal para arribar a este tipo de convenciones es en la audiencia preparatoria de juicio.

La limitación que refiere el legislador es de carácter genérica al señalar que las convenciones para su aprobación no deben ser contrarias a derecho. Dentro de las situaciones que pueden encontrarse en dicha contrariedad jurídica, están:

i.- todas aquellas convenciones que puedan afectar los intereses o los derechos de los niños, niñas y/o adolescentes. Como ejemplo de lo anterior, podría ser un acuerdo en cuanto a tener por acreditada la voluntad o un determinado sentimiento del niño de autos o bien el beneficio que le reportaría una nueva situación jurídica.

ii.- todos aquellos casos en que la ley exige que deben probarse, por determinados medios, los hechos materia del juicio. Un claro ejemplo de aquello, es el cese de la convivencia conyugal en materia de divorcio, al exigir nuestro legislador que tal circunstancia solo se

tendrá por verificada si se acredita por las formas e instrumentos que establecen los artículo 22⁶⁶ y 25⁶⁷ de la ley 19.947.

ii.- aquellas convenciones que busquen acreditar, hechos impertinentes, notorios o de público conocimiento, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 31 de la ley 19.968.

1.2.- Facultad de decidir la admisibilidad de las probanzas

Esta potestad está reconocida en el artículo 31 de la ley 19.968, al estatuir que “el juez de familia, luego de estudiar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieren comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías

⁶⁶ Artículo 22 de la ley 19.947: “El acuerdo que conste por escrito en alguno de los siguientes instrumentos otorgará fecha cierta al cese de la convivencia: a) escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público; b) acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o c) transacción aprobada judicialmente. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquélla en que se cumpla tal formalidad. La declaración de nulidad de una o más de las cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados en el inciso primero, no afectará el mérito de aquél para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia.”

⁶⁷ Artículo 25 de la ley 19.947: “El cese de la convivencia tendrá también fecha cierta a partir de la notificación de la demanda, en el caso del artículo 23. Asimismo, habrá fecha cierta, si no mediare acuerdo ni demanda entre los cónyuges, cuando, habiendo uno de ellos expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos señalados en las letras a) y b) del artículo 22 o dejado constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente, se notifique al otro cónyuge. En tales casos, se tratará de una gestión voluntaria y se podrá comparecer personalmente. La notificación se practicará según las reglas generales.”

fundamentales. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva.”

En primer término, es menester recordar que esta facultad solo puede ser ejercida en relación al objeto o características de las probanzas y no *ex ante* -sin análisis previo- respecto a un determinado medio probatorio, dada la consagración de la llamada libertad probatoria en el artículo 28⁶⁸ en relación con el inciso primero del artículo 54⁶⁹ ambos de la ley 19.968.

En segundo lugar, se debe tener presente, como lo dispone expresamente la norma en comento, que el filtro de la admisibilidad de la prueba está determinado por las siguientes características que aquella no debe detentar para poder ser admitida en juicio:

i.- que sea manifiestamente impertinente. La RAE, dentro de una de sus definiciones, señala que “pertinente”⁷⁰ es “conducente o concerniente al pleito”, luego, en principio, todo aquello que no tenga relación con el juicio debiese ser desestimado, no obstante, nuestro legislador agregó la frase “manifiestamente” la cual le permite al interprete admitir probanzas respecto de las cuales tenga

⁶⁸ Artículo 28 de la ley 19.968: Libertad de prueba. Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley.

⁶⁹ Inciso primero del artículo 54 de la ley 19.968: Medios de prueba no regulados expresamente. Podrán admitirse como pruebas: películas cinematográficas, fotografías, fonografías, video grabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe.

⁷⁰ Según la Real Academia de la Lengua Española, <http://www.rae.es/>

dudas respecto de su pertinencia, sin perjuicio de que posteriormente se verifique su intrascendencia para la resolución de la *litis*.

A juicio de este autor, para declarar que se ha configurado o no esta causal, se requiere necesariamente un análisis de fondo de la probanza objetada y por ende, una valoración anticipada de la misma.

ii.- que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios. En un fallo reciente la Corte Suprema⁷¹, a modo explicativo, citó varias definiciones doctrinarias de hechos públicos y notorios que es menester mencionar: “Que es también sabido, que “un principio de exoneración de prueba existe para los hechos notorios. Son notorios o de fama pública los que, por pertenecer a la ciencia, a la vida diaria, a la historia o al comercio social, son conocidos y tenidos como ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media ... La característica del hecho notorio o de fama pública, es que al ser creído como cierto por un extenso círculo de personas, no puede ser puesto seriamente en duda, siendo la convicción que aporta tan firme como la que se obtiene tras una prueba, y de aquí que la doctrina considere que los hechos notorios no necesitan prueba.” (L.P.C. en “Derecho Procesal Civil” Vol. 1, 3° Edición, Madrid 1.978, p. 137); así también, en Alemania, A.S., para quien “hechos de notoriedad general son los conocidos con seguridad por un gran círculo de personas. Por ejemplo, los grandes acontecimientos históricos, la importancia de las ciudades,

⁷¹ Sentencia de la Corte Suprema, de 18 de abril de 2016, en causa rol 8036-2015, considerando sexto, disponible en VLEX.cl.

y también, según el Tribunal Supremo, los sucesos de actualidad reseñados uniformemente en todos los diarios” (S., “Derecho Procesal Civil”, traducción castellana, Barcelona, 1.950, p. 200). En igual sentido se pronuncia M.T. al tratar dentro de la decisión judicial, el sentido común del juez conformado, entre otros elementos, por los hechos notorios (Taruffo, “Sobre la Complejidad de la Decisión Judicial”, paper de la U. de Pavía, de 23 de octubre de 2.010).”

iii.- que sea sobreabundante.

A partir de la propia definición del verbo “abundar”, como “haber o existir en gran número o en gran cantidad”⁷² es posible concluir que serán calificadas como sobreabundantes y por ende, objeto de exclusión del juicio, aquellas probanzas de carácter similar en su tenor, ofrecidas en gran cantidad, sobre un mismo hecho a probar fijado. El requisito que sean del mismo tenor, evita el establecimiento de una preeminencia fáctica de un medio probatorio sobre otro, situación que no se encuentra consagrada de modo alguno en el derecho procesal de familia. Luego, por ejemplo, el intérprete no podría fundar su exclusión de prueba en que dado que se ofreció prueba testimonial para acreditar un determinado hecho es sobreabundante ofrecer documental para ese mismo efecto.

iv.- que haya sido obtenida con infracción de garantías fundamentales.

⁷² Según la Real Academia de la Lengua Española, <http://www.rae.es/>

El juez en uso de la facultad en análisis, deberá descartar toda prueba que haya sido obtenida con afectación o violación de alguno (s) de los derechos fundamentales que nuestra constitución consagra en su artículo 19.

En la práctica en los procedimientos regulados por la ley 19.968, la mayor ocurrencia de esta causal de exclusión se origina en la infracción al derecho a la intimidad y al honor⁷³, más que en relación a la vulneración de otros derechos. En cambio, es dable mencionar, que en materia penal es la afectación al derecho a la integridad psicológica o física de las personas la causal más habitual, toda vez que en muchos casos, el objeto mismo de la prueba es el propio imputado, el cual, por ejemplo, podría verse compelido a declarar ante el ente persecutor o las policías, sobre un determinado hecho, en condiciones de presión psicológica o física.⁷⁴

La infracción denunciada deber ser acreditada por quien se sienta afectado con la prueba que se quiera incorporar, debiendo acompañar los antecedentes necesarios para dicho objetivo.

⁷³ Artículo 19 n°4 de la Constitución Política: El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

⁷⁴ Para mayor desarrollo véase: JEQUIER LEHUEDE, Eduardo. 2007. La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil: Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno. [en línea] Revista Chilena de derecho, Vol. 34, n° 3, dic. 2007: 457-494, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000300006 [consulta: 20 de abril 2018]

1.3.- Facultad de decretar pruebas

Facultad consagrada en el inciso final del artículo 29 de la ley 19.968⁷⁵ y cuyo análisis, por su trascendencia e implicancia, se efectuara en extenso a continuación.

2.- Facultad de oficio del juez de familia de decretar pruebas. Ámbito de aplicación material y temporal

Habiendo efectuado un análisis general de las facultades oficiosas de carácter probatorio y determinada sus dimensiones, nos centraremos, atendida su importancia para la resolución del asunto controvertido y el destino del proceso, en el estudio de la facultad del juez de familia de decretar pruebas.

Las facultades para decretar pruebas *ex officio* del juez de familia, pueden ser utilizadas respecto a cualquier medio probatorio, no existiendo limitación legal alguna a este respecto⁷⁶. No obstante, es discutible si tan amplia libertad y discrecionalidad es aplicable a todos los contenciosos de naturaleza familiar o solo se limita a aquellos que no tienen un carácter eminentemente patrimonial.

En cuanto al ámbito temporal de aplicación de las facultades probatorias del juez de familia, su oportunidad de ejercicio está

⁷⁵ Inciso final del artículo 29 de la ley 19.968: “El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate.”

⁷⁶ *Ibíd.*

delimitada por el inicio del proceso en cuestión y el término de la audiencia preparatoria de juicio, teniendo presente por un lado, el tenor general y sin delimitación temporal del inciso final del artículo 29 de la ley 19.968⁷⁷, y por otro, la no existencia de medidas para mejorar resolver en los procedimientos de familia y la improcedencia *ex officio* de la llamada “prueba nueva”⁷⁸.

3.- Facultad de oficio del juez de familia de decretar pruebas. Discusión doctrinaria relativa a su existencia.

La discusión doctrinaria, es posible resumirla en dos grandes posiciones: En la primera, “aquellos que sustentan la idea de que dotar al juez de facultades para aportar pruebas en el proceso implica despojarlo de su calidad de tercero ajeno a los derechos subjetivos o intereses en *litis*, cercenando su imparcialidad, creando de paso un mecanismo de prejuzgamiento que, al final de cuentas, termina beneficiando a una de las partes. Esta situación se traduciría en una violación de la garantía del juez imparcial, como parte y contenido del debido proceso.”⁷⁹, en este sentido PALOMO VELÉZ, para quien

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Artículo 63 bis de la ley 19.968: “Prueba no solicitada oportunamente. A petición de alguna de las partes, el juez podrá ordenar la recepción de pruebas que ellas no hayan ofrecido oportunamente, cuando justifiquen no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento y siempre que el juez considere que resultan esenciales para la resolución del asunto. Si con ocasión de la rendición de una prueba surge una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hayan sido ofrecidas oportunamente y siempre que no haya sido posible prever su necesidad.”

