



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Procesal

# **HACIA UN ESTÁNDAR PROBATORIO EN LA DICTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN FAMILIA**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**JAHEL VIVIANA BRAVO SALVO**

Profesora Guía: MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON

Santiago, Chile

2022

*Gracias a mi mamá y hermana,  
por acompañarme, aunque el camino sea difícil.*

# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	1
INTRODUCCIÓN .....	2
CAPÍTULO I: TRIBUNALES DE FAMILIA: GENERALIDADES .....	4
1.1. Ley de tribunales de familia; cuidado especial a determinadas personas. ....	4
1.2. Procedimientos en que se enmarcan las medidas cautelares de familia.....	5
CAPÍTULO II: MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA.....	9
2.1. Breves precisiones respecto a las medidas cautelares. ....	9
2.2. La tutela cautelar en Chile: principales presupuestos.....	16
2.3. El establecimiento de la potestad cautelar del juez de familia y tipos de medidas cautelares. ....	22
CAPÍTULO III: ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE FAMILIA.....	26
3.1. Breves precisiones respecto a la prueba jurídica.....	26
3.2. Vinculación entre prueba y verdad.....	28
3.3. Similitudes entre la prueba jurídica y la dictación de medidas cautelares.....	30
CAPÍTULO IV: ESTÁNDAR DE PRUEBA.....	35
4.1 Momentos de la actividad probatoria. ....	35
4.2. Concepto de estándar de prueba.....	40
4.3. Funciones del estándar de prueba.....	45
CAPÍTULO V: HACIA UN ESTÁNDAR PROBATORIO EN LA DICTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN FAMILIA .....	51
5.1. Debates en torno a un estándar probatorio en los procedimientos de familia .....	51
5.2. Posible estándar aplicable a las medidas cautelares de familia.....	54
CONCLUSIONES.....	76
BIBLIOGRAFÍA .....	79

## **ABREVIATURAS**

CPC: Código de Procedimiento Civil

ICA: Ilustrísima Corte de Apelaciones

LTF: Ley N°19.968 sobre Tribunales de Familia

NNA: Niños, niñas y adolescentes

SCS: Sentencia de la Corte Suprema

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

## INTRODUCCIÓN

La prueba jurídica es uno de los campos procesales donde más ha proliferado, en el último tiempo, estudios orientados a desentrañar tantas sus características como etapas, dejando de lado, en consecuencia, la idea de que la labor judicial se centra específicamente en la dictación de la sentencia definitiva una vez subsumidos los hechos en una norma específica. Idea que, a la prostre, no es más que la expresión de una comprensión orgánica sobre la complejidad de los hechos y su tratamiento dentro del proceso.

De este modo, las nuevas tendencias han dado paso al estudio del estándar de prueba, comprendido este como un baremo externo impuesto al juez en la última de las etapas probatorias y establecido con el propósito de otorgar mayor veracidad a la decisión que viene a resolver el conflicto.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico es conocido como caso paradigmático el estándar de más allá de toda razonable prescrito en materia penal y no posible detectar otras aproximaciones a este concepto por parte del legislador en materias trascendentales, no obstante encontrarnos ante leyes que fueron dictadas con posterioridad al Código Procesal Penal. En este contexto, el presente trabajo se propone abordar las bases para construir un estándar probatorio en sede de familia, dejando de lado los procedimientos de lato conocimiento que suscitan por la doctrina mayor escrutinio, y centrándonos puntualmente en el estándar probatorio aplicable en la dictación de medidas cautelares, para lo cual será necesario, primero, profundizar en la discusión en torno a la existencia de prueba en esta etapa procesal.

A efectos de cumplir con el objetivo recién mencionado, se presentará someramente en el primer capítulo una introducción a la Ley N°19.968 sobre Tribunales de Familia y a la historia de su establecimiento, en busca de las bases que llevaron a proteger a determinadas personas, así como el fundamento para establecer una potestad cautelar amplia que se desliga del paradigma presente en materia civil, todo ello para concluir con una sucinta exposición de los procedimientos especiales de protección de niños niñas y adolescentes, y de violencia intrafamiliar, que atañe a los tribunales de familia.

Continuaremos en el segundo capítulo ahondando en las características de las medidas cautelares; su similitud y diferencia con la sede civil que hace las veces de ley supletoria, así como sus funciones, características y presupuestos, tomando en especial consideración los conceptos de instrumentalidad y provisionalidad, lo que finalmente nos llevará a la exposición del catálogo de medidas cautelares especiales contempladas por el legislador en el marco de los procedimientos especiales estudiados.

En esta línea de exposición, el tercer capítulo pretende cerrar la primera parte de la discusión, analizando la existencia de prueba en sede de medidas cautelares a propósito de la evaluación del concepto de prueba jurídica y su vinculación con la verdad, realizando, por último, un paralelismo entre las similitudes de la prueba jurídica presente en el procedimiento ordinario de familia y la dictación de medidas cautelares de la misma sede.

En lo referido al cuarto capítulo, este sirve como introducción al concepto de estándar probatorio, delineando el lugar en que está emplazado dentro de los momentos probatorios, así como su contenido, principales características y funciones; dando preponderancia al concepto de falso positivo y falso negativo, así como la evaluación de bienes jurídicos presentes en el proceso.

Finalmente, en el último capítulo analizaremos la respuesta doctrinaria en torno a la carencia de estándares de prueba aplicables a los principales procedimientos en materia de familia, ello con el propósito de sentar las bases para la construcción de estándares de prueba respecto a las medidas cautelares aplicables al artículo 22, 71 y 92 de la Ley sobre Tribunales de Familia, y proponiendo a su vez una clasificación diferenciada que obedezca a la importancia que la propia legislación otorga a los bienes jurídicos presentes a la hora de otorgar dichas medidas.

# **CAPÍTULO I: TRIBUNALES DE FAMILIA: GENERALIDADES**

## **1.1. Ley de tribunales de familia; cuidado especial a determinadas personas.**

La dictación de la Ley N°19.968 sobre Tribunales de Familia (en adelante LTF), que entró en vigor en 2005, trajo consigo una serie de cambios importantes; regulando las interacciones propias de la familia, entendida esta como un fenómeno social altamente complejo, que hasta entonces en Chile había sido abordado de manera deficiente, estando entregado el conocimiento de dichas materias a juzgados de menores y jueces con competencia en lo civil.

La finalidad esencial de la nueva ley era claramente dar soluciones eficientes al conflicto de familia en atención a sus particularidades inherentes, otorgando una amplia competencia a los nuevos tribunales de familia. En este marco, los principios del procedimiento en esta sede difieren de aquellos presentes en el procedimiento civil, consistiendo en: (1) el principio de oralidad, (2) concentración, (3) desformalización, (4) intermediación, (5) oficialidad o actuación de oficio, (6) colaboración, (7) publicidad, e (8) interés superior del niño y el derecho a ser oído<sup>1</sup>.

Tiene relevancia este último principio, pues autoras como SUSAN TURNER sostienen que el establecimiento de una judicatura especial en esta materia obedece a la especial naturaleza del conflicto familiar, donde intervienen de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), así como la posición en que se encuentran las partes a lo largo del procedimiento<sup>2</sup>. En rigor, la LTF se inspira en gran medida tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como la Convención de Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer<sup>3</sup>.

De esta manera, no puede soslayarse la idea de que las relaciones de familia son de carácter privado pero con marcado interés público<sup>4</sup>; es así que ha proliferado en este último tiempo legislación tendiente a regularlas, entregando a su vez al juez un rol tutelador y activo que le permite actuar de oficio, fundamentado aquello, según la mayor parte de la doctrina, en el amparo que este debe otorgar a la parte procesal más pobre e indefensa, y supliendo así las deficiencias que puedan emanar de determinadas conductas procesales<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ, José. Medidas cautelares en los procedimientos de familia. Santiago, Chile, Hammurabi, 2017. ISBN: 9789569952005. pp. 40-53.

<sup>2</sup> FIGUEROA, María. Debate parlamentario de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia. Tesis (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007. p. 12.

<sup>3</sup> FIGUEROA, María. op. cit., p. 6.

<sup>4</sup> HERNÁNDEZ, José. op cit., p. 31.

<sup>5</sup> HERNÁNDEZ, José. op cit., p. 34-35.

Como abono a lo recién mencionado, es posible constatar una clara tendencia a erigir a los NNA y mujeres como entes de especial protección, lo que deriva de las propias disposiciones de la LTF, donde en preceptos tan trascendentales como son los principios del procedimiento, y puntualmente en lo que atañe a las actuaciones de oficio contempladas en el artículo 13 de la LTF, el legislador dio énfasis explícitamente a la adopción de medidas necesarias para llevar a término con mayor celeridad posible el proceso en aquellos supuestos donde se vean involucrados estos, a lo que debe sumarse otras disposiciones como son la comparecencia en juicio y representación (artículo 18 y 19 de la LTF) donde preponderan normas claramente excepcionales.

Luego, es forzoso concluir que la LTF viene a otorgar mayor protección a determinadas personas en atención a su vulnerabilidad, estableciendo, en correspondencia a este planteamiento, procedimientos especiales en el título IV de la LTF. Encontramos entre los de mayor relevancia, primero, el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección a NNA, regulado en los artículos 68 y siguientes de la LTF, y, en segundo lugar, el procedimiento relativo a los actos de violencia familiar, regulado a su vez en los artículos 81 y siguientes de la misma ley, complementado este último con las normas contenidas en la Ley N°20.066<sup>6</sup> o también llamada ley de violencia intrafamiliar, puntualmente en sus artículos 6 y siguientes.

## **1.2. Procedimientos en que se enmarcan las medidas cautelares de familia.**

Al hacer alusión al contencioso familiar en general, debemos necesariamente asimilar que la característica principal de este consiste en que se trata de procesos que son prolongados en el tiempo<sup>7</sup>, pues las partes, a diferencia de materias civiles, se encuentran obligadas dado que comparten un lazo de parentesco que el derecho reconoce.

Si pretendemos referirnos a dichos procedimientos, debemos aclarar, como mencionamos en el postulado anterior, que son varios. Nosotros nos enfocaremos someramente en el procedimiento ordinario, así como los que contribuyen a la protección de NNA y personas que sufren VIF, pues es en estos donde encontramos una rica gama de medidas cautelares que es dable decretar dada las circunstancias particulares que contempla cada uno de ellos, lo que se diferencia de otros procedimientos especiales. Tal es el caso del procedimiento contravencional ante los tribunales de familia preceptuado en los artículos 102 A y siguientes de la LTF, donde son procedentes las medidas cautelares dictadas en conformidad al artículo 22 del mismo cuerpo legal.

---

<sup>6</sup> LLORENS, Renata. Estándar de prueba en derecho de familia. Tesis (Magíster en Derecho), Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016. p. 37.

<sup>7</sup> HERNÁNDEZ, José. op cit., p. 29.

## **I. El procedimiento ordinario ante los tribunales de familia.**

El procedimiento ordinario ante los juzgados de familia se caracteriza por ser un procedimiento ordinario y de aplicación general, esto en cuanto puede aplicarse en toda materia que no sea procedente alguno de los procedimientos especiales comprendidos en la LTF o en otras referentes a materia de familia. A su vez, debemos mencionar que es supletorio, pues al estar regulado de manera integral, su normativa es aplicable al resto de procedimientos que son puestos en conocimiento de los tribunales de familia.

Siguiendo la tendencia propia de los procedimientos orales, este es segmentado en etapas procesales fácilmente distinguibles, que son: (1) fase de discusión, (2) fase de prueba y (3) fase de sentencia o fallo<sup>8</sup>, las que se desenvuelven en audiencias, siendo la primera la audiencia preparatoria y la segunda la audiencia de juicio.

En cuanto a la primera fase descrita, cabe precisar que esta puede comenzar con una demanda; como es la regla general, mediante mediación previa a la fase jurisdiccional (la que puede ser obligatoria o facultativa, siendo la primera de estas requisito para impetrar la acción), o bien, por una medida prejudicial, con la particularidad referente a estas últimas, que, primero, pueden ser decretadas de oficio por el juez, segundo, su mantención debe revisarse en la audiencia preparatoria y, tercero, pueden solicitarse a su vez al tribunal junto con la presentación de la demanda.

Siguiendo esta línea, y una vez presentada la pretensión ante el tribunal, la etapa probatoria es una de las más importantes, extendiéndose desde la audiencia preparatoria donde se fija el objeto del juicio, se revisan los hechos a probar y las partes ofrecen los medios de prueba, hasta la audiencia de juicio, donde finalmente se produce, recepciona y valora la prueba<sup>9</sup>, todo lo cual servirá como precedente para finalmente dictar la sentencia definitiva.