⁷⁹ HUNTER AMPUERO, Iván. 2007. Poderes del juez de civil: Algunas consideraciones a Propósito del juez de familia. [en línea] Revista de Derecho Valdivia, Vol. 20, n° 1, jul. 2007:

“pretender articular el diseño procesal de un ‘super juez civil’, por sobre todas las cosas activista y poseedor de considerables y amplias facultades en materia de iniciativa probatoria, es sin dudas ilusorio, pero también puede resultar atentatorio al deber de imparcialidad judicial en aquellos casos en que se utilicen efectivamente”⁸⁰.

Por su parte, la corriente doctrinaria opuesta plantea, en palabras de PICO I JUNOY, que “al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso –por lo que se protege el principio dispositivo–, a las fuentes probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial–, y que permita el ejercer el derecho a la defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas”⁸¹.

En lo que respecta al derecho procesal de familia, es dable señalar por ahora, como adelanto al análisis que se llevara cabo en el último capítulo de este trabajo a propósito del derecho a un juez imparcial, que atendida sus particularidades, -en específico, la

p207, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100009> [consulta: 23 de enero 2017]

⁸⁰ Citado en: HUNTER AMPUERO, Iván. 2007. Poderes del juez de civil: Algunas consideraciones a Propósito del juez de familia. [en línea] Revista de Derecho Valdivia, Vol. 20, n° 1, jul. 2007: p. 209, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100009> [consulta: 23 de enero 2017]

⁸¹ Citado en: HUNTER AMPUERO, Iván. 2007. Poderes del juez de civil: Algunas consideraciones a Propósito del juez de familia. [en línea] Revista de Derecho Valdivia, Vol. 20, n° 1, jul. 2007: p. 207, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100009> [consulta: 23 de enero 2017]

convivencia de los principios inquisitivo y dispositivo-, es necesario examinar, por un lado, si la presente discusión es extrapolable a todos los asuntos de su competencia y por otro, si en alguna hipótesis podría conllevar una limitación al derecho a un juez imparcial el ejercicio de la facultad en comento.

Por otro lado, se debe considerar que esta facultad de decretar probanzas por parte del juez de familia puede ser ejercida respecto de todos los medios probatorios procedentes y aplicables a los procedimientos del derecho procesal de familia.

No obstante, lo mencionado precedentemente, es menester tener presente las siguientes consideraciones:

i.- que lo referido no aplica respecto a la audiencia reservada del niño, niña, y/o adolescente, toda vez que no estamos ante un medio de prueba, sino más bien, a la materialización del derecho de estos a ser oído, expresar su opinión y que esta sea considerada por parte del tribunal⁸².

ii.- que no es procedente decretar de oficio el medio probatorio exhibición de documentos, toda vez que el artículo 349 del Código de

⁸² Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño: “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 afectan 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.”

Procedimiento Civil⁸³ señala expresamente que su admisión opera solo a petición de parte.

iii.- que en caso de solicitar de oficio la declaración de partes, no procedería el apercibimiento del artículo 52 de la ley 19.968⁸⁴ ni su sanción en caso de incomparecencia contemplada en el acta 104-2005⁸⁵ de la Corte Suprema, toda vez que aquellos -apercibimiento y su sanción- están contemplados exclusivamente en relación a la solicitud de parte de este medio probatorio y no en la hipótesis de oficio.

iv.- que en general, no existe limitación en cuanto a la cantidad de probanzas que el tribunal puede decretar de oficio, salvo en materia de secuestro internacional de niños, regulado en la Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980 y en el auto acordado de la Corte Suprema sobre el procedimiento aplicable al Convenio de La Haya

⁸³ Inciso primero del artículo 349 del Código de Procedimiento Civil: “Podrá decretarse, a solicitud de parte, la exhibición de instrumentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero, con tal que tengan relación directa con la cuestión debatida y que no revistan el carácter de secretos o confidenciales.”

⁸⁴ Artículo 52 de la ley 19.968: “Sanción por la incomparecencia. Si la parte, debidamente citada, no comparece a la audiencia de juicio, o compareciendo se negase a declarar o diese respuestas evasivas, el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración. En la citación se apercibirá al interesado acerca de los efectos que producirá su incomparecencia, su negativa a declarar o si diere respuestas evasivas.”

⁸⁵ “Segundo: Que, únicamente para el caso de la incomparecencia de la parte debidamente citada y con el solo objeto de hacer procedente la sanción prevista en el artículo 52 de la ley N° 19.968, la parte que solicite la respectiva declaración debe presentar, por escrito al tribunal, en sobre cerrado y con a lo menos dos días hábiles de anticipación a la audiencia de juicio, un listado o minuta de preguntas redactadas en forma asertiva. En el evento de la incomparecencia, el pliego será leído en la audiencia, pudiendo el juez, de oficio o ante incidente formulado por las partes, rechazar las preguntas que considere impertinentes o inútiles, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 53 de la Ley N° 19.968. Por consiguiente, si la parte debidamente citada concurre a la audiencia de juicio, la declaración se realizará sin sujeción al referido listado o minuta de preguntas.”

relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas de 03 de diciembre de 2015, dado que esta última norma, en su artículo 9⁸⁶, permite, por un lado, como máximo tres testigos por cada parte y por otro, consagra el derecho del tribunal a solicitar las pruebas que estime pertinente, de todo lo cual se colige, en consideración a la necesidad de celeridad de este procedimiento, que la limitación en comento, también sería aplicable a la prueba testimonial de oficio.

v.- El tribunal de oficio, como ya se adelantó, no puede decretar pruebas en forma posterior a la audiencia preparatoria de juicio, atendido a que la llamada “prueba nueva” consagrada en el artículo 63 bis⁸⁷ de la ley 19.968, solo procede a petición de parte y a la

⁸⁶ Artículo 9 del Convenio de La Haya relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas: “Audiencia única. La audiencia única procurará, en principio, asegurar el retorno seguro del niño, niña o adolescente a su lugar de residencia habitual o facilitar una solución amigable, y tendrá por objeto lo siguiente: a) Establecer si el niño, niña o adolescente se encuentra en el país; b) Establecer si el traslado o retención del niño, niña o adolescente ha sido ilícito en los términos del Convenio; c) Determinar si concurre alguna de las causales que el Convenio autoriza para oponerse a la restitución del niño, niña o adolescente. Atendida la naturaleza y urgencia del procedimiento, en la audiencia única se deberá ratificar oralmente la demanda, contestar la demanda de manera oral si no se ha hecho previamente por escrito, promoverse la conciliación y fijar los hechos a probar y las convenciones probatorias acordadas, si las hubiere. No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconveniones que obsten a la prosecución del trámite. El tribunal rechazará de plano toda excepción fuera de las enumeradas en la referida Convención. Si fuere necesario rendir prueba las partes deberán producirla en la audiencia única, la que se apreciará de acuerdo a las reglas de la sana crítica. El número de testigos se limitará a tres por cada parte. En la audiencia se escuchará la opinión del Consejo Técnico si ha sido citado a la audiencia y las observaciones que a las partes les merezca la prueba, con derecho a replicar respecto de las conclusiones argumentadas por la parte contraria. El tribunal podrá disponer, de oficio, que se acompañen todos los medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención a la acción intentada. Dichas diligencias deberán evacuarse dentro del plazo máximo de quince días hábiles, al cabo del cual aquellas que no hubieren sido cumplidas se tendrán por no decretadas. Para tal efecto, el tribunal deberá citar a audiencia de continuación para una fecha no posterior a quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia única.”

⁸⁷ Artículo 63 bis de la ley 19.968: “Prueba no solicitada oportunamente. A petición de alguna de las partes, juez podrá ordenar la recepción de pruebas que ellas no hayan ofrecido

inexistencia de las medidas de mejor resolver en los procedimientos de familia.

vi.- Por último, en materia de filiación, la prueba testimonial de oficio se encuentra limitada en relación a su suficiencia, por cuanto el artículo 198 del Código de Bello, señala expresamente que “para estos efectos será insuficiente por sí sola la prueba testimonial, y se aplicarán a la de presunciones los requisitos del artículo 1712.”

4.- Comparativo con el juez laboral.

Un proceso que guarda similitudes con el de familia, es sin duda el laboral, dado que ambos presentan principios formativos comunes, entre los cuales destaca, principalmente, la actuación de oficio del tribunal. De lo anterior, parece menester realizar una comparación entre ambas judicaturas en relación a las facultades en materia probatoria que detentan.

Los parámetros a utilizar serán las dimensiones propuestas como integrantes de la facultad de oficio de carácter probatoria del juez de familia (la facultad de proponer convenciones probatorias, de decidir la admisibilidad de las probanzas, y de decretar pruebas) y la

oportunamente, cuando justifiquen no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento y siempre que el juez considere que resultan esenciales para la resolución del asunto. Si con ocasión de la rendición de una prueba surge una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hayan sido ofrecidas oportunamente y siempre que no haya sido posible prever su necesidad.”

posibilidad en la audiencia de juicio de limitar la prueba admitida en la audiencia preparatoria.

- En cuanto a la facultad de proponer convenciones probatorias.

En los procedimientos de familia, como ya vimos, existe norma expresa que faculta al juez para proponer convenciones probatorias.

En los procedimientos laborales, no existe norma expresa que faculte al juez a proponer ni aprobar convenciones probatorias.

- En cuanto a la facultad de decidir la admisibilidad de las probanzas.

En los procedimientos de familia, esta potestad está reconocida en el artículo 31 de la ley 19.968, al cual ya nos referimos.

En los procedimientos laborales, se encuentra estatuida en similares términos en el artículo 453 n° 4 del Código del Trabajo: “El juez resolverá fundadamente en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes, pudiendo valerse de todas aquellas reguladas en la ley. Las partes podrán también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente.

Sólo se admitirán las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesarias para su resolución.

Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.”

- En cuanto a la facultad de decretar pruebas.

En los procedimientos de familia se consagra esta facultad en el inciso final del artículo 29 de la ley 19.968.

En los procedimientos laborales, es reconocida esta potestad en las siguientes normas:

i.- Artículo 429 del Código del Trabajo: “El tribunal, una vez reclamada su intervención en forma legal, actuará de oficio. Decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará mediante resolución fundada aquellas que considere inconducentes. De esta resolución se podrá deducir recurso de reposición en la misma audiencia. Adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida y, en consecuencia, no será aplicable el abandono del procedimiento.”

ii.- Artículo 453 n° 9 del Código del Trabajo: “En esta audiencia, el juez de la causa podrá decretar diligencias probatorias, las que deberán llevarse a cabo en la audiencia de juicio.”

- En cuanto a la posibilidad en la audiencia de juicio de limitar la prueba admitida en la audiencia preparatoria.

En los procedimientos regulados en la ley 19.968 no se le reconoce esta facultad al juez de familia. Sin perjuicio de lo cual, en aplicación del principio de actuación de oficio, el juzgador podría limitar las probanzas cuando su rendición afectara en forma evidente y sin razón fundante, la celeridad con la cual debe verificarse el proceso, a fin de dar una solución oportuna a los sujetos intervinientes respecto al conflicto sometido a resolución.

En los procedimientos laborales, en cambio, se le confiere expresamente esta potestad al juez laboral, en los siguientes artículos del Código Laboral:

i.- Artículo 454 n° 3 del Código del Trabajo: “Si los demandantes fueren varios y se solicitare la citación a confesar en juicio de muchos o de todos ellos, el juez podrá reducir el número de quienes habrán de comparecer, en especial cuando estime que sus declaraciones puedan resultar una reiteración inútil sobre los mismos hechos.”

ii.- Artículo 454 n° 5 del Código del Trabajo: “El juez podrá reducir el número de testigos de cada parte, e incluso prescindir de la prueba testimonial cuando sus manifestaciones pudieren constituir inútil reiteración sobre hechos suficientemente esclarecidos.”

Tabla 1: Cuadro comparativo entre el juez de familia y el juez laboral respecto a la potestad *ex officio* de carácter probatorio.

	Facultad de proponer convenciones probatorias	Facultad de decidir la admisibilidad de las probanzas	Facultad de decretar pruebas	Facultad de limitar la prueba admitida en la audiencia preparatoria, en la audiencia de juicio
juez laboral	No tiene expresamente esta facultad, ni es aplicable por remisión, ni principio que permita su ejercicio.	Tiene expresamente esta facultad. (artículo 453 n° 4 del Código del Trabajo)	Tiene expresamente esta facultad. (artículos 429 y 453 n° 9 del Código del Trabajo)	Tiene expresamente esta facultad. (artículo 453 n° 3 y n° 5 del Código del Trabajo)
juez de familia	Tiene expresamente esta facultad. (artículo 30 de la ley 19.968)	Tiene expresamente esta facultad. (artículo 31 de la ley 19.968)	Tiene expresamente esta facultad. (artículo 29 de la ley 19.968)	No tiene expresamente esta facultad, ni es aplicable por remisión, pero si por el principio de actuación de oficio y de celeridad, sería procedente su ejercicio.

CAPITULO IV

LAS FACULTADES DE OFICIO DE CARÁCTER CAUTELAR

1.- Concepto

Al igual como ocurre con las facultades de oficio de carácter probatorio tampoco existe una definición legal ni doctrinaria respecto a las facultades en estudio en este capítulo.

Que así las cosas, se estima pertinente y necesario intentar definir las facultades de oficio de carácter cautelar del juez de familia, a fin de aportar al estudio de dicha potestad.

Como propuesta conceptual, podemos señalar que las facultades de oficio de carácter cautelar del juez de familia, son aquellas potestades de carácter legal, que lo autorizan, sin necesidad de petición de parte o sujeto interviniente, para adoptar las medidas cautelares, de carácter innovativas y/o conservativas que estime pertinente, a fin de entregar una respuesta pronta y oportuna al riesgo denunciado o bien a prevenir su materialización, cumpliendo con los requisitos normativos de aquellas y en conformidad con los principios del derecho de familia.

Como vemos, de la definición planteada podemos extraer, en primer término, el objeto de esta facultad, que son las medidas cautelares decretadas de oficio por el juez de familia en los

procedimientos de su competencia. Se ha entendido en la doctrina nacional, como medida cautelar, “toda orden judicial dirigida a precaver un daño, sean de carácter conservativa o innovativa, anticipativa o nominada (típica) o innominada (atípica).”⁸⁸

En segundo término, se obtiene de este concepto, la finalidad de esta potestad, que se confunde con el de las medidas cautelares y sus requisitos generales, la cual es, en términos amplios, evitar un daño cuya inminencia es fundada.

Por último, la definición propuesta refiere que esta facultad cautelar de oficio debe ser ejercida por el juez en conformidad con los principios del derecho procesal de familia, en específico, debiesen decretarse las medidas cautelares teniendo en consideración, entre otros, los principios de: actuación de oficio (celeridad); interés superior de los niños, niñas y/o adolescentes y la protección al cónyuge más débil.

A continuación, se analizarán solo algunos aspectos generales de las medidas cautelares, teniendo presente que un análisis más en detalle excede las pretensiones de esta investigación.

⁸⁸ NÚÑEZ ÁVILA, Raúl y CORTÉS ROSSO, Mauricio.2012. Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile, Ob. CIT., p. 178.

2.- Clases de medidas cautelares aplicables en los procedimientos de familia

Las medidas cautelares procedentes en los procedimientos del derecho procesal de familia, pueden clasificarse de la siguiente manera:

i.- Según sus efectos: conservativas e innovativas.

Las medidas cautelares de carácter conservativo son aquellas “que tienen por efecto mantener el estado de hecho o situación jurídica existente al momento en que es decretada.”⁸⁹

Entre las cuales están las medidas precautorias del artículo 290 del Código de Procedimiento Civil⁹⁰ y la del numeral 5 del artículo 92 de la ley 19.968⁹¹.

Por su parte, las medidas cautelares innovativas son aquellas “que tienen por efecto un cambio o modificación en el estado de hecho o situación jurídica existente.”⁹²

⁸⁹ NÚÑEZ ÁVILA, Raúl y CORTÉS ROSSO, Mauricio.2012. Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile, p. 182.

⁹⁰ Artículo 290 del Código de Procedimiento Civil: “Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas: 1a. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; 2a. El nombramiento de uno o más interventores; 3a. La retención de bienes determinados; y 4a. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.”

⁹¹ Numeral 5 del artículo 92 de la ley 19.968: “Decretar la prohibición de celebrar actos o contratos.”

⁹² NÚÑEZ ÁVILA, Raúl y CORTÉS ROSSO, Mauricio.2012. Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile, p. 182.

Para el profesor argentino JORGE PEYRANO "es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de la libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el status quo. Va más allá, ordenando -sin que concurra sentencia firme de mérito- que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente."⁹³

En atención a que las situaciones fácticas y/o jurídicas que pretendan modificarse pueden ser diversas e imprevisibles, las medidas cautelares innovativas serán ilimitadas en su contenido.

Además de los requisitos generales de toda medida cautelar, la ley 19.968 exige requisitos específicos para su procedencia, a saber: "sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el

⁹³ Citado en: PORRAS HERNÁNDEZ, Emilio. 2005. Medida cautelar innovativa y resolución anticipatoria. [en línea] Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación, n° 35/36, enero/junio 2005, <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=49033&print=1>> [consulta: 29 de mayo de 2018]

interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.”⁹⁴

ii.- Según su instancia de inicio: de oficio o a petición de parte.

Respecto a esta clasificación es importante tener presente que la totalidad de las medidas cautelares aplicables en los procedimientos de familia, son susceptibles de ser solicitadas a instancia de parte. En cambio, el juez de familia no puede decretar de oficio las medidas precautorias del artículo 290 del Código de Procedimiento Civil⁹⁵, por cuanto, la norma en comento, refiere expresamente que es solo el demandante quien está habilitado a solicitar algunas de las medidas que ahí se señalan. Si bien el artículo 22 de la ley 19.968⁹⁶, faculta al juez a decretar, de oficio o a petición de parte, las medidas cautelares que estime procedentes, el artículo precedentemente citado del Código de Enjuiciamiento Civil, regula específicamente a instancia de quien

⁹⁴ Inciso primero del artículo 22 de la ley 19.968: “Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.”

⁹⁵ Artículo 290 del Código de Procedimiento Civil: “Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas: 1a. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; 2a. El nombramiento de uno o más interventores; 3a. La retención de bienes determinados; y 4a. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.”

⁹⁶ Inciso primero del artículo 22 de la ley 19.968: “Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.”

pueden decretarse las medidas precautorias ahí referidas, constituyéndose de este manera, en una norma de carácter especial en este punto, luego, la aplicación del principio de especialidad, nos lleva a la conclusión planteada en cuanto a la preeminencia aplicativa de la norma en análisis del Código de Procedimiento Civil.

iii.- según si se encuentran o no descritas en la ley: nominadas e innominadas.

Se ha entendido en la doctrina nacional que las primeras “son aquellas reguladas de manera explícita y taxativa en la ley, la cual se encarga de establecer expresamente el contenido de la medida cautelar.”⁹⁷ y que las medidas cautelares innominadas, por el contrario, “son la expresión de un poder cautelar general, que permite al juez decretar -sin las limitaciones de las medidas especificadas en la legislación- los mejores medios para asegurar el resultado de la acción.”⁹⁸

Por su parte, para el profesor colombiano ARÍSTEDES RANGEL las medidas cautelares innominadas son “aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar

⁹⁷ LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS: EL PODER DEL JUEZ EN EL MEDIO AMBIENTE. Por Barros Constanza “et al” [en línea] Revista de derecho, n° 31, 2014: p40. <<https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/de51fed4-27d2-4e0f-99ff-5fc8a695d089/rev+31+05+Las+medidas+cautelares+innominadas+El+poder+del+Juez+en+el+medio+ambiente.pdf?MOD=AJPERES>> [consulta: 29 de mayo 2018]

⁹⁸ *Ibíd.*

ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.”⁹⁹

iv.- según si afectan la libertad personal o la libertad de administración o disposición patrimonial: personales o reales.

En el derecho de familia, las medidas cautelares personales, dicen relación con la prohibición de acercamiento del supuesto agresor a la supuesta víctima, ya sea mayor o menor de edad, reguladas en las letra f) y g) del artículo 71 de la ley 19.968 y en los numerales 1 y 6 del artículo 92 del mismo texto legal. Por su parte, las medidas cautelares reales son las establecidas en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil y en el numeral 5 de la ley 19.968 (prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados).

3.- Ámbito de aplicación material y temporal. Afectación a terceros ajenos al juicio y la “Eternalización” en su vigencia

El inciso primero y el último del artículo 22 de la ley 19.968, delimitan el ámbito de aplicación material de las medidas cautelares, esto es, bajo qué circunstancias o condiciones se pueden decretar y en que procedimientos. El primero dispone que: “Sin perjuicio de lo

⁹⁹ Citado en: LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS: EL PODER DEL JUEZ EN EL MEDIO AMBIENTE. Por Barros Constanza “et al” [en línea] Revista de derecho, n° 31, 2014: p40. <<https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/de51fed4-27d2-4e0f-99ff-5fc8a695d089/rev+31+05+Las+medidas+cautelares+innominadas+El+poder+del+Juez+en+el+medio+ambiente.pdf?MOD=AJPERES>> [consulta: 29 de mayo 2018]

dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.” Y por su parte, el último inciso dispone que: “Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71.”

La citada norma, en primer término, señala expresamente que las medidas cautelares en estudio, deben cumplir con sus requisitos comunes, a saber: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. El primero dice relación con las probabilidades -medias o altas- de obtener un fallo a favor. Se ha entendido que “este juicio de probabilidades puede implicar un aproximado al cincuenta por ciento que el derecho que alega el actor sea igual al que finalmente contenga una sentencia firme.”¹⁰⁰. Y el segundo requisito, se ha definido por la doctrina nacional, como “el potencial daño jurídico derivado del retardo del procedimiento.”¹⁰¹

¹⁰⁰ NÚÑEZ ÁVILA, Raúl y CORTÉS ROSSO, Mauricio.2012. Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile. p. 181.