## **II. El procedimiento de aplicación de medidas de protección de los derechos de NNA.**

En cuanto al procedimiento de aplicación de medidas de protección de NNA, este tiene como objeto determinar la real situación de amenaza o vulneración; neutralizando la amenaza o cesando la vulneración de la que están siendo víctimas. Se constituye como un procedimiento autónomo, rápido, concentrado y urgente, que permite reponer el imperio del derecho respecto de estos sujetos, teniendo como base el principio de interés superior del niño, niña o adolescente, comprendido aquel como principio rector del derecho de familia<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> JARA, Eduardo. Derecho procesal de familia. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011. ISBN: 9789561021303. p. 128.

<sup>9</sup> JARA, Eduardo. op. cit., p. 128.

<sup>10</sup> LLORENS, Renata. op. cit., p. 37.

Debemos agregar a lo anterior, que al tener este la rótula de un procedimiento especial, son aplicables supletoriamente las normas que regulan el procedimiento ordinario. Ahora, en cuanto a las características propias de este, es posible mencionar que; (1) opera el principio inquisitivo, (2) impera la protección al débil<sup>11</sup>, (3) se aplica el principio de investigación de oficio, (4) el principio de desformalización tiene amplia aplicación, y (5) no cabe el abandono del procedimiento<sup>12</sup>. Es importante a su vez hacer visible que el NNA tiene capacidad procesal progresiva y el juez debe considerar su opinión; teniendo en cuenta su edad y madurez, sea ello en la audiencia preparatoria, de juicio o en una audiencia especial al efecto (art. 69 LTF).

En lo referido a las potestades que detenta el juez en el procedimiento en estudio, debemos mencionar que estas son sumamente amplias, tales como iniciar de oficio el procedimiento, determinar el objeto del juicio, llevar adelante el procedimiento sin esperar que las partes formulen solicitudes en tal sentido, investigar los hechos en que se sustenta el requerimiento, así como su efectividad, entre otras<sup>13</sup>. Sin embargo, se presenta una limitación particular que es atingente para el presente trabajo; el tribunal solo puede dictar las medidas cautelares que taxativamente indica la ley.

Por último, y en lo que respecta a las medidas cautelares, la legitimación activa es sumamente amplia, no requiriendo interés de parte, por lo que pueden ser decretadas de oficio, a petición de autoridad pública, o, incluso más importante, a petición de cualquier persona cuando ello es necesario para la protección del NNA, lo que se diferencia de los requisitos comprendidos en la ley para ser titular de la acción vía requerimiento, y donde podemos visualizar la exigencia un interés que se orienta al concepto de interés superior del niño.

### **III. Del procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar.**

El procedimiento de violencia intrafamiliar que es de conocimiento de los tribunales de familia<sup>14</sup> viene a enfrentar el problema de la violencia intrafamiliar advirtiendo el desequilibrio existente entre las partes<sup>15</sup>, otorgando competencia tanto al tribunal en cuyo territorio jurisdiccional tenga residencia o domicilio el afectado, sin perjuicio de otorgar una amplia facultad para adoptar medidas cautelares tanto a tribunales de familia incompetentes, fiscales del Ministerio Público y cualquier juez de garantía que tome conocimiento de una demanda o denuncia de esta materia (artículo 81 inciso 2  de LTF).

---

<sup>11</sup> LLORENS, Renata. op. cit., p. 37.

<sup>12</sup> CORTÉS, Mauricio, MATURANA, Cristián y NUÑEZ, René. Derecho procesal de familia [en línea]. Chile. 2012. [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2020]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/2018>.

<sup>13</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., pp. 366-368.

<sup>14</sup> Los tribunales de familia tienen competencia para conocer y resolver sobre causas de violencia intrafamiliar siempre que estas conductas no constituyan delitos, pues, de lo contrario, el conocimiento de estas recae en el juzgado de garantía respectivo.

<sup>15</sup> NORAMBUENA, Juan. Eficacia de las medidas cautelares y accesorias aplicadas en contexto de violencia intrafamiliar. (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018. p. 5.

Es así que el establecimiento de este procedimiento cristaliza una reacción nacional a un fenómeno de larga data tratado por el derecho internacional, pues este último ha concebido desde la década de los 90 la violencia contra la mujer como una violación a los derechos humanos, así como un mecanismo para perpetuar la desigualdad entre hombres y mujeres, ello en conformidad con la Convención de *Belém do Pará*<sup>16</sup> de 1994, o también llamada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer.

Conviene precisar que el procedimiento en estudio tiene como piedra angular la protección de la integridad física y psíquica de las personas en peligro, siempre que los actos no constituyan delitos, estableciéndose como uno de aquellos procesos de parte en que no es necesario que estas comparezcan patrocinadas por abogado habilitado en el ejercicio de la profesión y representadas por persona legalmente habilitada para actuar en juicio (art. 18 de la LTF), a la vez que tiene como características ser breve, concentrado y expedito<sup>17</sup>.

Paralelamente a lo descrito, es claro que la protección especial otorgada a NNA y mujeres por parte del legislador no se agota en los procedimientos antes mencionados, sino que irradia a otras zonas propias del conocimiento del tribunal, manifestándose, por ejemplo, en; (1) actuaciones de oficio, donde se expresa que debe observarse especialmente respecto de las medidas destinadas a otorgar protección a NNA y a las víctimas de violencia intrafamiliar (artículo 13 inciso 1° de LTF), (2) posibilidad de comparecencia personal de las partes tanto en el procedimiento ordinario como especiales (artículo 18 de LTF), (3) amplia potestad cautelar conferida al juez de familia (artículo 22 de LTF), entre otros.

Por último, la nueva LTF dota de amplias potestades a los jueces de familia, teniendo un rol mucho más activo, a la vez que incrementa la oficialidad como principio para la resolución de conflictos, lo que tendría origen en el tipo de materias que estos tribunales conocen; materias que, indudablemente, no son exclusivamente de carácter patrimonial de interés individual, sino que principalmente de interés colectivo e interés público<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> BIBLIOTECA del Congreso Nacional. Violencia contra la mujer: estándares internacionales, normativa actual y proyecto de ley [en línea]. Chile. 2017. [Fecha de consulta: 25 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24866/4/FINAL-Violenciacontralamujernormativa-actual-y-estandares-internacionales.pdf>

<sup>17</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., pp. 389-393.

<sup>18</sup> HERNÁNDEZ, José. op. cit., p. 67.

## CAPÍTULO II: MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA

### 2.1. Breves precisiones respecto a las medidas cautelares.

#### **I. Funciones de las medidas cautelares.**

Para nadie es desconocido que una vez ejercida la acción que pone en movimiento el aparato jurisdiccional pueden darse en el tiempo que media entre su ejercicio y la sentencia del tribunal competente, una multiplicidad de hechos o actuaciones de las partes que pueden ver frustrada la causa principal o bien los bienes que componen el cumplimiento de la pretensión. Es a partir de esta idea que nace en nuestra legislación la medida cautelar, a veces llamada erróneamente medida precautoria<sup>19</sup>.

Es algo común que la doctrina identifique el objeto de estas providencias, al menos en el ámbito civil, con el aseguramiento de la futura realización de los bienes<sup>20</sup>, toda vez que lo preponderante en los procedimientos de esta naturaleza es el ámbito patrimonial<sup>21</sup>. Ahora bien, podemos ampliar esta postura claramente tradicional, señalando, como lo hace ENRIQUE BARROS, que se decretan con el efecto de “garantizar la eficacia de una sentencia condenatoria o de evitar perjuicios al actor”<sup>22</sup>, entendiendo perjuicios en términos amplios, y donde lo cautelado supera lo puramente pecuniario, abarcando otro tipo de peligros, como son, por ejemplo, la seguridad de la mujer y/o de los hijos<sup>23</sup>.

Bajo esta óptica es posible sostener que las medidas cautelares cumplen, *prima facie*, dos grandes funciones, las que dependen de la naturaleza y configuración dadas a cada una: la función conservativa y la innovativa. En particular, respecto a esta última existió cierta reticencia para su aceptación dado sus efectos y la gran intervención que mediante su empleo puede lograrse en la órbita privada de las partes, sin embargo, dicho temor ha sido superado ampliamente, especialmente en sedes como familia y medioambiental, en las que el legislador optó, mediante la dictación de leyes especiales, otorgar a los jueces mayores facultades en lo que a tutela cautelar respecta.

En cuanto a la función conservativa, esta no difiere de lo dicho en los párrafos anteriores, ya que con la adopción de la medida se evitan los riesgos que amenacen la eficacia de los eventuales pronunciamientos

---

<sup>19</sup> MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2004. ISBN: 9561015722, pp. 12-13.

<sup>20</sup> MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el proceso...op. cit., p. 188.

<sup>21</sup> MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. *Revista de Estudios Jurídicos*, (8):13-37, 2006. DOI: 10.5354/0718-4735.2011.15100. p. 13.

<sup>22</sup> BARROS, Enrique. Prólogo. En: MARÍN, Carlos. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2004. ISBN: 9561015722. pp. 15-20.

<sup>23</sup> MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el ordenamiento...op. cit., p. 21.

dictados al final del proceso<sup>24</sup>, vale decir, lo esencial de la resolución que resuelve sobre la medida cautelar es que facilita el resultado de la futura ejecución forzada<sup>25</sup>, y se busca con ella por regla general evitar la dispersión de bienes que puede realizar el deudor. Para la consecución de dicho propósito, estas tienden a mantener el *statu quo*<sup>26</sup> previo al conflicto, en espera de lo que resuelva el tribunal en la sentencia definitiva.

Por otra parte, y ahora remitiéndonos a la función que cobra mayor importancia por sus consecuencias en la órbita personal de las partes, la tutela innovativa es aquella que satisface al actor o solicitante de la providencia introduciendo una innovación al *statu quo*<sup>27</sup>. Según MANUEL ORTELLS, dicha innovación consiste en “imponer [...] una satisfacción de la pretensión interpuesta en el proceso principal, que, extraprocesalmente, ni estaba siendo reconocida, ni satisfecha”<sup>28</sup>.

Con el mérito de lo expuesto es posible concluir que esta cautela exige al órgano jurisdiccional una conducta activa que supera los presupuestos iniciales consistentes en la abstención de determinados actos o conductas, imponiéndose a la persona sobre la cual recae, una obligación de hacer o dejar de hacer algo en sentido contrario al que existía con anterioridad a decretarse dicha medida<sup>29</sup>.

Nos resulta conveniente mencionar que esta función antes mirada con reticencia es ahora abiertamente aceptada en la legislación nacional y especialmente en materia de familia, jurisdicción en la que el legislador dotó al tribunal con una potestad cautelar amplia, pudiendo este decretar, por consiguiente, las medidas cautelares que estime conveniente, las que pueden ser nominadas e innominadas y con efectos tanto conservativos como innovativos, con la única limitación de que estas últimas se dispongan 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 (art. 22 de la LTF).

En paralelo a las dos funciones recién mencionadas, las que consideraremos basales para efectos de esta presentación, es idóneo distinguir una tercera función u objetivo, la denominada cautela anticipativa, que puede ser descrita como aquella medida cuyos efectos son coincidentes con el contenido de la pretensión interpuesta y la sentencia que conduzca a su estimación<sup>30</sup>. En términos simples, adelanta total o parcialmente

---

<sup>24</sup> OLIVA, Andrés, DÍEZ-PICAZO, Ignacio y VEGAS, Jaime. Derecho procesal civil. Ejecución forzosa procesos especiales. Madrid, España, Cersa, 2002. ISBN: 9788480044363. p. 385.

<sup>25</sup> CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Trad. Santiago Sentís. Buenos Aires, Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964. p. 56.

<sup>26</sup> PUJADAS, Virginia. Para una teoría general de las medidas cautelares penales. Tesis (Doctorado en Derecho), Girona, España, Universidad de Girona, 2007. p. 72.

<sup>27</sup> PUJADAS, Virginia. op. cit., p. 72.

<sup>28</sup> ORTELLS, Manuel. Las medidas cautelares. Madrid, España, La Ley, 2000. ISBN: 8476959109. p. 139.

<sup>29</sup> AGUIRREZABAL, Maite. Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad medioambiental. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 23(1): 23-49, 2016. ISSN: 0718-9753. p. 29.