¹⁰¹ Ibídem.

Esto, sin perjuicio, del cumplimiento de los requisitos específicos de cada medida cautelar, como así lo señala expresamente la norma en comento, a propósito de las medidas cautelares innominadas.

Asimismo, se desprende del artículo citado, que las medidas cautelares en estudio, podrán decretarse en todos los asuntos cuya tramitación se someta a los procedimientos estatuidos en la ley 19.968, sin perjuicio de la limitación establecida respecto a las medidas cautelares procedentes en el procedimiento de medidas de protección; o estando regulados sus procedimientos en leyes especiales y existe remisión a la norma en comento en todo lo no previsto en aquellas¹⁰².

Por último, el juez de familia al dictar las medidas cautelares deberá tener presente y respetar sus características esenciales, de provisionalidad e intrumentalidad. La primera, en palabras de GIUSEPPE CHIOVENDA, conlleva que “en la medida provisional es necesario pues distinguir su justificación actual, esto es, frente a las apariencias del momento y su justificación última. La medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de la ley: si después, por ejemplo, esta otra voluntad se ha demostrado inexistente, también la voluntad actuada con la medida provisional se

¹⁰² Como ocurre en el caso de la ley 19.620, norma en la que en su artículo 2, dispone que: “La adopción se sujetará, en cuanto a su tramitación, a las normas establecidas en esta ley y, en lo no previsto por ella, a las del Título III de la LEY 19968 Ley que crea los Juzgados de Familia.”

manifiesta como una voluntad que no habría debido existir.”¹⁰³ Y la instrumentalidad, según PIERO CALAMANDREI, consiste en que las medidas cautelares “nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito”¹⁰⁴

En cuanto al ámbito de aplicación temporal de las medidas cautelares aplicables en los procedimientos de familia, el inciso primero del artículo 22 de la ley 19.968, señala expresamente que pueden decretarse “...en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio...”, posibilidad que reitera el inciso primero del artículo 71 de la ley 19.968, casi en idénticos términos (“En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio...”). Si bien el artículo 92 de la norma en comento, no consagra expresamente la oportunidad en que puede decretarse una de las medidas cautelares que señala, se entiende que en lo no previsto en dicho artículo rige la norma general, que en el caso de las medidas cautelares en estudio, es el artículo 22 de la ley de tribunales de familia. Y en lo que respecta a su vigencia

¹⁰³ Citado en: MARÍN GONZALEZ, Juan Carlos. 2002. Las medidas cautelares en el nuevo código procesal penal chileno. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, n° 1, 2002. p. 12, < <https://revistaestudiosarabes.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/14971/15410>> [consulta: 28 de junio 2018]

¹⁰⁴ Ibídem, p. 13.

estará determinada, en última instancia, por el término del juicio, en aplicación del principio de accesoriedad.

Existen dos situaciones que están relacionadas a la materia precedentemente tratada y que son dables de analizar. En primer término, la situación de que pueda verse afectado por la dictación de una medida cautelar un tercero ajeno al juicio y que no participe de la relación supuesta víctima - supuesto victimario, y la circunstancia que he llamado la "Eternalización" en la vigencia de las medidas cautelares.

En general, en los asuntos de competencia de los tribunales de familia, las medidas cautelares que se dicten afectaran a personas que son sujetos intervinientes en el respectivo juicio, pero en materia de medidas de protección, puede ocurrir que las medidas cautelares pueden ser decretadas en contra de terceros que no tengan esta calidad, pero se constituyan en un agente peligroso para la integridad física o psicológica del niño de autos, y por ende sea necesario imponer en su contra una medida de esta índole.

Luego, una medida cautelar de las reguladas en la ley 19.968, no puede afectar derechos de un tercero que no participe en la relación supuesta víctima - supuesto victimario en el ámbito de la medidas de protección de niños, niñas y adolescentes. Así por lo demás, se desprende de un fallo de primera instancia dictado por la Corte de Apelaciones de Rancagua, confirmado por la Corte Suprema, a propósito de un recurso de protección deducido por un arrendatario que

se ve afectado en sus derechos por haber sido lanzado de la propiedad que arrendaba, para que la supuesta víctima la pudiera habitar, en cumplimiento de una medida cautelar dictada en un juicio por violencia intrafamiliar. En lo pertinente, los considerandos primero, segundo y tercero del fallo en cuestión:

“1. Que aparte de lo dudoso que resulte que pueda decretarse como medida de protección cautelar, en materia de violencia intrafamiliar, la entrega de un inmueble, de lo que no cabe duda es que medida tal no puede afectar jamás lo derechos de terceros y que, por cierto, una resolución razonada y razonable debe considerar como primera cuestión si en el inmueble existen moradores ajenos al presunto agresor. En la especie, era evidente que los había, puesto que el supuesto agresor vivía con la denunciante en otro lugar. Así pues, la prudencia elemental desaconsejaba entregar a la mujer, sin más averiguaciones, una casa muy probablemente habitada por un tercero.

2. Que tan cierto era que el inmueble lo ocupaba un tercero ajeno al juicio de violencia intrafamiliar, que fue lanzado en la especie desde aquella habitación, don J.S.D., resultando entonces que él vivía en el lugar y siendo un extraño al juicio referido, ya con ello la resolución que, más allá de su denominación, ordena lanzarlo es evidentemente arbitraria e ilegal.

3. Que para mayor gravedad, el Sr. S. acompaña un contrato de trabajo con anexo en que se pacta arrendamiento sobre la casa, lo que permite determinar, para este procedimiento, que se trata de un mero tenedor que sobre ese bien incorporal, que es su derecho de arrendatario, tiene una especie de propiedad. El tercero que se ha hecho parte cuestiona la seriedad de ese contrato, pero ello no tiene ninguna relevancia porque aún si no fuere más que comodatario sigue el recurrente teniendo un derecho a ocupar el inmueble, y por lo tanto, incluso en ese extremo se ha vulnerado su derecho de propiedad respecto de una cosa incorporal. Adicionalmente y aún si la tenencia no consistiere más que un precario, se ha vulnerado la igualdad ante la ley, porque las personas no pueden ser despojadas de la tenencia de un bien raíz sino mediante un procedimiento judicial al que sean llevados como parte, y en este caso, por la arbitraria resolución de la juez recurrida, se ha hecho una excepción –ciertamente ilegal– mediante la cual el tercero resulta directamente afectado por un juicio en que no tiene la más mínima intervención.”¹⁰⁵

Por último, la circunstancia que he denominado la “Eternalización” en la vigencia de las medidas cautelares en los procedimientos por medida de protección, dice relación con el hecho de que si bien estas son decretadas por un plazo determinado sin posibilidad de prórroga, según lo dispone expresamente el artículo 71

¹⁰⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 20 de enero de 2014, en causa rol 12-2014, considerando sexto, disponible en VLEX.cl.

de la ley 19.968¹⁰⁶, ocurre que dado que los procedimientos de cumplimiento de medida de protección pueden durar bastante tiempo¹⁰⁷ y las medidas cautelares si bien formalmente no se prorrogan (no se señala expresamente que se prorroga una determinada medida cautelar), estas pueden decretarse una y otra vez, atendido el mérito del proceso. Luego, combinadas ambas situaciones, tenemos la aplicación de medidas cautelares por un tiempo bastante superior al que el legislador pretendió establecer.

4.- Las medidas cautelares que limitan la libertad personal en el derecho de familia. Comparativo con el proceso penal

Una pieza angular de nuestro ordenamiento jurídico, es el resguardo y protección al derecho humano de la libertad personal y seguridad individual, como se desprende de su consagración constitucional y en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Se ha entendido que “el derecho a la libertad personal está íntimamente ligado a la seguridad personal, vale decir, al derecho a no ser perturbado en su libertad, a través de detenciones, arrestos y otras medidas que, adoptadas ilegal o arbitrariamente, amenacen, perturben

¹⁰⁶ Inciso final del artículo 71 de la ley 19.968: “En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días.”

¹⁰⁷ Por ejemplo: medida de protección se aplica a un *nasciturus* y su cumplimiento, por diversas circunstancias, se mantiene hasta la mayoría de edad.

o priven a la persona de organizar libremente su vida individual o social conforme a sus libres opciones y convicciones.”¹⁰⁸

Así las cosas, dada su importancia, cualquier limitación a su ejercicio debe estar tipificada y cumplir con diversos requisitos formales -constitucionales y legales- y estar debidamente fundada.

En nuestro derecho existen medidas cautelares que limitan, en mayor o menor medida, la libertad personal, principalmente en materia penal y en el derecho procesal de familia.

En el Código Procesal Penal, encontramos las siguientes medidas cautelares personales:

- La citación (artículos 123 y 124 del Código Procesal Penal).
- La detención (artículos 125 al 138 del Código Procesal Penal).
- La prisión preventiva. (artículos 139 al 153 del Código Procesal Penal).

Las medidas cautelares del artículo 155 de la norma en comento. A saber: a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;

b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución

¹⁰⁸ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. 2002. La libertad personal y las dos caras de jano en el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] Rev. derecho (Valdivia), vol. 13 , dic. 2002: 161-186, http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502002000100011&script=sci_arttext [consulta: 04 de junio 2018]

determinada, las que informarán periódicamente al juez; c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare; d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal; e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares; f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa; g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél; h) La prohibición de poseer, tener o portar armas de fuego, municiones o cartuchos, y i) La obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado.

En el derecho procesal de familia, las medidas cautelares que limitan la libertad personal son:

- La prohibición de acercamiento del supuesto agresor a la supuesta víctima (adulto o menor de edad). Establecida en la letra g) del artículo 71 de la ley 19.968 y en el numeral 1 del artículo 92 de la mismo texto legal.
- La salida del hogar común que el supuesto agresor comparte con la supuesta víctima (adulto o menor de edad). Regulada

en la letra f) del artículo 71 de la ley 19.968 y en el numeral 1 del artículo 92 del mismo texto legal.

- La prohibición de porte y tenencia y la incautación de cualquier arma de fuego. Establecida en el numeral 6 del artículo 92 del mismo texto legal.

Caracterizan a las medidas cautelares del Código Procesal Penal, por regla general, que proceden a petición de parte; y que las de mayor connotación o entidad, además, deben ser decretadas tras la verificación de un trámite procesal llamado formalización de la investigación¹⁰⁹; y en audiencias previo debate.

Por su parte, las medidas cautelares personales del derecho procesal de familia, cualquiera que sea, pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte; no requieren en ningún caso que se cumpla con un trámite o diligencia procesal previa; y pueden ser decretadas fuera o dentro de audiencia, de plano o previo debate, según se desprende de lo señalado en los artículos 22, 71 y 92 de la ley 19.968.

¹⁰⁹ Artículo 229 del Código Procesal Penal: “Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.”

Tabla 2: Cuadro comparativo entre las medidas cautelares personales del Código Procesal Penal y las del derecho procesal de familia.

	De oficio o a petición de parte	Trámite judicial previo	De plano o con previo debate	Fuera o dentro de audiencia
Medidas cautelares personales del Código Procesal Penal (CPP)	<p>Citación y detención: de oficio o a petición de parte.</p> <p>Prisión preventiva y medidas cautelares del artículo 155 del CPP: solo a petición de parte (fiscal o querellante y también la víctima en el caso de estas últimas)</p>	<p>Citación y detención: no requieren.</p> <p>Prisión preventiva y medidas cautelares del artículo 155 del CPP: requieren que este formalizada la investigación.</p>	<p>Citación, detención y medidas cautelares del artículo 155 del CPP: de plano o con previo debate.</p> <p>Prisión preventiva: previo debate.</p>	<p>Citación, detención y medidas cautelares del artículo 155 del CPP: Fuera o dentro de audiencia.</p> <p>Prisión preventiva: solo dentro de audiencia.</p>
Medidas cautelares personales del derecho procesal de familia (artículos 22, 71 y 92 de la ley 19.968)	De oficio o a petición de parte.	No requieren.	De plano o con previo debate.	Fuera o dentro de audiencia.

CAPITULO V

EL DEBIDO PROCESO EN EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE OFICIO DE CARÁCTER PROBATORIO Y CAUTELAR DEL JUEZ DE FAMILIA

1.- Las garantías del derecho fundamental a un debido proceso

Nuestra constitución consagra el derecho a un debido proceso, en el inciso quinto del artículo 19 n° 3, al disponer que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.” Como vemos, nuestro constituyente prefirió no definir el derecho a un debido proceso ni señalar expresamente cuales eran sus garantías, sin perjuicio de lo cual se “acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere” (13 de abril de 1984, Gaceta Jurídica 46, 1984, página 58),”¹¹⁰

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 04 de julio de 2006, en causa rol 481-2006, considerando octavo, disponible en www.tribunalconstitucional.cl.

Conceptualizar el derecho a un debido proceso, conlleva necesariamente el análisis de sus dos dimensiones. La faz sustantiva y su faz adjetiva o procedimental.

Se ha entendido por la doctrina comparada que “el debido proceso sustantivo exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez.”¹¹¹

En este mismo sentido nuestro tribunal constitucional ha señalado respecto a esta dimensión del debido proceso que “tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional. En ese sentido, el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia;”¹¹².

¹¹¹ PALMA ENCALADA, Leny. 2005. El debido proceso sustantivo como instrumento para asegurar una sentencia justa. [en línea] Revista Derecho & Cambio Social, n° 4, 2005: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista004/proceso.htm#_ftnref4> [consulta: 21 de junio 2018]

¹¹² Sentencia del Tribunal Constitucional, de 07 de junio de 2012, en causa rol 2045-2011, considerando cuarto, disponible en www.tribunalconstitucional.cl.

En su dimensión adjetiva se ha definido “como aquella garantía referida a la necesidad de que la jurisdicción se ejerza por medio de un proceso justo, en que se respeten condiciones procesales mínimas que permitan a ambas partes del litigio actuar en pie de igualdad ante un tribunal imparcial.”¹¹³

En este mismo sentido la Corte Suprema, ha reiterado “que constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Magna en el artículo 19, Nº 3º, inciso quinto, le confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los aspectos que abarca el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituyen el derecho de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de los intervinientes y de recurrir contra toda sentencia que estime agravante a sus derechos. De esta manera, el derecho de probar los aspectos de hecho de las cuestiones en discusión es consustancial a la racionalidad y justicia de todo procedimiento y, por consiguiente, nadie puede arbitraria o ilegalmente privar a uno de los litigantes de la facultad de presentar y obtener la

¹¹³ BALIC NORAMBUENA, Cristóbal. 2015. Facultades probatorias del juez laboral: análisis de la interrogación oficiosa de testigos en relación al debido proceso. [en línea] Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 23, <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/131791/Facultades-probatorias-del-juez-laboral.pdf?sequence=1>> [consulta: 21 de junio 2018]

posibilidad de demostrar sus pretensiones. En el proceso penal resulta evidente el derecho a la prueba que le asiste a toda parte en esa controversia, a menos que se declare su impertinencia por causa legal, pero respecto de determinadas probanzas solicitadas expresamente. El Código Procesal Penal considera en los artículos 295 y 296, el principio que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser acreditados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley y admite que la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia se rinda durante la audiencia del juicio oral.”¹¹⁴

Por su parte, para la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son garantías del debido proceso, en su faz adjetiva, las siguientes:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¹¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema, de 14 de septiembre de 2005, en causa rol 3666-2005, considerando séptimo, disponible en <http://jurisprudencia000003.blogspot.com/2007/08/debido-proceso-prueba-oportunidad-para.html>

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”¹¹⁵

Así las cosas, se puede definir el derecho al debido proceso, comprendiendo ambas dimensiones, como “aquel que, franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario”¹¹⁶, o bien, como lo explica el profesor BORDALÍ SALAMANCA “como un “metaderecho” referido a un conjunto de derechos procesales mínimos más o menos detallados en la *Constitución* o en tratados internacionales sobre derechos humanos, pero también funciona como un principio de carácter constitucional y como un concepto jurídico indeterminado que deberá

¹¹⁵ Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹⁶ GARCIA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo. 2013. El derecho a la tutela judicial y al Debido Proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. [en línea] Estudios Constitucionales, Vol.11, n° 2. p. 252, <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n2/art07.pdf> [consulta: 21 de junio 2018]

ser precisado o colmado por los órganos a los que el sistema jurídico entregue esta competencia.”¹¹⁷

2.- El debido proceso en el ejercicio de las facultades de oficio de carácter probatorio y cautelar del juez de familia. Garantías limitadas, remedios y atenuantes

Como se demostrará a continuación, existen ciertas garantías del debido proceso que se ven limitadas por el ejercicio de las facultades de oficio de carácter probatorio y cautelar del juez de familia, a saber:

- derecho al contradictorio;
- derecho a la rendición de prueba; y
- derecho a un juez imparcial.

A su vez, como se verificara más adelante, es posible identificar determinadas medidas paliativas a las limitaciones referidas, que permiten remediar o atenuar los efectos negativos en el juicio en cuestión que supone toda afectación -por mínima que sea-, del derecho fundamental a un debido proceso.

¹¹⁷ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. 2009. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 33, dic. 2009. p. 267, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007> [consulta: 21 de junio 2018]

2.1.- derecho al contradictorio

Se ha entendido en la doctrina nacional que la aplicación del principio de contradicción “exige, en primer lugar, que se otorgue el libre acceso de las partes al proceso, para lo que se ha establecido el deber del juez de poner en conocimiento de la parte pasiva la existencia de una pretensión formulada en su contra a través del órgano jurisdiccional por la parte activa.”¹¹⁸ Y en un segundo término, el principio en comento “supone que las partes puedan realmente participar del proceso, para lo cual se les concede precisamente, la categoría de parte, a fin de que, con arreglo a su legitimación, puedan hacer valer sus alegaciones.”¹¹⁹

Por su parte, nuestro tribunal constitucional ha señalado respecto a esta garantía “que, al resolverse de plano una materia, se limita, como se ha explicado, el derecho a bilateralidad de la audiencia y el derecho a defensa de aquel en contra de quien se resuelve. Sin embargo, esta limitación no transforma, por ese sólo hecho, el procedimiento en irracional o en injusto, pues la justicia y la racionalidad pueden, en ciertos casos, no sólo tolerar, sino exigir que alguna materia sea resuelta de plano. La limitación que implica resolver de plano se justifica en muchos casos en que resulta adecuada, necesaria y proporcional para lograr objetivos de eficacia o celeridad de

¹¹⁸ NÚÑEZ ÁVILA, Raúl y CORTÉS ROSSO, Mauricio.2012. Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile. p. 63.

¹¹⁹ Ibídem, p.64.

decisiones judiciales. Así, por ejemplo, esta Magistratura ha aceptado que se resuelvan de ese modo ciertas medidas intrusitas de la privacidad que puedan resultar indispensables para la investigación de ilícitos particularmente graves; las que, de decidirse con previa audiencia perderían todo sentido y eficacia. También se justifica resolver de plano cuestiones como la admisibilidad de acciones, pues en ellas todavía no hay litis trabada y se trata de verificar si en una presentación ya hecha se cumplen o no determinados requisitos para entrar al conocimiento de una materia. En la especie, sin embargo, no aparecen de manifiesto motivos para resolver de plano sanciones disciplinarias. Desde luego, la urgencia no lo es, en condiciones que ya se han verificado cargos y descargos durante un lapso de tiempo. Tampoco podría serlo la necesidad de mantener reserva de determinadas cuestiones, ya que la investigación ha dejado de ser reservada. En la especie, ya se ha producido una cierta bilateralidad y no se divisa ninguna razón o finalidad para que, al resolver esta materia, deba limitarse el derecho a defensa o la plena bilateralidad de una audiencia a la que pueda acudir la requirente.”¹²⁰

De lo reseñado precedentemente, podemos establecer claramente las características y el contenido, de este derecho al contradictorio en nuestro ordenamiento jurídico.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 31 de agosto de 2007, en causa rol 747-2007, considerando decimo, disponible en www.tribunalconstitucional.cl.

1. Supone el reconocimiento de calidad de parte del sujeto pasivo de la pretensión hecha valer;
2. Conlleva la obligación del órgano judicial de poner en conocimiento efectivo a la contraparte de la pretensión formulada y de permitir su libre acceso al proceso;

En lo que respecta, en específico, al ejercicio de las facultades de oficio de carácter probatorio y cautelar y su relación con la aplicación del principio en estudio, es dable tener presente que el juez de familia como ya vimos, tiene por un lado, la potestad de decretar de oficio las pruebas que estime conveniente para resolver el asunto controvertido, según lo faculta expresamente el inciso final del artículo 29 de la ley 19.968, como asimismo, la facultad de decretar las medidas cautelares que considere pertinente, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 22 de la ley 19.968.

Así las cosas, como facultad propiamente tal, no supone el deber del tribunal de poner en conocimiento a las partes de forma previa a que decreta las probanzas o dicte las medidas cautelares que tenga en mente solicitar o decretar, esto es, el sentenciador no tiene la obligación de comunicar a las partes ni las pruebas que pretenda incorporar en juicio ni las medidas cautelares que estime necesario adoptar, para que estas tengan la posibilidad de rebatirlas previa a su dictación. Desde esta perspectiva, si estaríamos ante una limitación al contradictorio, no obstante esta se atenuaría, atendido en primer lugar

por la obligación del juzgador de fundamentar la respectiva resolución y la posibilidad cierta que poseen las partes de ejercer los recursos procesales en contra de las resoluciones que decretaron probanzas o medidas cautelares en ejercicio de las facultades judiciales en comento.