<sup>30</sup> MATURANA, Cristián. Las medidas cautelares, los incidentes, los procedimientos declarativos especiales, el juicio ejecutivo y los asuntos judiciales no contenciosos. Santiago, Chile, Separata del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sin publicar, 2016. p. 26.

el contenido de la sentencia definitiva mientras dura el juicio, pero sus efectos no pueden considerarse propiamente tal la solución del conflicto de fondo. Su otorgación está supeditada, por lo tanto, a la constatación de un daño irreparable que no permitiría, de no decretarse esta, el cumplimiento de la resolución de término, y que se expresa en el procedimiento como una urgencia.

En el marco del derecho de familia el ejemplo más claro de tutela anticipada son los alimentos provisorios, regulados en la ley N°14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y respecto de los cuales conoce el juez de familia en virtud del artículo 54.2 de la LTF. En lo que concierne a su carácter especial, EDUARDO JARA menciona que:

“En los juicios sobre alimentos y en los de aumento, rebaja o cese de una pensión alimenticia, no podemos esperar una declaración final para que el alimentario materialmente la obtenga, o respecto del alimentante sean rebajados o cese su pago, pues podría llegar la decisión final muy tarde. En este caso anticipamos la urgencia [...]”<sup>31</sup>.

## **II. Características de las medidas cautelares de familia.**

Las medidas cautelares tienen características que la diferencian de otros instrumentos del proceso y que se mantienen constantes no obstante tratarse de providencias que por su naturaleza se miran como accesorias al conflicto principal.

Si hablamos puntualmente de las providencias cautelares en materia de familia, autores como JOSÉ HERNÁNDEZ identifican características propias a ellas, siendo estas las siguientes: (1) instrumentalidad, (2) provisionalidad, (3) proporcionalidad, (4) flexibilidad, (5) Infinitas, y (6) acumulables<sup>32</sup>.

Las características de estas, por lo tanto, aumentan en comparación a las medidas cautelares propiamente civiles y cuyo contenido encontramos circunscrito en el CPC. Lo que se mantiene constante es la instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad, por tratarse de criterios que la justifican como institución, y que, por cierto, algunos autores como JUAN MARÍN los consideran (al menos los dos últimos) principios más que características.

En las siguientes páginas analizaremos cada uno de los conceptos recién mencionados.

### **a) Instrumentalidad**

La instrumentalidad de la providencia cautelar se refiere a la vinculación que tiene esta con la sentencia definitiva que resolverá el conflicto principal. Al respecto, se entiende que “la tutela cautelar no constituye

---

<sup>31</sup> JARA, Eduardo. op. cit., p. 88.

<sup>32</sup> HERNÁNDEZ, José. op. cit., p. 152.

un fin en sí mismo, pues su función se agota en servir de instrumento para asegurar la efectividad de la tutela de fondo”<sup>33</sup>.

Como veremos con posterioridad, el carácter instrumental de estas se relaciona directamente con el *periculum in mora*, llamado también peligro en el retardo o en la tardanza, puesto que se espera que mediante el ejercicio de la medida se asegure el resultado de la acción que se entabla<sup>34</sup>, es decir, que no sea ilusorio el resultado esperado al formular la solicitud a la autoridad jurisdiccional.

Con el propósito de ejemplificar este punto podemos acudir a la LTF, fundamentalmente a lo relacionado con las medidas especiales contenidas en el artículo 71, donde el propósito del legislador es mediante ellas resguardar el bienestar y derechos de los niños, niñas y adolescentes en conformidad a lo preceptuado en los tratados internacionales ratificados por Chile<sup>35</sup>, así como en la propia ley, la que recoge el principio del interés superior del niño.

Dicho esto, en una causa donde se vea afectados o sujeto a algún tipo de daño los NNA, no es razonable que en el tiempo que media entre el ejercicio de la acción y la sentencia definitiva no sean estos protegidos por una ley cuya inspiración fue precisamente, según señala RODRIGO SILVA; “garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías”<sup>36</sup>, razón por la que el legislador dotó al tribunal con amplias facultades, una de las cuales es la cautelar.

Por último, la consecuencia natural de esta característica es que las medidas cautelares no subsistan más allá del momento en que la sentencia del juicio principal adquiera firmeza<sup>37</sup>, lo que es importante especialmente tratándose de providencias con efectos innovativos o anticipativos, pues la sentencia o resolución de fondo no viene más que a reforzar aquello dictaminado, en muchas ocasiones, en sede cautelar.

## **b) Provisionalidad**

En cuanto a la provisionalidad, esta dice relación con la temporalidad de la providencia cautelar. Se entiende con ello que estas tienen un carácter temporal, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> ARIANO, Eugenia. Apuntes sobre la duración temporal de la tutela cautelar. *THEMIS: Revista de derecho*, (43): 79-91, 2001. ISSN: 1810-9934. p. 79.

<sup>34</sup> MARÍN, Juan. Tratado de las medidas cautelares. 2da. ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2016. ISBN: 9789561015722. p. 293.

<sup>35</sup> Los más importantes son la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>36</sup> SILVA, Rodrigo. op. cit., p. 24.

<sup>37</sup> MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el proceso... op. cit., p. 203.

<sup>38</sup> ORTELLS, Manuel. op. cit., p. 143.

La provisionalidad se encuentra íntimamente ligada con la instrumentalidad, toda vez que la tutela nace en función de la resolución principal que la extinguirá, y, por lo mismo, sería inoficioso esperar que sus efectos jurídicos se extiendan más allá del tiempo en que la resolución de fondo se encuentre firme.

Siguiendo lo mencionado por PIERO CALAMANDREI, la característica se define como provisional y no propiamente temporal ya que los términos no son sinónimos; que sea temporal quiere decir, someramente, que no durará para siempre, mientras que lo provisorio está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio<sup>39</sup>.

Si asentamos lo recién dicho a las medidas cautelares en estudio, notamos como estas tienen claros límites temporales sujetos a eventos sucesivos que difieren de la mera sentencia definitiva. Es menester recordar que las medidas en esta sede pueden dictarse en distintos momentos, a saber; antes de iniciar el proceso, como prejudiciales, y dentro del desarrollo de todo el procedimiento; tanto en primera como segunda instancia.

El hecho de que puedan decretarse estas en distintas etapas procesales nos lleva a concluir sin mayor esfuerzo que también pueden dejarse sin efecto en distintos momentos, sin que medie o se requiera que el tribunal dicte sentencia definitiva. Es así que, tratándose de medidas cautelares prejudiciales, estas quedan sin efecto si, requeridas ellas sin notificación de la contraparte, y siempre que existan razones graves para ello, el tribunal las concede y el actor no practica la notificación en cinco días, plazo que es prorrogable.

Otro ejemplo interesante para efecto del análisis de la característica en estudio consiste en la revisión que realiza en juez de las medidas cada cierto tiempo. Si son dictadas antes del inicio del procedimiento siempre serán revisadas en la audiencia preparatoria resolviendo si se mantienen, y en el caso de decretarse con posterioridad, están sujetas a límites temporales que establece la propia ley para cada medida en correspondencia a su naturaleza. Para contextualizar este punto se pueden mencionar las medidas especiales del artículo 71, cuya duración por expreso mandato legal no puede exceder los noventa días.

Por lo tanto, que la medida cautelar sea provisional lleva implícita la certeza de que los efectos jurídicos de esta siempre cesarán; ya sea porque se dictó la sentencia definitiva, no se cumplieron cargas inherentes al proceso, o bien el mismo tribunal estimó que las circunstancias o antecedentes no fundamentaban su vigencia por un mayor período.

### **c) Proporcionalidad**

Que una providencia cautelar sea proporcional se refiere a su uso como herramienta útil en el proceso, a la vez que con su utilización no se originen injusticias para aquellos que deben soportarlas. Siguiendo esta

---

<sup>39</sup> CALAMANDREI, Piero. op. cit., p. 36.

idea, se puede resumir como la concesión de medidas estrictamente necesarias y que guarden proporción con la pretensión hecha valer por el demandante<sup>40</sup>.

En el caso particular del proceso penal, la proporcionalidad se configura como un principio y un límite a la tutela cautelar. Se busca con esta que la medida dictada por el juez guarde relación con la sanción establecida por el ordenamiento al hecho sujeto a investigación. Se introduce así un criterio externo a la hora de establecer una medida, el que es recogido en otros procedimientos y que se materializa como la consideración de la finalidad procedimental de esta.

El profesor CRISTIÁN MATURANA analizando dicha característica en el procedimiento civil sostiene que “una medida cautelar nunca podrá ser otorgada en una medida mayor que a la pretensión principal solicitada porque con ello se estarían afectando seriamente los derechos del demandado y enriqueciendo injustamente al demandante”<sup>41</sup>. La proporcionalidad la encontraríamos entonces en el artículo 298 del CPC referida esencialmente a bienes, los cuales deben limitarse a la cantidad necesaria para responder a los resultados del juicio.

Bajo esta premisa, debe existir una vinculación directa entre la medida decretada en el proceso y la pretensión de fondo que sostiene el actor, sin embargo, no es posible eludir el contenido de justicia implícito en exigir proporcionalidad, ello en consideración de que estas pueden utilizarse con fines distintos al mero cuidado de bienes o derechos. A propósito de esto, JUAN MARÍN sostiene lo siguiente:

“Pero también sabemos, por otro lado, que estas medidas llevan implícitas un componente de injusticia principalmente cuando son utilizadas como herramientas de presión y abuso. Es por ello que el juez debe siempre tener presente que cada vez que concede una medida cautelar lo está haciendo antes de que se demuestre la efectiva responsabilidad del demandado y que dicha medida puede causar enormes perjuicios en el patrimonio del demandado y en el de terceros”<sup>42</sup>.

#### **d) Flexibilidad**

La flexibilidad o variabilidad de una medida supone que esta puede ser modificada, dejada sin efecto, o adoptada de nuevo a lo largo del proceso, siempre que varíen, desaparezcan o resurjan los supuestos que hacen necesaria su existencia<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> MARÍN, Juan. Tratado...op. cit., p. 307.

<sup>41</sup> MATURANA, Cristián. Las medidas cautelares... op. cit., p. 216.

<sup>42</sup> MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el proceso...op. cit., p. 216.

<sup>43</sup> FLORS, José. Medidas cautelares personales [en línea]. España. 2013. [Fecha de consulta: 9 de julio de 2020]. Disponible en: [https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema%2013\\_Paginas%2001\\_03.pdf](https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema%2013_Paginas%2001_03.pdf).

Entendemos, por consiguiente, que cierta situación de hecho presentada a través de antecedentes por el actor para efectos de solicitar una medida cautelar cambió, o bien no justifica completamente ante juez de la causa, con posterioridad, que se siga manteniendo a lo largo del trascurso del proceso determinado resguardo. Claramente esta situación tiene más aristas de las recién señaladas, pues el tribunal que inicialmente denegó o dejó sin efecto una medida cautelar puede juzgar con posterioridad que esta es necesaria y decretarla sin problemas.

Al efecto, la LTF permite que las medidas se puedan adoptar en cualquier etapa del procedimiento; en primera o segunda instancia, alcanzando el grado de casación<sup>44</sup>, e incluso antes de iniciarse este, como las prejudiciales. En este último caso, el juez concede la medida cautelar “sobre la base de una información preliminar dada por el peticionante, quien lo persuade de la pertinencia de concederla”<sup>45</sup>.

Entendemos así que la perspectiva que el tribunal conciba del hecho y su gravedad o importancia, permitirá que otorgue, deniegue o mantenga una medida cautelar, y, lo que es más interesante; que un hecho que antes no se consideraba meritorio de una tutela de esta naturaleza, se estime con posterioridad que la requiere, pudiendo actuar el tribunal incluso de oficio al decretarla.

#### **e) Infinitas**

Que las medidas cautelares dictadas en el contexto de un procedimiento de familia sean infinitas quiere decir, en definitiva, que no son taxativas; el juez puede decretar medidas innominadas con libertad, no estando sujeto en el ejercicio de sus facultades a un listado o límite establecido por la ley.

Esta característica deriva de la potestad cautelar amplia otorgada al juez de familia, el que puede dictar, en virtud del artículo 22 de la LTF, una multiplicidad de medidas que superan una concepción o catálogo previo del legislador. Es obvio que, dada las peculiaridades y mutabilidad del derecho de familia, la normativa pretende que el juez, en un acto de autoridad y sabiduría, dicte las medidas que considera atingentes, pudiendo ser ellas inclusive innovativas.