2.2.- derecho a la rendición de prueba

En principio, se podría sostener, que el ejercicio de la potestad de oficio de decretar pruebas, no afecta el derecho de las partes a ofrecer las pruebas que estimen necesario a fin de acreditar sus pretensiones, dado que son derechos o prerrogativas distintas, cuyo ejercicio no está relacionado entre sí, toda vez que las partes ofrecen su prueba, el juez decreta la suya. Sin perjuicio de lo cual, desde un punto de vista panorámico del proceso, es posible concluir que si existiría una limitación a este derecho, por el ejercicio de la facultad de oficio en comento, desde el momento que en la práctica judicial, se opta por escuchar primero el ofrecimiento probatorio de las partes y en forma posterior el tribunal decreta su prueba, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 8) del artículo 61 de la ley 19.968¹²¹, todo lo cual conlleva, a que una vez decretadas las probanzas de oficio, las partes se vean impedidas de producir contraprueba o ampliar los

¹²¹ Numeral 8) del artículo 61 de la ley 19.968: “Determinar las pruebas que deberán rendirse al tenor de la propuesta de las partes y disponer la práctica de las otras que estime necesarias.”

medios probatorios originalmente ofrecidos en relación a estas, dado que su oportunidad para ofrecer pruebas habría precluido.

En este sentido, se ha planteado en nuestra doctrina, que para que la potestad probatoria del juez no afecte el debido proceso, debe cumplir con los siguientes presupuestos: “a) Posibilidad de las partes de controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba que se intenta introducir; b) Participar en su realización; c) Producir contraprueba; d) Discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión; e) que la potestad probatoria se limite a los hechos discutidos en el pleito; f) a las fuentes probatorias que ya constan en la causa, y g) se permita ejercer el derecho de defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas.”¹²²

En lo que respecta a las medidas cautelares decretadas de oficio, el derecho en análisis, se encuentra limitado en el caso en que estas sean decretadas de plano, dado que tal forma de dictación, excluye toda posibilidad de rendir probanzas. Será una atenuante a esta limitación, la fundamentación de la respectiva resolución, la posibilidad de debate y de revisión posterior, que incluya un término probatorio.

¹²² HUNTER AMPUERO, Iván. 2007. Poderes del juez de civil: Algunas consideraciones a Propósito del juez de familia. [en línea] Revista de Derecho Valdivia, Vol. 20, n° 1, jul. 2007: p. 226, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100009> [consulta: 21 de junio 2018]

2.3.- derecho a un juez imparcial

El derecho a un juez imparcial es un componente esencial y sustantivo del debido proceso, cuyo irrespeto afectará inexorablemente la legitimidad de la resolución judicial dictada. Así lo ha refrendado, nuestro tribunal constitucional al señalar “que este Tribunal está de acuerdo en “que todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea”. Es más, a juicio de este Tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal.”¹²³ En este mismo sentido CONTESSÉ SINGH quien refiere que “las sentencias pronunciadas por los órganos que ejercen jurisdicción solo son legítimas cuando se dictan en el marco de un procedimiento que no deja dudas acerca de la posición desprejuiciada del tribunal.”¹²⁴

En lo que respecta al concepto de imparcialidad del juez se ha entendido por LUIGI FERRAJOLI "...como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a

¹²³ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 21 de diciembre de 1987, en causa rol 46-1987, considerando decimo, disponible en www.tribunalconstitucional.cl.

¹²⁴ CONTESSÉ SINGH, Jorge. 2007. Implicancias y recusaciones: el caso del tribunal constitucional. Informe en derecho sobre la inhabilidad constitucional para conocer de un caso en el que se ha vertido opinión pública con anterioridad. [en línea] *Ius et Praxis*, Vol.13, n°2: p. 393 < <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000200016> > [consulta: 21 de junio 2018]

las partes como a la materia. Es indispensable para que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos...Esta imparcialidad del juez respecto de los fines perseguidos por las partes debe ser tanto personal como institucional"¹²⁵

La imparcialidad del juzgador debe ser analizada desde sus dos vertientes, una subjetiva y otra objetiva. Para el profesor BORDALÍ SALAMANCA "la imparcialidad considerada subjetivamente dice relación con el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial."¹²⁶ Y en cambio "la imparcialidad considerada objetivamente toma en consideración la relevancia de aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial de la justicia."¹²⁷, de ahí que "cuando se separa a un juez de la causa porque se ha tomado en consideración la ausencia de imparcialidad objetiva, no debe entenderse como una constatación de su parcialidad, sino como una medida adoptada con un carácter de prevención, para así eliminar recelos y sospechas, evitando una eventual posterior acusación de parcialidad."

¹²⁵ Citado en: VALENTÍN FERRADA, Luis. La falta de imparcialidad de los jueces, como causa de un grave quebrantamiento institucional. Primera Parte. [en línea] <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-falta-de-imparcialidad-de-los-jueces-como-causa-de-un-grave-quebrantamiento-institucional-primera-parte/>> [consulta: 21 de junio 2018]

¹²⁶ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. 2009. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 33, dic. 2009: p. 272, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007> [consulta: 21 de junio 2018]

¹²⁷ Ibídem, p. 273.

Así también lo ha refrendado el tribunal europeo de derechos humanos, al señalar que “si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.”¹²⁸

Como ya se expuso previamente en este trabajo, existen dos grandes visiones en relación a la potestad *ex officio* del juez de decretar pruebas, una que plantea que tal facultad afecta indudablemente su imparcialidad, al comprometer su carácter de tercero ajeno a las partes y a sus pretensiones y la otra que sostiene que bajo determinadas condiciones la imparcialidad del juez no tendría que verse afectada.

En lo que respecta al derecho procesal de familia, la discusión referida es atingente, a mi entender, solo al ámbito de los contenciosos patrimoniales, en donde efectivamente el principio dispositivo mantiene una presencia expectante. En cambio, como en los contenciosos no patrimoniales es el principio inquisitivo el que prevalece en desmedro

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 01 de octubre de 1982, en Demanda 8692/1979, disponible en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf>

del dispositivo, -atendido, por un lado, a los objetivos y fines que persiguen las diversas acciones que se enmarcan dentro de este grupo y, por otro, a la existencia de una desigualdad entre los sujetos intervinientes del contencioso familiar-, el juzgador tiene amplias facultades para decretar la prueba que estime conveniente y con relación o no con los hechos discutidos en el juicio¹²⁹.

En ese entendido, el juez debiese limitarse a decretar prueba en los procesos de acciones patrimoniales, solo en relación a los hechos controvertidos y con la única finalidad de complementar la aportada por las partes, que en tal situación, el contenido del principio dispositivo se mantiene a salvo y tampoco se vería afectada la imparcialidad del juzgador. Luego, si el juez se aparta de las condiciones precedentemente señaladas se estaría afectando su imparcialidad, y con ello limitando el derecho a un debido proceso.

En lo que respecta a la dictación de medidas cautelares, se ha sostenido que afectaría la imparcialidad del juez, el hecho de que al haber decretado una medida cautelar este “podría verse condicionado ya por mecanismos psicológicos (no mostrarse contradictorio), sociales (evitar la crítica pública) o jurídicos (exponerse a sanciones) para mantener esa valoración al momento en que debe fallar el asunto en su mérito, aunque de las alegaciones de las partes y las pruebas introducidas al proceso se forme otra convicción. En este caso, el juez

¹²⁹ Juicio de medida de protección respecto de un solo hijo y el juez ordene un informe para conocer la situación de su hermano.

más que aplicar la ley al caso concreto, mantendría su opinión formada previamente y en tal sentido juzga según su propio interés.”¹³⁰

Se ha contrastado esta tesis, señalando que “no existe la misma *res iudicanda*, toda vez que la medida cautelar se decreta con base a un juicio de probabilidad sobre la existencia del derecho, es decir, el juez falla articulando un contradictorio muy reducido de carácter sumario y provisorio, y la sentencia definitiva tendrá en consideración un contradictorio pleno con alegaciones y pruebas para determinar la existencia efectiva del derecho.”¹³¹

Adherimos a este último planteamiento, en el entendido de que la sentencia definitiva no está condicionada a las resoluciones previas dictadas durante la tramitación del proceso en cuestión, ya que como se ha dicho, se fundan en antecedentes cuya sustancia y valoración es distinta y por ende no debiese existir ningún tipo de presión a las que hace mención la primera de las teorías referidas. En consecuencia, a nuestro juicio, no existe limitación en este punto al derecho a un juez imparcial.

¹³⁰ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. 2009. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 33, dic. 2009: p. 279, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007> [consulta: 21 de junio 2018]

¹³¹ Ibídem, p. 280.

Tabla 3: Cuadro comparativo entre el derecho al contradictorio, el derecho a la rendición de prueba y el derecho a un juez imparcial, en relación a las limitaciones que les afecta por el ejercicio de las facultades oficiosas en estudio y los remedios o atenuantes aplicables.

	Derecho al contradictorio	Derecho a la rendición de prueba	Derecho a un juez imparcial
Limitación por el ejercicio de las facultades de oficio de carácter probatorio (FOCP) y cautelar (FOCC).	<p>FOCP: Decretar pruebas de plano.</p> <p>FOCC: Dictación de medidas cautelares de plano.</p>	<p>FOCP: Orden de ofrecimiento de las probanzas, impide que las partes puedan producir contraprueba o ampliar los medios probatorios originalmente ofrecidos en relación a las pruebas del tribunal, dado que su oportunidad para ofrecer pruebas precluye.</p> <p>FOCC: Medidas cautelares decretadas de plano, dado que excluye toda posibilidad de rendir probanzas.</p>	<p>FOCP: Solo podría verificarse respecto a procesos iniciados por acciones patrimoniales, cuando el juez decreta pruebas que no tengan relación con los hechos controvertidos y no es complementaria a la aportada por las partes.</p> <p>FOCC: No existe limitación, dado que el juez no está presionado por no mostrarse contradictorio, toda vez que los procedimientos cautelares y del juicio principal, tienen antecedentes y valoraciones distintas.</p>
Remedio o atenuante	<p>FOCP y FOCC: Fundamentación de la respectiva resolución; posibilidad de debate y revisión posterior.</p>	<p>FOCP: Posibilidad de producir contraprueba; debatir acerca de su eficacia; y posibilidad de ampliación de medios probatorios.</p> <p>FOCC: Fundamentación de la respectiva resolución; posibilidad de debate y revisión posterior, que incluya un término probatorio.</p>	<p>FOCP: El juez debe decretar pruebas que tengan relación con los hechos controvertidos y que sea complementaria a la aportada por las partes (acciones patrimoniales)</p> <p>FOCC: No hay, dado que no hay limitación a la garantía en análisis.</p>

CONCLUSIONES

- Que podemos definir al contencioso familiar como un conflicto litigioso, sometido al conocimiento de los tribunales de justicia y regulado por el derecho familiar, existente entre individuos que forman parte de una misma familia.
- Que el contencioso familiar, al tener como elemento fundante y esencial, la institución de la familia, su conformación y características, dependerá ineludiblemente de la concepción sociológica y jurídica que adopte la sociedad en un determinada época respecto de aquella.
- Que las acciones del artículo 8 de la ley 19.968, inherentes al contencioso familiar, sin perjuicio de tener sus propios objetivos específicos, responden a objetivos de carácter más generales, que para efecto de su estudio, pueden clasificarse en: aquellas que buscan la protección de la familia como un sujeto único y distinto a los miembros que la conforman; aquellas que resguardan el interés superior del niño, niña y/o adolescente; y aquellas cuyo objetivo es otorgar protección al más débil o desvalido. Sin perjuicio de lo cual, existirán acciones cuyos objetivos generales pueden ser múltiples y estar comprendidas en consecuencia en más de una de las categorías referidas, como asimismo existir acciones que por su naturaleza escapan al presente esfuerzo de clasificación.