Cuando hablamos del juicio ordinario las medidas cautelares preponderantes son las innominadas, pues no hay un catálogo más allá del artículo 22 de la LTF que nos pormenorice cada una. Sin embargo, tratándose del procedimiento especial de protección de niños, niñas y adolescentes, encontramos su regulación exhaustiva y taxativa en el artículo 71 de la misma ley. Dicha excepción se encuentra en último inciso del artículo 22 de la LTF, el cual prescribe que “Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, solo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71”.

---

<sup>44</sup> MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el ordenamiento...op. cit., p. 22.

<sup>45</sup> MONROY, Juan. El juez nacional y la medida cautelar. *Derecho & Sociedad*, (2): 42-48, 1990. p. 45.

## **f) Acumulables**

Esta característica está orientada a la utilización de medidas en modo funcional; si el juez estima que las circunstancias hacen merecedora la aplicación de una o más medidas cautelares que actúen juntamente con objetivos imbricados o disímiles, puede disponerlas sin mayor problema. La LTF siguiendo esta línea permite dictar las providencias cautelares que el tribunal estime conveniente al caso, esto referido puntualmente a la cantidad.

Los únicos límites notorios que encontramos en la LTF en lo que concierne a esta característica, es que, primero, al disponer de más de una estas no deben resultar incompatibles entre sí<sup>46</sup> toda vez que se espera que tengan eficacia y utilidad en la causa. Y, segundo, deben concederse en atención a las circunstancias que rodean al caso, por ende, no pueden estar desconectadas de aquello que pretenden proteger.

Es posible concluir, por lo tanto, que a lo largo del procedimiento se pueden otorgar distintos tipos de medidas cautelares o de protección y en distintas etapas. Por lo demás, estas si bien se acumulan y producen sus efectos jurídicos coetáneamente, pueden quedar sin efecto en tiempos disímiles, toda vez que se diferencian en cuanto a su naturaleza y el período en que fueron establecidas.

### **2.2. La tutela cautelar en Chile: principales presupuestos.**

Una vez numeradas las características propias de las medidas en estudio, es menester preguntarse cuáles son los requisitos habilitantes que permiten, ante su constatación por el tribunal de la causa, dictarlas justificadamente, entendiéndose que no será la mera petición del actor razón suficiente para dar origen a estas.

En el estudio de las medidas cautelares tenemos un gran número de figuras a la que podemos acudir, las cuales tienen sus propias particularidades dependiendo del proceso en el cual se enmarquen, así como los derechos en juego que el legislador ha tenido en vista a la hora de establecerlas.

Así pues, encontramos diferencias dependiendo del proceso sujeto a observación. Conocida es, por ejemplo, la tutela cautelar propia del ámbito penal, donde tratándose de medidas cautelares personales, el tribunal puede dictar providencias que limiten la libertad personal del imputado como ocurre con la prisión preventiva.

Ahora bien, incluso en este tipo de procedimientos mencionados, que distan bastante del aseguramiento de meros bienes, no se aleja el legislador en cuanto a los supuestos basales que debe examinar el tribunal a la

---

<sup>46</sup> SILVA, Rodrigo. op. cit., p. 52.

hora de decretar una medida en particular, consistiendo estos en el *periculum in mora* o peligro de retardo y el *fumus boni iuris* o apariencia (humo) de buen derecho<sup>47</sup>, los que son además copulativos.

A estos dos presupuestos es agregado comúnmente la caución o contracautela que debe otorgar quien solicitó la providencia a efectos de responder por lo eventuales perjuicios que se causen a la persona del demandado<sup>48</sup>, lo que mencionaremos brevemente en el procedimiento de familia, adelantando que el legislador no previó dicho elemento, por regla general, como requisito habilitante.

### **I. *Fumus boni iuris***

Es fundamental tener presente que las medidas cautelares se otorgan en el marco de un procedimiento sumario, en el cual no es posible exigir el conocimiento exhaustivo de la causa, sino que basta un conocimiento periférico de ella<sup>49</sup>, esto especialmente cuando se trata de medidas cautelares prejudiciales, donde el juez se encuentra en una posición desfavorable en lo que concierne a la calidad y cantidad de datos o conocimientos de los hechos, y sin embargo debe, ante la solicitud de una de las partes, de oficio, o incluso ante la denuncia de terceros, dependiendo de la medida que se trate, dictar determinada providencia cautelar sin posibilidad de excusarse.

Es en este contexto que nace el requisito denominado comúnmente apariencia de buen derecho, el que se estructura dogmáticamente como la acreditación en el proceso de que la pretensión invocada es verosímil, y que por ello es posible prever anticipadamente, al momento de pronunciarla, que la sentencia definitiva que se ha de dictar a su término ha de ser probablemente favorable al actor<sup>50</sup>.

Siguiendo lo mencionado, a propósito de la configuración de este requisito, resulta imposible exigir al juez que para efectos de otorgar una medida cautelar llegue a un estado de convencimiento completo en lo que respecta a las premisas fácticas; la ley lo faculta para tomar esta decisión siempre que exista una apariencia del derecho en favor del actor que la solicita, ello recordando, como señala ANDRÉS BORDALÍ, que “el derecho enteramente declarado solo ocurre en la sentencia definitiva”<sup>51</sup>, la que constituye la etapa final del procedimiento, y que difiere de dichas medidas en cuanto estas se impetran, por regla general, al inicio de este en salvaguarda de ciertos bienes o derechos que el legislador o el juez califican como merecedores de protección especial.

---

<sup>47</sup> HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. Las medidas cautelares en el proceso penal [en línea]. Chile. 2017. [Fecha de consulta: 16 de julio de 2020]. Disponible en: <https://doctrina.vlex.cl/vid/medidas-cautelares-proceso-penal-57253368>.

<sup>48</sup> MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el proceso... op. cit., p. 243.

<sup>49</sup> PALACIO, Lino. Manual de derecho procesal civil. [en línea]. Argentina. 2003. [Fecha de consulta: 16 de julio de 2020]. Disponible en: [https://www.academia.edu/27626905/Derecho\\_Procesal\\_Civil\\_-\\_Lino\\_Enrique\\_Palacio](https://www.academia.edu/27626905/Derecho_Procesal_Civil_-_Lino_Enrique_Palacio).

<sup>50</sup> MATORANA, Cristian. Las medidas cautelares... op. cit., p. 20.

<sup>51</sup> BORDALÍ, Andrés. El *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* en la tutela cautelar del contencioso administrativo chileno. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (30): 55-80, 2020. ISSN: 0719-5591. p.58.

Si analizamos con más profundidad este presupuesto, podemos darnos cuenta del problema de la escasez de antecedentes a la que se ve expuesto el juez de la causa, pero estructurado desde la perspectiva de la parte solicitante, sosteniendo que, si bien este no puede dar por supuesto el resguardo de un derecho ante su sola petición a la autoridad jurisdiccional, tampoco debe acreditar de modo fehaciente que efectivamente se tendrá éxito en la reclamación final<sup>52</sup>. Por lo tanto, nos encontramos en una etapa intermedia entre la probabilidad y la convicción, donde lo exigido es la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor<sup>53</sup>.

Es importante mencionar que, sin perjuicio de lo recién dicho, no es menester que lo invocado sea obligatoriamente un derecho subjetivo del actor, sino que en muchas ocasiones se exige invocar un interés legítimo, o incluso se concede, en algunas circunstancias especiales, una acción popular<sup>54</sup>. Este último caso es excepcional y lo podemos encontrar, como fue mencionado en apartados anteriores, en el artículo 71 inciso primero de la LTF, el que refiriéndose a las medidas cautelares especiales de protección, menciona que pueden otorgarse de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente.

Adviértase pues, que el requisito del humo de buen derecho se encuentra presente explícitamente en el artículo 22 de la LTF, que constituye la regla general en cuanto a la potestad cautelar del juez, y que consideramos transversal a los casos del procedimiento especial relativo a la protección de NNA del artículo 71 de la LTF, y el establecido respecto a actos de VIF que pertenecen al ámbito de competencia del juez de familia que encontramos en el artículo 92 de la ley en comento, no obstante tratarse estos dos últimos de procedimientos con particularidades propias.

## **II. *Periculum in mora***

De la misma manera que el artículo 22 de la LTF alude a la verosimilitud del derecho invocado como requisito para efectos de dictar las medidas cautelares, también es mencionado, con carácter de esencial, la concurrencia de peligro en la demora que implica la tramitación, sin definir o hacer distinciones en lo relacionado al término empleado.

La doctrina civil, que es aquella área donde más se han estudiado los presupuestos de las medidas en comento, entiende de modo homogéneo que el *periculum in mora* es el “peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva”<sup>55</sup>, teniendo en vista que con la aplicación de las

---

<sup>52</sup> MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el proceso...op. cit., p. 251.

<sup>53</sup> MATORANA, Cristian. Las medidas cautelares... op. cit., p. 20.

<sup>54</sup> BORDALÍ, Andrés. op. cit., p. 58.

<sup>55</sup> VALLS, José (coord.). Las medidas cautelares y los recursos. Madrid, España, Consejo General del Poder Judicial, 2000. p. 35.

providencias cautelares no se intenta poner pronto término al pleito, sino que su operatividad supone implícita la necesaria tardanza que significa desarrollar un debido proceso<sup>56</sup>.

Al efecto, debemos recordar que el juez puede decretar las providencias cautelares conservativas o innovativas que estime procedente, sin limitación de cantidad, pero señalando que estas deben estar en estricta armonía con el daño que se pretende evitar<sup>57</sup>. Solo siguiendo este parámetro pueden considerarse una herramienta verdaderamente útil en el procedimiento.

Ahora bien, autores como UGO ROCCO profundizan en el *periculum in mora*, arguyendo, sin perjuicio de la postura que considera la piedra angular de este concepto el peligro en la demora o retardo de la providencia definitiva, que lo realmente esencial es “[eludir] la posibilidad de que en período de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se verifique un evento, natural o voluntario, que suprima o restrinja tales intereses, haciendo imposible o limitado su realización por medio de los órganos jurisdiccionales”<sup>58</sup>, poniendo así el foco en la posible frustración del proceso, considerando para ello los fines de este.

Cabe señalar, por cierto, que la idea de peligro no es unívoca, así lo señala expresamente la Corte de Apelaciones de Valdivia, la que conociendo sobre una medida precautoria de retención distingue dos tipos de peligro; el de infructuosidad y el de tardanza<sup>59</sup>. El primero se identifica con la idea clásica, vale decir, el peligro susceptible de concretizarse con la dilación en la dictación de la medida por el tribunal, mientras que el segundo, y más interesante, con el perjuicio irreparable que la omisión en adoptar la tutela jurisdiccional pueda traer aparejada<sup>60</sup>.

En otras palabras, el peligro en la tardanza o retardo tiene la singularidad que con la medida cautelar se busca acelerar provisoriamente la satisfacción de la pretensión deducida, porque de esperar el completo desarrollo del juicio es dable que sufra el demandante, o el protegido con esta, perjuicios irreparables<sup>61</sup>, lo que nos lleva ineludiblemente al campo de las medidas cautelares innovativas que proliferan en familia, y entre las cuales podemos mencionar, por ejemplo, el cuidado personal provisorio conforme al art. 71 de la LTF, toda vez que en este se busca, como señala la Corte de Apelaciones de Temuco:

“[...] modificar el estado de hecho o de derecho preexistente, implicando un auténtico antejuicio de la cuestión debatida, una declaración interina sobre el fondo, lo que obliga a una

---

<sup>56</sup> HUNTER, Iván. Poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 20(1): 205-229, 2007. ISSN: 0716-9132. p. 211.

<sup>57</sup> MARÍN, Juan. Tratado...op. cit., p. 573.

<sup>58</sup> ROCCO, Ugo. Tratado de derecho procesal civil: parte especial: proceso cautelar. Vol. V, Bogotá, Buenos Aires, Temis, 1977. p. 77.

<sup>59</sup> ICA Valdivia, Pérez con Alarcón, Rol N°4081-2015, 11 de marzo de 2016.

<sup>60</sup> CALAMANDREI, Piero. op. cit., p. 72.

<sup>61</sup> MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el ordenamiento..., Op. Cit., p. 23.

mayor prudencia en la apreciación de los requisitos que la justifican; y por su intermedio se intenta evitar el '*periculum damni o in facti*', esto es un perjuicio irreparable, que se produciría si no se otorga la misma"<sup>62</sup>.

Es necesario advertir, en todo caso que, tratándose de este tipo de medidas, vale decir, la cautela innovativa, el peligro en la demora conforme al artículo 22 de la LTF se complejiza, toda vez que la autoridad jurisdiccional no se rige meramente por la acreditación de un perjuicio o daño abstracto al que se puede ver afectada la persona con cuya providencia se pretende proteger, sino que esta debe considerar que de los hechos se desprende una situación urgente, que así lo exige el interés superior del niño, niña o adolescente implicado, o que ello es aconsejable en virtud de la inminencia del daño que se pretende evitar.

Por otra parte, podemos vincular el presupuesto analizado con varias de las características propias de las medidas cautelares existentes en materia de familia. En el caso puntual de la provisionalidad, la relación se encuentra en que las providencias dependen, en lo que concierne a su mantención, a la existencia del peligro en la demora que justificó su interposición<sup>63</sup>, y puede ocurrir ante cambios en las circunstancias que el juez no simplemente la deje sin efecto, sino que decreta otras que considere funcionales al caso particular, lo que se desprende de su naturaleza flexible.

De la misma forma, y esta vez haciendo referencia a las funciones de las medidas cautelares, la elección que realice el juez de la medida particular en vista de los hechos propios del caso puede ser, según lo mencionado con anterioridad, sumamente amplio. El profesor JUAN MARÍN haciendo una reflexión sobre este punto, señala que:

“El juez puede adoptar medidas no sólo de carácter conservativo sino, también, aquellas de carácter innovativo. No sólo medidas de estricta precaución, sino las que alteren el *statu quo* imperante. La norma, adicionalmente, no acota el número ni el tipo de medidas que el juez puede adoptar. Se pueden conceder todas aquellas que de acuerdo con las circunstancias de cada caso sean procedentes. Lógicamente ellas deben estar en estricta armonía con el daño que se pretende evitar”<sup>64</sup>.

Por último, dada la importancia de los derechos y garantías que pretende proteger el legislador en sede de familia, el peligro en la demora y la urgencia que de él se desprende se convierte sustrato para la actuación del juez de forma poco convencional, lo que se puede reflejar, por ejemplo, en la facultad de dictar medidas cautelares incluso cuando carece de competencia, en supuestos donde la causa,

---

<sup>62</sup> ICA Temuco, Burcher Moller con Moller Riquelme, Rol N°96-2007, 30 de enero de 2008, Legal Publishing: 38319.

<sup>63</sup> COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. 3° ed. Buenos Aires, Argentina, Roque Depalma, 1958. p. 326.

<sup>64</sup> MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el ordenamiento...op. cit., p. 23.

dada sus características, pertenece a la jurisdicción penal. Lo que encontramos explícitamente el artículo 81 inciso segundo de la LTF.

### III. Caución

Como adelantamos, la caución o contracautela consiste en una imposición del juez al interesado en la dictación de la medida cautelar, que sirve como condición para obtener la ulterior providencia judicial<sup>65</sup>. Pues bien, debemos tener en consideración que este requisito nace como el polo opuesto de la acción ejercida por el demandante en el juicio y pretende visibilizar los futuros perjuicios que sufrirá el demandado como consecuencia de la dictación de la medida por el tribunal.

Se busca de este modo que el tribunal establezca una caución suficiente para responder de los daños a los que se ve expuesto la contraparte que soportará la medida dictada. Es interesante este punto porque la LTF es bastante garantista con quien solicita la medida, incluso aumentado en ocasiones los legitimados activos para el ejercicio de la acción, mientras que este requisito corre en el sentido contrario; poniéndose en el supuesto de que la medida provisional sea errónea y/o existan incentivos para solicitar medidas temerarias<sup>66</sup>.

Para el análisis de la caución como presupuesto obligatorio en la dictación de las medidas cautelares, es necesario observar, primero, que a falta de norma expresa en la LTF, se aplicará supletoriamente lo relativo a las medidas precautorias y prejudiciales del CPC. Es a propósito de su regulación que encontramos el artículo 298 del CPC, el cual prescribe que “Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen”.

De lo anterior no cabe más que concluir que la caución, por lo tanto, no supone un requisito o presupuesto esencial para la dictación de las providencias cautelares en el procedimiento civil, y, en consecuencia, tampoco en el procedimiento de familia en lo no cubierto por el artículo 22 de la LTF, puesto que la esfera de utilización de la caución es nimia y está entregada su determinación a la discrecionalidad del juez de la causa. Es por lo anterior que no puede considerarse bajo ningún respecto una regla general en nuestra legislación.

Sin perjuicio de lo recién dicho, tratándose de medidas que se impetran en sede de familia antes del inicio del procedimiento, es decir, como prejudiciales orientadas a preparar la entrada al juicio y evitar que los derechos del demandante u otros sujetos protegidos por la norma sean burlados<sup>67</sup>, deben en cuanto a lo formal cumplir con los requisitos exigidos en el CPC, que encontramos en los artículos 273 a 289, lo anterior

---

<sup>65</sup> CALAMANDREI, Piero. op. cit., p. 63.

<sup>66</sup> BARROS, Enrique. loc. cit.

<sup>67</sup> JARA, Eduardo. op. cit., p. 86.

en conformidad a lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 22 de la LTF, el cual ordena que “En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil”.

En virtud de lo recién dicho, respecto de estas medidas deben existir motivos graves y calificados, determinar el monto de los bienes sobre que recaerán y rendir fianza u otra garantía suficiente para responder de los perjuicios que se originen, agregando a ello los requisitos propios del artículo 298 del mismo cuerpo legal, a saber; acompañar el solicitante comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama<sup>68</sup>.

### **2.3. El establecimiento de la potestad cautelar del juez de familia y tipos de medidas cautelares.**

El derecho de familia, como vimos en el capítulo anterior, se orienta a dar protección a la familia, pero con una veta claramente protectora hacia quienes el legislador considera vulnerables. En este marco, la potestad cautelar del juez de familia regulada en el artículo 22 de la LTF refuerza el concepto de un juez con facultades sumamente amplias dentro del proceso, el que tiende a neutralizar la disparidad original en la que se encuentran las partes y cuya particularidad es tal que no puede enmarcarse dentro de las clásicas potestades formales o materiales<sup>69</sup>.

El propósito es, por lo tanto, dictar medidas cautelares con gran autonomía, entendiendo por estas “toda orden judicial dirigida a precaver un daño, sean de carácter conservativa o innovativa, anticipativa o nominada (típica) o innominada (atípica)”<sup>70</sup>.

En consecuencia, la amplitud de esta potestad reside en que el tribunal puede dictar en cualquier etapa del procedimiento, e incluso antes de su inicio, una serie de providencias cautelares que digan relación con el daño que se pretenda evitar, sean estas conservativas o innovativas, con límites que la misma norma establece y que explicamos previamente.

En importante hacer alusión en este punto al emplazamiento que tiene el artículo 22 dentro de la LTF, vale decir, entre los principios del procedimiento, puesto que, si bien se aplicará en mayor medida en el procedimiento ordinario por tratarse de aquel que tiene una regulación más extensiva en sede de familia y que a su vez no es considerado un procedimiento de emergencia, estamos ante una facultad que es extensible a todos los otros tipos de procedimientos, y que, por lo tanto, puede moldearse a las necesidades fácticas que el juez o las partes identifican en la causa.

---

<sup>68</sup> JARA, Eduardo. op. cit., p. 86.

<sup>69</sup> HERNÁNDEZ, José. op. cit., p. 32.

<sup>70</sup> CORTÉS, Mauricio. loc. cit.

Paralelamente a lo descrito, y como consecuencia del análisis de esta potestad, nace nítidamente una doctrina que se opone a su amplitud. FRANCISCO RUAY, por ejemplo, sostiene que la consagración de potestades abiertas o atípicas no son coherentes con el contenido constitucional, desnaturalizando, dada su laxitud, la noción de proceso, atentando contra principios fundamentales tales como la legalidad, juricidad y la certeza jurídica, así como el derecho a defensa de las partes en el juicio<sup>71</sup>.

Una forma de enervar la crítica recién descrita consiste en confiar que tenemos jueces lo suficientemente preparados y sensatos para utilizar dicha potestad de manera imparcial, sin olvidar, por cierto, que la legislación prevé que las resoluciones que decretan medidas cautelares son susceptibles de ser enmendadas mediante recurso de apelación, en correspondencia al artículo 67 N°2 de la LTF, lo que viene a dar mayor seguridad en cuanto a la decisión adoptada por la autoridad judicial.

La importancia de este análisis radica, en lo medular, en la situación de la contraparte de la medida cautelar; vale decir, quien la soporta. Podemos identificar una tensión entre lo oneroso de la medida y el riesgo de imponerla erróneamente. JOSÉ HERNÁNDEZ señala en este tópico que:

“Los jueces de familia dotados de amplia potestad cautelar, deben ser acuciosos y rigurosos en su otorgamiento al ser solicitadas por las partes, ya que siempre existe la posibilidad de ser engañados por algún litigante malicioso y como consecuencia de aquello se cometan errores al momento de decretarlas”<sup>72</sup>.

Una forma propuesta para atenuar las consecuencias de estas medidas consiste principalmente en solicitar por las partes o el juez una contracautela que compense el posible daño producido con el otorgamiento de la providencia cautelar, sin embargo, ya establecimos que su utilización claramente excepcional, enmarcada en las medidas de carácter prejudicial.

## **I. Medidas cautelares en el procedimiento de aplicación de medidas de protección de los derechos de NNA.**

Si pretendemos someter a análisis las medidas cautelares que es posible dictar en conformidad a los artículos precitados, debe recordarse que el artículo 22 de la LTF no menciona ninguna en particular, pero que en los procedimientos especiales esta regla se revierte, por lo que en el artículo 71 de la LTF, que tiene por fundamento la necesidad de proteger los derechos del NNA, prescribe que el titular de la acción puede ser el juez

---

<sup>71</sup> RUAY, Francisco. La “función” cautelar del juez en el proceso laboral ¿Consagración de una potestad cautelar genérica? *Revista Ius et Praxis*, 21(2): 441-480, 2015. ISSN 0717-2877. p. 476.

<sup>72</sup> HERNÁNDEZ, José. op cit., p. 71.

(de oficio), a solicitud de la autoridad pública, o a solicitud de cualquier persona. Y, en cuanto a su enumeración, el tribunal puede adoptar las siguientes:

- 1) La entrega inmediata del NNA a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;
- 2) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;
- 3) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima;
- 4) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;
- 5) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;
- 6) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;
- 7) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.
- 8) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, y
- 9) La prohibición de salir del país para el NNA sujeto de la petición de protección.

## **II. Medidas cautelares en el procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar.**

De manera similar al procedimiento de protección de NNA, el artículo 92 de la LTF establece una serie de medidas cautelares destinadas a proteger a la víctima, así como al grupo familiar, cautelando su subsistencia económica e integridad patrimonial. Las providencias cautelares pueden ser adoptadas sin perjuicio de otras medidas que el juez estime procedentes, a la vez que se refuerza el principio de actuación de oficio, ya que

el artículo 13 de la LTF prescribe que dicho principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a las víctimas de violencia intrafamiliar<sup>73</sup>.

El catálogo dado por lo que el legislador en caso es el siguiente:

- 1) Prohibir al ofensor acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de aquél en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de ésta, así como en cualquier otro lugar en que la víctima permanezca, concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.
- 2) Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común.
- 3) Fijar alimentos provisorios.
- 4) Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos.
- 5) Decretar la prohibición de celebrar actos o contratos.
- 6) Prohibir el porte y tenencia de cualquier arma de fuego, municiones y cartuchos; disponer la retención de los mismos, y prohibir la adquisición o almacenaje de los objetos singularizados en el artículo 2º de la ley N°17.798, sobre Control de Armas. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director del Servicio respectivo para los fines legales y reglamentarios pertinentes. Con todo, el imputado podrá solicitar ser excluido de estas medidas en caso de demostrar que sus actividades industriales, comerciales o mineras requieren de alguno de esos elementos.
- 7) Decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante.
- 8) Establecer medidas de protección para adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad.

Por último, es menester recordar que la enumeración dada por el legislador en el artículo 92 de la LTF hace referencia a medidas cautelares típicas que pueden clasificarse comúnmente entre medidas cautelares personales y reales<sup>74</sup>, por lo que en ningún caso es taxativo.

---

<sup>73</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., p. 396.

<sup>74</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., p. 399.