- Que los sujetos intervinientes del contencioso familiar, son variados y diversos, atendidas las distintas acciones que pueden dar origen a un contencioso de este tipo y a las actitudes frente al proceso que estos pueden adoptar. Por ende, y en específico por esto último, parece más preciso hablar en los procedimientos de derecho de familia de sujetos intervinientes que de parte, en su clásica concepción.
- Que del análisis del contencioso familiar, podemos sostener que en los conflictos de índole familiar, existen miembros de una misma familia que no se encuentran en igualdad de condiciones en relación a los demás integrantes. Lo anterior, es una desigualdad de carácter material, cuyas causas se originaron con antelación al proceso judicial mismo y que están dadas por características inherentes y objetivas del sujeto o que fueron provocadas por agentes externos (por ejemplo: minoría de edad, afectación emocional y/o psicológica o indefensión económica).
- Que las facultades de oficio existentes en el derecho procesal de familia, relativizan la pasividad, como base del ejercicio la jurisdicción de la jurisdicción, y su principio a fin, -el dispositivo-, al permitir al juez de familia, dar inicio a determinados procedimientos, obtener probanzas, decretar medidas cautelares, y promover soluciones colaborativas entre las partes, entre otras facultades.

- Que la justificación de la existencia de las facultades *ex officio* en estudio, es la obligación de resguardo del interés público del derecho de familia, el cual reposa y se manifiesta en tres principios fundamentales, a saber: la protección de la familia como sujeto único y distinto a los miembros que la conforman; el interés superior del niño, niña y/o adolescente; y la protección al más débil o desvalido.
- Que la conformación del interés público del derecho de familia, determinada precedentemente, permite efectuar una clasificación que engloba a la mayor parte de las acciones referidas en el artículo 8 de la ley 19.968, confirmando de esta manera, la existencia de una relación lógica y coherente entre la pretensión (interés público) y las acciones del derecho procesal de familia.
- Que no se ha conceptualizado doctrinariamente a las facultades oficiosas de carácter probatorio y cautelar.
- Que como propuesta de concepto de las facultades oficiosas de carácter probatorio, podemos definir las como aquellas potestades de carácter legal, que autorizan al juez de familia, para proponer convenciones probatorias, efectuar un control de admisibilidad de las pruebas y decretar las probanzas que estime necesarias, a fin de acercarse lo más posible a la verdad material, y así resolver de forma sustantiva el asunto

controvertido sometido a su decisión, en concordancia con los principios que conforman el derecho de familia.

- Que, por su parte, las facultades de oficio de carácter cautelar del juez de familia, son aquellas potestades de carácter legal, que lo autorizan, sin necesidad de petición de parte o sujeto interviniente, para adoptar las medidas cautelares, de carácter innovativas y/o conservativas que estime pertinente, a fin de entregar una respuesta pronta y oportuna al riesgo denunciado o bien a prevenir su materialización, cumpliendo con los requisitos normativos de aquellas y en conformidad con los principios del derecho de familia.
- Que sin perjuicio, de que nuestro constituyente no determinó cuales eran las garantías específicas que conforman el derecho a un debido proceso, existe consenso en nuestra doctrina y jurisprudencia, que -a lo menos- lo constituyen: el derecho a un tribunal imparcial; el derecho de ser oído y al contradictorio; el derecho a rendir pruebas para acreditar los hechos fundantes de las alegaciones efectuadas; y el derecho al recurso.
- Que el derecho al contradictorio, a la rendición de prueba y a un juez imparcial, se ven -en menor o mayor medida- limitados por el ejercicio de las facultades de oficio de carácter probatorio y cautelar del juez de familia.
- Que a su vez, existen determinadas medidas paliativas a las limitaciones denunciadas, que permiten remediar o atenuar los

efectos negativos en el juicio en cuestión que supone toda afectación -por mínima que sea-, del derecho fundamental a un debido proceso.

- Que en lo que respecta al derecho al contradictorio, las facultades *ex officio* en estudio, como potestad propiamente tal, no supone el deber del tribunal de poner en conocimiento a las partes de forma previa a que decrete las probanzas o dicte las medidas cautelares que tenga en mente solicitar o decretar. Desde esta perspectiva, si estamos ante una limitación al contradictorio, no obstante esta se atenuaría, atendido en primer lugar, a la obligación del juzgador de fundamentar la respectiva resolución y la posibilidad cierta que poseen las partes de ejercer los recursos procesales en contra de las resoluciones que decretaron probanzas o medidas cautelares en ejercicio de las facultades judiciales en comento.
- Que en principio, el ejercicio de la potestad de oficio de decretar pruebas, no afecta el derecho de las partes a ofrecer las pruebas que estimen necesario a fin de acreditar sus pretensiones, dado que son prerrogativas distintas, cuyo ejercicio no está relacionado entre sí, toda vez que, las partes ofrecen su prueba, el juez decreta la suya. Sin perjuicio de lo cual, desde un punto de vista panorámico del proceso, es posible concluir que si existiría una limitación a este derecho, por el ejercicio de la facultad de oficio en comento, desde el

momento que en la práctica judicial, se opta por escuchar primero el ofrecimiento probatorio de las partes y en forma posterior el tribunal decreta su prueba, todo lo cual conlleva a que una vez decretadas las probanzas de oficio, las partes se vean impedidas de producir contraprueba o ampliar los medios probatorios originalmente ofrecidos en relación a estas, dado que su oportunidad para ofrecer pruebas ha precluido. En lo que respecta a las medidas cautelares decretadas de oficio, el derecho en análisis, se encuentra limitado en el caso en que estas sean decretadas de plano, dado que tal forma de dictación, excluye toda posibilidad de rendir probanzas. Serán remedios a las limitaciones señaladas, en el primer caso, permitir a los sujetos intervinientes producir contraprueba; debatir acerca de su eficacia; y posibilidad de ampliación de medios probatorios y respecto a las medidas cautelares *ex officio*, la fundamentación de la respectiva resolución, la posibilidad de debate y de revisión posterior, que incluya un término probatorio.

- Por último, en lo que respecta al derecho a un juez imparcial, el magistrado de familia debe limitarse a decretar pruebas en los procesos de acciones patrimoniales, solo en relación a los hechos controvertidos y con la única finalidad de complementar la aportada por las partes, que en tal situación, el contenido del principio dispositivo se mantiene a salvo y tampoco se vería

afectada la imparcialidad del juzgador. Luego, si el juez se aparta de las condiciones precedentemente señaladas se estaría afectando su imparcialidad. En lo que respecta a las medidas cautelares decretas de oficio, no existe limitación al derecho en análisis, toda vez que el juez no está presionado por no mostrarse contradictorio en sus decisiones, dado que los procedimientos cautelares y del juicio principal, tienen antecedentes y valoraciones distintas.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO VALVERDE, Luís. Deconstrucción y reconstrucción del contradictorio en el modelo peruano de tutela cautelar. Bosquejo para una Teoría Cautelar Equilibrada. [en línea] <[http://www.academia.edu/5489750/La Tutela Cautelar y el Principio de Contradicc%C3%B3n](http://www.academia.edu/5489750/La_Tutela_Cautelar_y_el_Principio_de_Contradicc%C3%B3n)> [consulta: 24 de abril 2018]

BALIC NORAMBUENA, Cristóbal. 2015. Intervención del juez laboral en el interrogatorio de testigos: iniciativa probatoria oficiosa y debido proceso. Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social. N° 11: 107-132.

BALIC NORAMBUENA, Cristóbal. 2015. Facultades probatorias del juez laboral: análisis de la interrogación oficiosa de testigos en relación al debido proceso. [en línea] Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 230p, <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/131791/Facultades-probatorias-del-juez-laboral.pdf?sequence=1>> [consulta: 21 de junio 2018]

BENAVIDES SANTOS, Diego. 2006. Tendencias del proceso familiar en América Latina. [en línea] Revista Indret, n°1, enero 2006: 2-39, [en línea] <http://www.indret.com/pdf/321_es.pdf> [consulta: 25 de septiembre 2016]

BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley n° 19.968. [en línea] <www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/537/1/HL19968.pdf> [consulta: 24 de abril 2018]

BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, Proyecto de ley Código Procesal Civil: Facultades probatorias oficiosas del juez civil. [en línea] <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15307/1/Facultades%20probatorias%20oficiosas_v4.doc> [consulta: 24 de abril 2018]

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. 2009. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 33, dic. 2009: 263-302, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007> [consulta: 24 de abril 2018]

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y HUNTER AMPUERO, Iván. 2013. Juicios orales en Chile. [en línea] Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2013: 157-190, <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3330/12.pdf>> [consulta: 24 de abril 2018]

CHIOVENDA, JOSE. 1925. Principios de derecho procesal civil. [en línea], tomo II, libro segundo, Madrid, editorial Reus, 872p. <<https://es.scribd.com/doc/97757461/Giuseppe-Chiovenda-Principios-Del-Derecho-Procesal-Civil-Tomo-II>> [consulta: 24 de abril 2018]

CONTESSÉ SINGH, Jorge. 2007. Implicancias y recusaciones: el caso del tribunal constitucional. Informe en derecho sobre la inhabilidad constitucional para conocer de un caso en el que se ha vertido opinión pública con anterioridad. [en línea] *Ius et Praxis*, Vol.13, n°2: 391-405 < <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000200016>> [consulta: 21 de junio 2018]

CORRAL TALCIANI, Hernán. 2015. Matrimonio, parejas del mismo sexo y Derecho de Familia. [en línea] En: Matrimonio en conflicto. Visiones rivales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Santiago, Editorial Cuarto Propio. 192p, <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/matrimonio-hernacc81n-corraltalciani.pdf> [consulta: 06 de diciembre 2018]

CORRAL TALCIANI, Hernán. Cuidado personal de los hijos, relación directa y patria potestad: la reforma al Código Civil de la ley N° 20.680, de 2013. [en línea] En: Derecho y Academia, el blog de Hernán Corral, <https://corraltalciani.wordpress.com/2013/07/07/cuidado-personal-de-los-hijos-relacion-directa-y-patria-potestad-la-reforma-al-codigo-civil-de-la-ley-no-20-680-de-2013/> [consulta: 06 de diciembre 2018]

DE LOS SANTOS, Mabel Alicia. 2015. Hacia la efectividad del proceso de familia. Revista de Derecho de Familia. Vol. 3, n° 7: 135-161.