## **CAPÍTULO III: ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE FAMILIA**

### **3.1. Breves precisiones respecto a la prueba jurídica.**

El término prueba tiene una carga polisémica ineludible; es entendida como actividad, medio y resultado<sup>75</sup>. En su primera acepción hace referencia a la aportación de elementos de juicio a favor de determinada conclusión, mientras que como medio de prueba no encapsula a ninguno en particular, sino que a todo medio previsto por el legislador que incorpore información al juicio. Por último, es posible entender la prueba como el resultado obtenido a partir de la aportación de elementos de juicio, vale decir, la convicción alcanzada por el tribunal respecto de los hechos que fundamentan la respectiva pretensión o excepción hecha valer en el juicio<sup>76</sup>.

Si bien todas las acepciones recién mencionadas cobran importancia dentro del proceso, la que nos importa para la finalidad de este trabajo es aquella que se centra en el resultado obtenido a partir de la rendición de prueba; vale decir, cómo el juez tuvo por verificado un hecho previsto en determinada norma para efecto de poseer su decisión un fundamento y razón que pueda objetivamente ser examinada por un tercero. Lo anterior porque el objeto de la actividad probatoria se orienta a producir un conjunto de motivos o razones que, de los medios aportados por las partes, deduzcan y suministren al juez el conocimiento de los hechos para los fines del proceso<sup>77</sup>.

Autores como JORDI FERRER sostienen que el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos<sup>78</sup> pues la orientación de la prueba, según su tesis, es la determinación de la verdad sobre los hechos. No está de más señalar a este respecto, que dicha finalidad no es siempre la misma según la doctrina, pues depende en gran medida del concepto de verdad que sea asignado en este estadio.

---

<sup>75</sup> FERRER, Jordi. Prueba y verdad en el derecho. Madrid, España, Marcial Pons, 2002. ISBN: 8497680235. p. 28-31.

<sup>76</sup> MATURANA, Cristián. Aspectos generales de la prueba. Santiago, Chile, Separata del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sin publicar, 2015. p. 14.

<sup>77</sup> ARTAVIA, Sergio y PICADO, Carlos. La prueba en general. familia [en línea]. Costa Rica. 2018. [Fecha de consulta: 7 de noviembre 2020]. Disponible en: [https://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2018/Noviembre/Capitulo\\_19\\_La\\_prueba\\_generaal.pdf](https://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2018/Noviembre/Capitulo_19_La_prueba_generaal.pdf).

<sup>78</sup> FERRER, Jordi. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. [en línea]. Bolivia. 2018. [Fecha de consulta: 7 de noviembre 2020]. Disponible en: <https://tcpbolivia.bo/apectcp/sites/default/files/pdf/LibroTeoriaPrueba.pdf>.

Lo que no es posible negar es que la prueba cobra importancia debido a su vinculación ineludible con los hechos; estos ocupan un lugar central en la decisión que el tribunal debe tomar, determinando, a su vez, la interpretación de la norma que debe aplicarse<sup>79</sup>.

En todo caso, y ahora analizando la prueba desde una perspectiva imparcial y alejada de la doctrina que versa en profundidad sobre esta, es patente su trascendencia en el proceso, pues, aunque la vinculación se vea en principio lejana, solo a través de esta es posible ejercer la función pública de administrar justicia o *juridictio*<sup>80</sup>.

FREDY HERNANDO afirma al respecto que en la actividad de dirimir un litigio entre las partes es requerido, en la mayoría de los casos, agotar una fase de instrucción en la que cada una cuente con las mismas oportunidades para hacerse dar la razón desde el punto de vista fáctico. Por lo tanto, el periodo probatorio contribuiría a brindar al juez las pruebas necesarias para cumplir cabalmente su función, en lo que contribuye tanto la actividad probatoria de las partes como su propia iniciativa probatoria<sup>81</sup> (claro, en los casos en que la ley lo permite) con el propósito que la resolución del caso no se cimente sobre su mero arbitrio.

Que, con relación a los hechos, el juzgador no tiene *per se* un conocimiento cabal sobre estos, razón por la cual debe tomar en consideración las afirmaciones que las partes realicen de los mismos, estando vetado de utilizar su conocimiento privado sobre ellos, *so pena* de vulnerar los principios procesales de imparcialidad y contradicción entre las partes<sup>82</sup>.

De este modo es posible sostener que existe un derecho a la prueba entendido en términos de JOAN PICÓ, cuyo planteamiento basal es que la prueba posee un contenido mínimo que en su configuración legal siempre debe ser respetado, lo que se traduce en la práctica en que los tribunales admitan, practiquen y valoren todas aquellas pruebas pertinentes, útiles y lícitas (esto bajo la nomenclatura de límites intrínsecos) solicitadas por la parte, respetando coetáneamente los requisitos legales de proposición (límites extrínsecos genéricos) y adecuándose a los requisitos específicos de cada medio probatorios (límites extrínsecos específicos)<sup>83</sup>.

Esta idea es reforzada en Chile a nivel constitucional, pues la prueba se erige como una de las garantías mínimas del debido proceso. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a esta materia, indicando que:

---

<sup>79</sup> TARUFFO, Michele. Verdad y prueba en el proceso. En: PRIORI, Giovanni (coord.). La prueba en el proceso. Lima, Perú, Palestra Editores, 2018. pp. 13-23.

<sup>80</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del derecho procesal civil. Trad. Enrique Figueroa. México, Harla, 1997. p. 2.

<sup>81</sup> TOSCANO, Fredy. El derecho fundamental a la prueba en Colombia. En: PRIORI, Giovanni (coord.). La prueba en el proceso. Lima, Perú, Palestra Editores, 2018. pp. 55-65.

<sup>82</sup> MATURANA, Cristián. Aspectos generales... op. cit., p. 4.

<sup>83</sup> PICÓ, Joan. El derecho constitucional a la prueba en su configuración legal en el nuevo proceso civil español [en línea]. España. 2008. [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2554/31.pdf>.

“El legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten [...]”<sup>84</sup>.

En virtud de lo anterior, si sostenemos que existe un derecho a la prueba, el que ejercido libremente por las partes y/o el juez otorga legitimidad a las decisiones de este último, no debemos olvidar que el procedimiento consiste en una serie de actos en los que se desenvuelve el proceso para llegar a su fin (la sentencia)<sup>85</sup>, la que es precedida a su vez por una serie de resoluciones judiciales que deben, para gozar también de legitimidad, poseer una base sólida o fundamento, el que, estimo, solo puede ser dado por los elementos probatorios allegados al tribunal.

### **3.2. Vinculación entre prueba y verdad.**

Una pregunta recurrente a nivel doctrinario y que ha suscitado una amplia gama de posiciones es la que gira en torno al fin u objetivo de la prueba, así como la tarea que debe cumplir el juzgador en la etapa probatoria; si debe, respecto de los hechos, comprobarlos o acreditarlos, buscar la verdad de lo acontecido en el plano de la realidad, o, si debe, en último término, arribar a la mera convicción acerca de los hechos controvertidos en el litigio<sup>86</sup>.

Dentro del marco de las teorías del proceso, y con el propósito de responder a esta interrogante, se han erigido dos doctrinas que concentran una importante cantidad de adherentes. La primera sostiene que el proceso es un método esencialmente para resolver controversias (teoría adversarial), mientras que la segunda, basada en las teorías narrativas, interpreta al proceso como una secuencia en las relaciones construidas por los sujetos que intervienen en él<sup>87</sup>.

En consecuencia, para la teoría adversarial los hechos son verificados en el curso de la competición entre las partes<sup>88</sup> mediante un proceso de descubrimiento que a todas luces depende de la defensa que cada abogado otorgue a su representado, pero, en contraposición y tratándose de las doctrinas narrativas, las simples propuestas y descripciones fácticas son insuficientes para decidir su idoneidad puesto que los hechos que

---

<sup>84</sup> STC, Rol N°1411, 7 de septiembre de 2010.

<sup>85</sup> TARUFFO, Michele. Verdad y prueba en... op. cit., p. 14.

<sup>86</sup> ALVARADO, Alfonso. Proceso y verdad. En: GRUPO de Investigaciones de Derecho (GRID). Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial. Universidad Pontificia Bolivariana, Colección de investigaciones en derecho, 2014. ISBN: 978-958-764-208-7. pp. 117-132.

<sup>87</sup> TARUFFO, Michele. Verdad y prueba en... op. cit., p. 14.

<sup>88</sup> TARUFFO, Michele. Verdad y prueba en... op. cit., p. 17.

ingresan al proceso en la forma de narración requieren que sea determinado en lo que les atañe la verdad relativa a ellos<sup>89</sup>.

Sin embargo, es el concepto de verdad el que suscita mayor recelo entre los autores. La doctrina se ha encargado a lo largo de los años en hacer una línea demarcatoria entre lo que consideran verdad material o real y verdad formal<sup>90</sup>, constituyendo la primera aquella que efectivamente acaeció y que se espera el juez descubra por medio del material probatorio puesto a su disposición, y, en contraposición, la verdad formal hace alusión a verdad obtenida por la aplicación de las reglas del proceso<sup>91</sup>, constituyendo esta última, según su creencia, la única a la que es posible acceder dadas las características propias del conocimiento jurídico.

Desde luego, estos desarrollos doctrinarios anquilosados han descansado bajo la égida de posturas como la de FRANCESCO CARNELUTTI, para quien “la verdad es como el agua, es pura o no es verdad”<sup>92</sup>. Por lo que, no logrando llegar a este concepto diáfano de verdad, circunscriben la actividad probatoria a un proceso de fijación formal de los hechos<sup>93</sup>, materializando así la diferenciación clara entre lo que es considerado verdad en términos jurídicos de lo que efectivamente ocurre en el plano fáctico.

En todo caso, es idóneo mencionar que con el paso del tiempo han emergido teorías que versando sobre la misma materia postulan una conceptualización distinta de esta. Entre las más importantes encontramos aquellas que recogiendo el concepto básico de verdad postulan que esta pugna con otros objetivos institucionales de la prueba jurídica, como es la celeridad, seguridad jurídica, protección de derechos individuales, etc.<sup>94</sup>, mientras que otras, como a la que adscribe MICHELE TARUFFO, plantean la idea de verdad como correspondencia siguiendo la línea de ALFRED TARSKI.

Este último autor comienza su exposición desde el ejemplo clásico consistente en el enunciado “la nieve es blanca”, el que solo es verdadero si la nieve realmente es blanca, en otras palabras, sólo si aquello que dice el enunciado corresponde al color real de la nieve<sup>95</sup>. Concluyendo, por consiguiente, que se dice la verdad o realidad sobre un hecho si aquello realmente se condice con la realidad. Lo anterior como presupuesto básico de comprobación para obtener decisiones justas<sup>96</sup>.

Paralelamente, es importante mencionar que, como consecuencia de la frondosa doctrina que prolifera en este tema, un gran número de investigadores han centrado el conocimiento inductivo propio del estadio

---

<sup>89</sup> TARUFFO, Michele. Verdad y prueba en... op. cit., p. 17.

<sup>90</sup> MATURANA, Cristián. Aspectos generales... op. cit., p. 24.

<sup>91</sup> ALVARADO, Alfonso. op. cit., p. 122.

<sup>92</sup> CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2da. ed. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma. 1982. p. 25.

<sup>93</sup> FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid, España, Marcial Pons, 2007. ISBN: 9788497. p. 25.

<sup>94</sup> FERRER, Jordi. La valoración racional... op. cit., pp. 31-32.

<sup>95</sup> TARUFFO, Michele. Verdad y prueba en... op. cit., p. 19.

<sup>96</sup> TARUFFO, Michele. Verdad y prueba en... op. cit., p. 19.

probatorio ya no en certezas absolutas sino solo supuestos o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las hacen probables<sup>97</sup>, introduciendo de este modo un elemento que, se espera, brinde mayor objetividad al procedimiento.

Por último, y no obstante el esfuerzo por arribar a criterios que hagan más homogéneo el conocimiento en torno a la prueba y la verdad que pueda o no ser obtenida mediante esta, las posturas clásicas han sido a menudo eclipsadas en la actualidad por modelos persuasivos, los que postulan que la prueba busca crear el convencimiento del juez respecto de datos procesales determinados y puntualmente sobre la existencia de hechos de importancia en el proceso<sup>98</sup>. Sin ir más lejos, RENÉ NÚÑEZ a propósito de la prueba en sede de familia sostiene que esta busca “convencer al juzgador de la veracidad de los hechos controvertidos”<sup>99</sup>.