ELGUETA ROSAS, MARÍA FRANCISCA y PALMA GONZÁLEZ, ERIC EDUARDO. 2010. La investigación en ciencias sociales y jurídicas. [en línea] 2° edición, España, ORION Colección Juristas Chilenos, 373p. , <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=478391>> [consulta: 24 de abril 2018]

ESPADA MALLORQUIN, Susana. 2015. Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales. [en línea] Revista de derecho privado, n° 25, dic. 2015: 257-268, <<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n25/art11.pdf>> [consulta: 24 de abril 2018]

ETCHEGARAY OLIVA, Nicole. 2013. Control in limine de admisibilidad en el derecho chileno ante el Juez de Familia y derechos fundamentales procesales. [en línea] Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol. 4, n° 3, 2013: 31-52, <<http://repositoriodigital.uct.cl/bitstream/handle/10925/1475/630-2172-1-B.pdf?sequence=1>> [consulta: 24 de abril 2018]

EVANS DE LA CUADRA, Enrique. 2004. Los derechos constitucionales. 3° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Vol. 2.

FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. 2003. La constitucionalización del Derecho Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 298p.

FUENTES MAUREIRA, Claudio. 2015. Los dilemas del juez de familia. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. 42, n° 3, 2015: 935-965, <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n3/art08.pdf>> [consulta: 24 de abril 2018]

FUENTES MAUREIRA, Claudio. 2012. Derecho probatorio de familia. [en línea] Revista Chilena de Derecho Privado, n° 19, dic. 2012: 245-252, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000200013> [consulta: 24 de abril 2018]

GARCIA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo. 2013. El derecho a la tutela judicial y al Debido Proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. [en línea] Estudios Constitucionales, Vol.11, n°2, 2013: 229-282, <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n2/art07.pdf> [consulta: 24 de abril 2018]

GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. El sistema filiativo chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 379p.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Naturaleza jurídica y autonomía del Derecho Familiar. 2014. Revista de Derecho de Familia. Vol. 2: 133-164.

HUNTER AMPUERO, Iván. 2010. El Principio dispositivo y los poderes del juez. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 35, dic. 2010: 149-188, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000200005> [consulta: 24 de abril 2018]

HUNTER AMPUERO, Iván. 2007. Poderes del juez de civil: Algunas consideraciones a Propósito del juez de familia. [en línea] Revista de Derecho Valdivia, Vol. 20, n° 1, jul. 2007: 205-229, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100009> [consulta: 24 de abril 2018]

HUNTER AMPUERO, Iván. 2011. Rol y poderes del juez civil. [en línea] Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Vol. 18, n° 2, 2011: 73-101, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000200004> [consulta: 24 de abril 2018]

HUNTER AMPUERO, Iván. 2011. La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de código procesal civil. [en línea] Ius et Praxis [online], vol.17, n.2, 2011: 53-76, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200004> [consulta: 24 de abril 2018]

JARA CASTRO, Eduardo. 2014. Derecho Procesal de Familia, principios formativos, reglas generales, procedimiento ordinario. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 244p.

JEQUIER LEHUEDE, Eduardo. 2007. La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil: Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno. [en línea] Revista Chilena de derecho, Vol. 34, n° 3, dic. 2007: 457-494, <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000300006> [consulta: 20 de abril 2018]

LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS: EL PODER DEL JUEZ EN EL MEDIO AMBIENTE. Por Barros Constanza “et al” [en línea] Revista de derecho, n° 31, 2014: 35-75, <<https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/de51fed4-27d2-4e0f-99ff-5fc8a695d089/rev+31+05+Las+medidas+cautelares+innominadas+El+poder+del+Juez+en+el+medio+ambiente.pdf?MOD=AJPERES>> [consulta: 29 de mayo 2018]

LEPIN MOLINA, Cristián. El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia. [en línea] Revista Chilena de Derecho, vol. 40, n° 2, agosto 2013: 513-548, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000200007&lng=es&nrm=iso> [consulta: 24 de abril 2018]

LEPIN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2016. Estudios de derecho familiar I. Actas primeras jornadas nacionales – facultad de derecho Universidad de Chile. Santiago, Editorial Thomson Reuters. 403p.

LEPIN MOLINA, Cristián. 2014. Los nuevos principios del Derecho de Familia. [en línea] Revista Chilena de Derecho Privado, n° 23, dic. 2014: 9-55, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001> [consulta: 24 de abril 2018]

LEPIN MOLINA, Cristián y ARAYA PAREDES, Ignacio. Potestad Cautelar del Juez de Familia. 2014. Revista de Derecho de Familia. Vol. II (2): 103-130.

LEPIN MOLINA, Cristián. 2017. Derecho Familiar Chileno. Santiago, Editorial Thomson Reuters. 535p.

MARÍN GONZALEZ, Juan Carlos. 2002. Las medidas cautelares en el nuevo código procesal penal chileno. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, n° 1, 2002: 9-54, < <https://revistaestudiosarabes.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/14971/15410> > [consulta: 28 de junio 2018]

MATURANA MIQUEL, Cristián. 2015. Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimiento. Apuntes Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

MATURANA MIQUEL, Cristián. 2010. Las medidas cautelares. Apuntes Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 163p.

MATURANA MIQUEL, Cristián. 2003. Algunas disposiciones comunes a todo procedimiento y aspectos generales de la prueba. Apuntes Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 205p.

MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LOPEZ, Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. Santiago, Legal Publishing. Tomo I.

NASH ROJAS, Claudio. 2015. Derechos humanos y juicio penal en Chile. Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. Vol. 9: 329-347.

NAVARRO MOLL, Catalina. Fundamentación del contencioso: Los derechos de las partes en manos del juez. [en línea] Estudios de Derecho de la judicatura, actas de 1er y 2do Congreso Estudiantil de Derecho de la judicatura (2011-2012). Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso: 249-264, < <https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5Qaeb3> >

[A1DljsLGk9CSbmuUfit7i-5QRzbU7O3AEVpznT4fEDvoXzU_hCWC2THJkokHHgILdU_48dmObqYu_tXfo-Pj8zPqfBjbCKAUaLc2x_doOKM8ZWod9KuTCs5IIAOVawd2q9RqcFkBhZO2mSmATorW8JvCDQiOfvfzFXfOCSYKxVLophrwJWD7uUkb_uCos2kHlaarOO1LTVYo2e2cb8EGhbvlyHe6kKlia_GbFUdHN0frb1wgkpgRTKecKyK18qIFZKgsquUOCX29Qk6IPRs4BYHw>](#) [consulta: 24 de abril 2018]

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. 2002. La libertad personal y las dos caras de jano en el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] Rev. derecho (Valdivia), vol.13, dic. 2002: 161-186, http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502002000100011&script=sci_arttext [consulta: 04 de junio 2018]

NÚÑEZ ÁVILA, Raúl y CORTÉS ROSSO, Mauricio. 2012. Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile. Santiago, Editorial Thomson Reuters. 558p.

NUÑEZ OJEDA, Raúl. 2008. El Sistema de Recursos Procesales en el Ámbito Civil en un Estado Democrático Deliberativo. [en línea] Revista Ius et Praxis, n° 1, año 14: 199-223. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100008#n78> [consulta: 24 de abril 2018]

OLIVA SANTOS, Andrés de la, y PALOMO VÉLEZ, Diego. 2007. Proceso Civil: hacia una nueva justicia civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 700p.

ORREGO ACUÑA, Juan. 2007. Temas de Derecho de Familia. Santiago, Editorial Metropolitana. 452p.

PALMA ENCALADA, Leny. 2005. El debido proceso sustantivo como instrumento para asegurar una sentencia justa. [en línea] Revista Derecho & Cambio Social, n° 4, 2005: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista004/proceso.htm#_ftnref4> [consulta: 21 de junio 2018]

PALOMO VÉLEZ, Diego. 2005. Proceso Civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere?. [en línea] Revista de Derecho, Vol. 18, n° 1, jul. 2005: 171-197.

<https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100007> [consulta: 24 de abril 2018]

PALOMO VÉLEZ, Diego. 2015. Proceso y justicia laboral: lecturas a contracorriente. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago EJS. 468p.

PALOMO VELEZ, Diego. 2002. Aportación de la convención americana de derechos humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: casos Barrios Altos y Castillo Petruzzi. [en línea] Ius et Praxis, Vol. 8, n° 2, 2002: 261-298,

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200009> [consulta: 24 de abril 2018]

PORRAS HERNÁNDEZ, Emilio. 2005. Medida cautelar innovativa y resolución anticipatoria. [en línea] Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación, n° 35/36, enero/junio 2005,

<<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=49033&print=1>> [consulta: 29 de mayo de 2018]

RAMOS PAZOS, René. 2010. Derecho de Familia. 7° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.

RAMOS PAZOS, René. 2010. Derecho de Familia. 7° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.

RAVETLLAT BALLESTE, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho chileno. [en línea] Revista Chilena de Derecho, vol. 42, n° 3, dic. 2015: 903-934,

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007> [consulta: 24 de abril 2018]

SAELZER TURNER, Susan Turner. 2002. Los tribunales de familia. [en línea] Revista Ius et Praxis, Vol. 8, n.2, 2002: 413-443. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013> [consulta: 24 de abril 2018]

SILVA BASCUÑAN, Alejandro. 2005. Tratado de Derecho Constitucional. 2º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo VII.

TRONCOSO LARRONDE, Hernán. 2009. Derecho de Familia. 12º edición, Santiago, Legal Publishing, 405p.

VALENTÍN FERRADA, Luis. La falta de imparcialidad de los jueces, como causa de un grave quebrantamiento institucional. Primera Parte. [en línea] <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-falta-de-imparcialidad-de-los-jueces-como-causa-de-un-grave-quebrantamiento-institucional-primer-parte/>> [consulta: 21 de junio 2018]

VALENZUELA VILLALOBOS, Williams. 2013. Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia “Mohamed vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuestiones a tener en consideración sobre el sistema recursivo en el Proyecto de Código Procesal Civil. [en línea] Estudios Constitucionales, Vol. 11, n° 2, 2013: 713 – 736, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200019> [consulta: 24 de abril 2018]

VARGAS PAVEZ, Macarena. 2008. Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. [en línea] Revista de derecho Valdivia, Vol. 21, n° 2, dic. 2008: 183-202, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200008> [consulta: 24 de abril 2018]