El convencimiento del juzgador así entendido iría en un carril paralelo a la verdad de las aseveraciones planteadas por las partes, pues la actividad probatoria de las partes y del propio juez propendería a obtener el convencimiento de este último, convencimiento que, por cierto, versa sobre la existencia o inexistencia y las características de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión<sup>100</sup>. En consecuencia, el objetivo final de la prueba o determinación jurídica de los hechos es llegar a un conjunto de proposiciones fácticas que justifican por ser, como mínimo, indicativas de verdad<sup>101</sup> y que bajo esta óptica permitan generar cierto impacto en el juzgador.

### **3.3. Similitudes entre la prueba jurídica y la dictación de medidas cautelares.**

Una vez exhibido el debate en torno a la nomenclatura de prueba jurídica, es menester avocarnos a aquellas características que identificadas por la doctrina a todas luces la singularizan como institución, esto a fin de cumplir uno de los objetivos del presente trabajo, a saber, instaurar la idea de que en sede de medidas cautelares existe actividad probatoria.

En consecuencia, a continuación analizaremos someramente algunas de las características de la prueba jurídica<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> GASCÓN, Marina. Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba. 2da. ed. Barcelona, España, Marcial Pons, 2004. ISBN: 8497681266. p. 8.

<sup>98</sup> MONTERO, Juan. Prueba y verdad en el proceso civil. Prueba y verdad en el proceso civil un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (49): 117-147, 2019. ISSN: 2346-3473. p. 127.

<sup>99</sup> NÚÑEZ, René. Derecho procesal de familia [en línea]. Chile. 2012. [Fecha de consulta: 7 de noviembre 2020]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl/2018>.

<sup>100</sup> DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Vol. I, Buenos Aires, Argentina, Zavalía, 1981. p. 19.

<sup>101</sup> RUIZ, Bernardo. La verdad y la prueba judicial: la epistemología jurídica y las prácticas judiciales. En: PRIORI, Giovanni (coord.). La prueba en el proceso. Lima, Perú, Palestra Editores, 2018. pp. 85-116.

<sup>102</sup> Jordi Ferrer identifica siete características de la prueba jurídica, tesis que acogemos parcialmente pues, como se verá en los siguientes capítulos, nuestra tesis se aleja en varios puntos a sus planteamientos doctrinarios.

### **a) Determinación de ocurrencia de hechos pasados.**

Para nadie es nuevo que existen grados de conocimiento del juez respecto de los hechos<sup>103</sup>, partiendo este siempre desde la absoluta ignorancia de ellos hasta el conocimiento y posterior pronunciamiento a su respecto.

Es en este contexto que se ha asemejado con bastante asiduidad la labor del juez con la del historiador, sosteniendo que “el juzgador debe proceder, tal y como lo hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado en el presente debe analizar hechos que se dicen cumplidos en el pasado”<sup>104</sup>, sin embargo, esta similitud que podría considerarse la regla general, se ve debilitada por una multiplicidad de factores, entre los que encontramos: (1) necesidad de encuadrar el hecho en una norma jurídica, (2) determinación de hechos presentes, y (3) predicción de hechos futuros<sup>105</sup>.

En particular, si nos referimos a la necesidad de encuadrar el hecho en la norma jurídica, este es un supuesto básico ínsito del derecho; el juez está limitado en todo momento por la ley, por lo que incluso en escenarios más activistas sus potestades están dadas por esta hasta la concurrencia de los presupuestos que ella misma establece.

En segundo lugar, y haciendo referencia a la determinación de hechos presentes y futuros, esta es una habilidad necesaria para el juzgador toda vez que se encuentra ante conflictos con múltiples aristas, constituyendo la base fáctica un supuesto que no es inamovible, sino que puede cambiar mientras se desarrolla el juicio. Dicha elasticidad es más notoria en las medidas cautelares, ya que, por regla general, las partes evidencian hechos urgentes que ocurrieron en un lapso no lejano, requiriendo la tutela del juez.

Es así entonces que el tribunal basado en hechos precedentes dicta una providencia cautelar en vista de la protección de determinada persona o bien; pero esta decisión no es azarosa, sino que es la culminación de un ejercicio donde previó que un determinado hecho X (perjudicial) ocurriría en un periodo Y (el tiempo en que transcurre el juicio de lato conocimiento).

### **b) Inclusión de reglas jurídicas sobre la prueba.**

Es conveniente mencionar a propósito de este punto que se han distinguido por la doctrina varias reglas de prueba atendido el objeto sobre el que versan. De este modo encontramos reglas sobre: (1) actividad probatoria, (2) medios de prueba y (3) resultado probatorio<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> MATURANA, Cristián. Aspectos generales... op. cit., p. 24.

<sup>104</sup> ALVARADO, Alfonso. op. cit., p. 125.

<sup>105</sup> ALVARADO, Alfonso. op. cit., p. 125.

<sup>106</sup> FERRER, Jordi. La valoración racional... op. cit., p. 35.

Si realizamos un análisis desde la perspectiva del procedimiento de familia, y puntualmente el juicio ordinario, el periodo probatorio se circunscribe a la audiencia de juicio pues es en ella donde el juez tendrá contacto directo con la prueba, sin perjuicio del ofrecimiento que haya ocurrido en la audiencia preparatoria.

Debe mencionarse, además, que dada la naturaleza de los conflictos que ahí se ventilan, el juez tiene bastante libertad para actuar, ya que la LTF alejándose de la rigidez del CPC estableció la libertad probatoria y la sana crítica, las que encontrándose en el acápite sobre disposiciones generales de la prueba, serán aplicables siempre que este deba dirimir conflictos en los que es necesario probar determinados hechos.

En paralelo, para dictar una o más medidas cautelares el tribunal también tendrá contacto con la prueba que presenten las partes, con la salvedad de que dispondrá de un periodo reducido para apreciarla y basado en ella dictar la providencia en comento, no estando el resultado probatorio prefijado por los medios de prueba presentados, pues es aplicable, al igual que en el procedimiento ordinario, la sana crítica como sistema de valoración.

**c) La decisión sobre la prueba está sometida a limitaciones temporales.**

La característica de la temporalidad se expresa comúnmente en la circunstancia que el juicio no puede ser indefinido; existe un periodo para discutir, probar y finalmente aceptar la resolución del conflicto, estando dotado el ordenamiento jurídico con herramientas procesales que hacen patente el cierre, como son la preclusión, caducidad y cosa juzgada.

Las razones que comúnmente se entregan para fundamentar esta característica pueden resumirse en el adagio “la justicia que es lenta no es justicia”, agregando razones de economía en cuanto a la cantidad de recursos materiales utilizados<sup>107</sup> y la búsqueda de seguridad jurídica.

Mencioné previamente que el periodo de prueba es un presupuesto basal para ejercer la actividad jurisdiccional y aquí dicha frase cobra sentido, toda vez que la tutela judicial efectiva se ve satisfecha con la resolución del conflicto<sup>108</sup>, lo que ocurre generalmente con la dictación de la sentencia definitiva y que tiene como presupuesto básico el conocimiento de los hechos por parte del juzgador.

Pues bien, en el caso de las medidas cautelares debemos tener previstas las características propias de ellas, a saber, la instrumentalidad, provisionalidad y flexibilidad. La resolución que las establezca nunca será una sentencia definitiva sino meramente una sentencia interlocutoria, la que debe dictarse con celeridad, pudiendo estar presente en distintas etapas del procedimiento.

---

<sup>107</sup> FERRER, Jordi. La valoración racional... op. cit., p. 38.

<sup>108</sup> STC, Rol N°1535, 12 de noviembre de 2009.

Así entonces, la dictación de las providencias cautelares está sujeta a limitaciones de carácter temporal, pero la razón de aquello se aleja de la obtención de una solución de carácter definitivo e inmutable, sino que atiende a razones de protección que la misma LTF mandata, las que además servirán para dictar la sentencia de término por su inherente instrumentalidad. Con esto es posible concluir que dichas providencias cautelares existen en un carril paralelo a la resolución del conflicto propiamente tal, y que en contenido son mucho más ricas que la sentencia que dirima el conflicto, pues pueden, en un intento de protección de un mismo bien jurídico, ser modificadas, dejadas sin efecto o cambiadas por otras más idóneas.

**d) Las partes intervienen en el proceso.**

JOSÉ HERNÁNDEZ sostiene que la potestad cautelar del juez de familia se complementa eventualmente con el debido proceso<sup>109</sup>, el que se extiende a toda actividad jurisdiccional<sup>110</sup> y que ha sido entendido en su acepción constitucional por el Tribunal Constitucional como garante del “debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”<sup>111</sup>.

Es así como el principio de bilateralidad de la audiencia y aportación de prueba es aplicable, por consiguiente, a las medidas cautelares, salvo norma en contrario según lo explicado en el capítulo precedente.

**e) La justificación de la decisión adoptada es relativa a un conjunto determinado de elementos del juicio.**

Esta última característica, aunque obvia, resalta que para tener por cierto un enunciado probatorio (o la narración fáctica, si atendemos a las doctrinas narrativas) debe preceder a la decisión judicial un periodo probatorio en el cual se presenten elementos de prueba por las partes procesales, la que realizan este ejercicio a fin de dar sentido a su pretensión.

Algo importante al efecto, es que dichos elementos probatorios nunca serán símiles, incluso aunque comparemos causas que versen sobre la misma materia, razón por la cual las decisiones judiciales pueden cambiar atendiendo a este acervo más o menos completo. En otras palabras, “si varía el conjunto de elementos del juicio, puede variar perfectamente el resultado probatorio”<sup>112</sup>.

Lo anterior tiene cabida tanto en términos probatorios de juicios de lato conocimiento como en la dictación de medidas cautelares, pues respecto de estas últimas su dictación no es casual, sino que el ordenamiento

---

<sup>109</sup> HERNÁNDEZ, José. op. cit., p. 18.

<sup>110</sup> STC, Rol N°699, 14 de septiembre de 2006.

<sup>111</sup> STC, Rol N°1518, 23 de octubre de 2009.

<sup>112</sup> FERRER, Jordi. La valoración racional... op. cit., p. 40.

impone el cumplimiento de a lo menos del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, así como la incorporación de antecedentes.

## **CAPÍTULO IV: ESTÁNDAR DE PRUEBA**

### **4.1 Momentos de la actividad probatoria.**

Para efectos de desarrollar este punto nos apearemos a la postura clásica de JORDI FERRER, en orden a sostener que la actividad probatoria se desenvuelve mediante tres etapas sucesivas y claramente distinguibles, que son: (1) la conformación del conjunto de elementos del juicio o pruebas, (2) la valoración de los elementos del juicio o pruebas, y (3) la adopción de la decisión sobre los hechos probados<sup>113</sup>.

La elección de este modelo de división de la etapa o estadio probatorio no es en ningún caso azaroso, pues solo mediante él es posible vislumbrar la diferencia, a veces imperceptible, entre los sistemas de valoración de prueba y la posterior aplicación del estándar probatorio, permitiéndonos a su vez abonar el conocimiento sobre la prueba a fin de arribar a los lineamientos basales de un estándar idóneo en el último capítulo del presente trabajo.

A continuación profundizaremos en cada uno de esos momentos señalando sus características principales:

#### **I. La conformación del conjunto de elementos del juicio o pruebas**

Este momento es esencial para el desarrollo de los subsiguientes pues es aquí donde se propondrá la prueba. El propósito es, por lo tanto, conformar un conjunto de elementos probatorios que serán los que apoyen o refuten las hipótesis sobre los hechos del caso propuestas por cada parte<sup>114</sup>.

La etapa en comento tiene una particularidad apreciable; la autoridad juzgadora no podrá tomar en consideración elementos del juicio que no estén incorporados al proceso como prueba válida<sup>115</sup>, lo que se traduce en que serán admitidos y considerados únicamente las pruebas aportadas y admitidas en el proceso<sup>116</sup>, las que además deben ser depuradas conforme las reglas propias del sistema.

Un ejemplo común en este punto es la llamada prueba ilícita, la que constituye un medio probatorio que, aunque útil para efectos de formar la convicción del juzgador, es obtenido con inobservancia de las garantías fundamentales<sup>117</sup>, lo que no es tolerado por el ordenamiento. Con todo, debemos agregar a los filtros para la admisión de las pruebas en el proceso (reglas de exclusión clásicas), el análisis de la pertinencia y/o

---

<sup>113</sup> FERRER, Jordi. La valoración racional... op. cit., p. 41.

<sup>114</sup> FERRER, Jordi. La valoración racional... op. cit., p. 42.

<sup>115</sup> LOPES, Daniel. Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 17 (296): 152-170, 2018. ISSN: 1812-9552. p. 154.

<sup>116</sup> FERRER, Jordi. La valoración racional... op. cit., p. 42.

<sup>117</sup> CORREA, Claudio. La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo. *Política Criminal*, 11(21): 104-139, 2016. ISSN: 0718-3399. p. 112.

relevancia<sup>118</sup> de los elementos probatorios presentados, lo que obedece a las exigencias institucionales preestablecidas por el ordenamiento.

Es prudente en este punto advertir que autores como RODRIGO COLOMA, sostienen que el concepto mismo de medio de prueba “alude a las fuentes de producción de la prueba [...] Lo que importa es la provisión de datos útiles para demostrar o refutar la conjetura definida en el juicio. En conclusión, el estatus de medio de prueba (en concreto) depende de la relevancia del mensaje que potencialmente será comunicado”<sup>119</sup>.

Así pues, al hablar de medios de prueba lo importante está en la relevancia de los elementos probatorios; el juez debe percibir elementos que suministren información relevante para el establecimiento de los hechos de la causa, iniciando la tarea de aprehender y reconstruir los sucesos en el proceso<sup>120</sup>. Es por esta razón que hablamos de un juicio de relevancia, el cual envuelve un razonamiento epistémico y dependiente en gran medida de un análisis contextual<sup>121</sup>, vale decir, de una vista panorámica junto a las demás pruebas disponibles.

Con esto intento sostener que no obstante la LTF no utilice al referirse a las medidas cautelares el concepto de pruebas o medios de prueba, empleando en su defecto el término antecedentes en el art. 71 inciso 9 del mismo cuerpo legal, ello no invalida la verdadera naturaleza de los elementos probatorios presentados por quien solicita la medida cautelar, antes bien, queda implícito su valor pues es una actividad encaminada a aumentar el conocimiento del tribunal sobre los hechos y el contexto en que estos se desenvuelven, permitiendo que este falle como ejercicio final de la recopilación de los elementos de prueba aportados en una etapa donde carece de información certera y total.

## II. La valoración de los elementos de juicio o pruebas

En cuanto a las características de este momento, JORDI FERRER postula que una vez conformado el conjunto de elementos del juicio se procede a su valoración, la que está supeditada a la regulación propia de cada sistema jurídico<sup>122</sup>. En consecuencia, debemos identificar, primero, si existe un sistema de valoración determinado, y, segundo, proceder a la valoración de las pruebas conforme a dicho sistema.

---

<sup>118</sup> No hay un criterio homogéneo por parte de la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al concepto de pertinencia, utilizándose en varias ocasiones como sinónimo de relevancia epistémica, determinando así la exclusión de prueba cuando esta carece de aptitud para sostener lo pretendido por las partes. Para el propósito de esta exposición serán utilizadas como sinónimos. Más información en: DURÁN, Pablo. El concepto de pertinencia en el derecho probatorio en Chile. Tesis (Magíster), Valdivia, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2016. p. 32.

<sup>119</sup> COLOMA, Rodrigo. Conceptos y razonamientos probatorios. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30(2): 31-56, 2017. ISSN: 0718-0950. p. 39.

<sup>120</sup> MENESES, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Revista Ius Et Praxis*, 14(2): 43-86, 2008. ISSN: 0718-0012. p. 44.

<sup>121</sup> COLOMA, Rodrigo. op. cit., p. 40.

<sup>122</sup> FERRER, Jordi. la valoración racional... op. cit., p. 45.

La importancia de lo anterior estriba en que al tratarse de un sistema de prueba legal o tasada el ordenamiento prevé un determinado resultado probatorio correspondiente al peso de cada medio de prueba<sup>123</sup>, mientras que encontrarnos ante un sistema de libre valoración de la prueba significa que deberá valorarse el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis del conflicto, de forma individual y en conjunto, no estando el resultado de dicha valoración sujeta a normas que predeterminen su resultado<sup>124</sup>.

Por otra parte, y como sistema de valoración intermedio entre los dos mencionados<sup>125</sup> encontramos la sana crítica. Puede entenderse esta como un conjunto de reglas establecidas para el juez que le permiten apreciar la prueba incorporando un criterio lógico, con marcada referencia a criterios de objetividad y racionalidad<sup>126</sup>. De este modo, dicho sistema es útil tanto porque da un margen de actuación judicial amplio que a su vez establece limitaciones, al mismo tiempo que sienta las bases para que mediante la fundamentación de las decisiones puedan ser estas revisadas por un tribunal de mayor jerarquía.

Al margen de lo expuesto y para no incurrir en simplismos, debemos ahondar en el concepto de valoración de la prueba más allá de los sistemas de valoración prevalecientes. En particular, es esperable que el juez del reservorio de pruebas puesto a su disposición extraiga los factores epistémicamente aceptables con el fin de construir inferencias racionales. Son estas inferencias las que tienen como margen y a la vez se fundan en las reglas de valoración imperantes<sup>127</sup>. Por lo tanto, los sistemas en comento no son más que coadyuvantes para la actividad racional del juez que le precede.

Lo recién dicho marca un hito importante; del contacto con la prueba el juez debe, como obligación, obtener factores que tengan algún tipo de valor cognoscitivo<sup>128</sup>, puesto que no es tolerable para el sistema que este proceso lógico sea permeado por reacciones emotivas o estrictamente personales del juzgador. En este sentido, MICHELE TARUFFO sostiene lo siguiente: “es evidente que si el juez se deja llevar por sus reacciones emocionales a la búsqueda de una "íntima" convicción inefable e inexplicable, no hace otra cosa que convertir su valoración en puro arbitrio”<sup>129</sup>.

Una cuestión que debe hacerse notar es que, como menciona DANIELA ACCATINO, la valoración como determinación del apoyo empírico que los elementos de prueba aportados proporcionan a las hipótesis del caso

---

<sup>123</sup> LOPES, Daniel. op. cit., p. 154.

<sup>124</sup> FERRER, Jordi. la valoración racional... op. cit., p. 45.

<sup>125</sup> GONZALEZ, Joel. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1): 93-107, 2006. ISSN: 0718-3437. p. 95.

<sup>126</sup> QUEULAT, Cristóbal. Aproximaciones sobre la regla de estándar de prueba aplicable a la hipótesis de colusión en el derecho de la competencia chileno: Un análisis a partir del Voto de Prevención de la Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Tesis (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018. p. 20.

<sup>127</sup> TARUFFO, Michele. La prueba, artículos y conferencias. Santiago, Chile, Editorial Metropolitana. 2009. ISBN: 9789562860956. p. 26.

<sup>128</sup> TARUFFO, Michele. La prueba, artículos... op. cit., p. 25

<sup>129</sup> TARUFFO, Michele. La prueba, artículos... op. cit., p. 25

“se expresan como inducciones probabilísticas que no pueden demostrar la verdad de una hipótesis, sino que solo la confirman como una explicación posible de la existencia de las evidencias valoradas”<sup>130</sup>.

Por último, en nuestra legislación el sistema más utilizado procesalmente es la sana crítica, constituyendo el sistema de valoración de prueba preponderante en sede laboral, penal y de familia. Puntualmente en este último, la LTF regula en su artículo 28 la libertad de prueba y de manera subsiguiente en el artículo 32, acápite sobre las disposiciones generales acerca de la prueba, que la apreciación de esta será conforme las reglas de la sana crítica, prescribiendo que:

“Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

### **III. La adopción de la decisión sobre los hechos probados**

Antes de ahondar en el análisis de esta etapa, es menester aclarar que la decisión final del tribunal es diametralmente distinta al ejercicio previo de valorar de la prueba, pues en esta última se estiman grados de confirmación de una hipótesis de hecho y para conocer el grado de probabilidad o confirmación suficiente para determinar la existencia de la hipótesis se debe aplicar un estándar de prueba determinado<sup>131</sup>.

Cabe mencionar que si bien el grado de confirmación de cada hipótesis nunca será igual a la convicción absoluta dada la naturaleza propia de la prueba jurídica que mencionamos en el capítulo anterior, el juez no puede excusarse de resolver el conflicto judicial que siendo materia de su competencia ha sido sometido a su decisión<sup>132</sup>.

Ahora bien, si una hipótesis determinada puede o no declararse probada depende tanto del grado de confirmación de que disponga como el estándar de prueba utilizado<sup>133</sup>, el que varía según los procesos en lo que nos encontremos, mutando así la exigencia probatoria.

El estatus de hecho que estamos buscando en este estadio es el hecho probado, vale decir, aquel que proviene de la clausura de un debate mediante la adopción de una decisión definitiva<sup>134</sup>. RODRIGO COLOMA sostiene a propósito de este concepto, que solo puede alcanzarse si se adscribe a lo siguiente: “(1) acciones u

---

<sup>130</sup> ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37(2): 483-511, 2011. ISSN: 0718-6851. p. 485.

<sup>131</sup> HUNTER, Iván. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil? *Revista Ius et Praxi*, (1): 241-272, 2017. ISSN: 0717-2877. p. 251.

<sup>132</sup> RÍOS, Lautaro. El principio constitucional de inexcusabilidad resolutoria. *Revista de Derecho Público*, (90): 113-134, 2019. DOI 10.5354/0719-5249.2019.53997. p. 114.

<sup>133</sup> FERRER, Jordi. La valoración racional... op. cit., p. 47.

<sup>134</sup> COLOMA, Rodrigo. op. cit., p. 33.

omisiones jurídicamente relevantes acerca de uno o más sujetos, (2) y que habiendo sido sometido a un proceso de comprobación/refutación (3) ha superado el estándar de prueba institucionalmente establecido”<sup>135</sup>.

Si llevamos esta discusión al tema tratado en el presente documento, vale decir, las medidas cautelares en sede de familia, *prima facie* podría ponerse en tela de juicio el carácter de hecho probado que las fundó, pues no hablamos de una decisión definitiva, sino que es originalmente provisoria, la que, por cierto, no tiene un estándar establecido en la legislación.

Considero que esta postura, aunque válida, puede ser ignorada una vez entendemos las características propias de las medidas cautelares y su función dentro del proceso. Como es bien sabido, ellas vienen a garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria o bien adelantar ciertos efectos propios de la sentencia definitiva en un periodo donde no hay convicción por parte del juez, ni tampoco es exigible dada tanto la escasez, por regla general, de elementos probatorios, así como la urgencia y rapidez con que se espera actúe el tribunal.

Pues bien, si sometemos a análisis tanto el procedimiento mediante el cual son dictadas estas medidas como la resolución que finalmente las otorga, nos damos cuenta sin mayor reflexión que, aunque no nos encontramos ante una decisión definitiva que solucione cabalmente el conflicto, efectivamente clausura un debate esencial, pues pone a salvo de un peligro inminente el objeto o la persona por la cual se solicitó inicialmente la intervención de la autoridad judicial.

En otras palabras, estimo que con la dictación de la providencia cautelar se ha clausurado un debate; el debate sobre la peligrosidad a la que se ve expuesta la persona o el bien que es materia del conflicto jurídico. Ahora bien, que esta decisión no sea extendida en el tiempo no niega de manera alguna que sea definitiva respecto a un determinado periodo del juicio en consideración a las circunstancias concomitantes a este, reflexión que confirma la idea de que a lo largo de un procedimiento pueden mutar las circunstancias que rodean su desenvolvimiento, siendo deber del juez en tal caso constituir una parte activa en su sustanciación y evaluación a fin de obtener una solución definitiva, lo que es especialmente exacerbado en materia de familia pues la autoridad jurisdiccional tiene una gran libertad de actuación.

Como soporte a lo recién dicho, debemos agregar que hay cierto tipo de medidas cautelares que poseen efectos innovativos, pudiendo adelantar de este modo aquellas consecuencias propias de la sentencia de término aun cuando se alleguen al tribunal una mayor cantidad de antecedentes a lo largo del procedimiento.

---

<sup>135</sup> COLOMA, Rodrigo. op. cit., p. 33.

Estando en este caso, por lo tanto, ante hechos probados con evidencias o antecedentes que se presentaron en la etapa inicial del juicio.

En este sentido, si bien dicha solución no es extendida en el tiempo toda vez que las providencias cautelares poseen la característica propia de la provisionalidad, son los antecedentes sobre los hechos presentados por las partes aquellos que darán origen a una medida cautelar ¿estamos ante un hecho probado? Claramente, lo que cambia no es más que el criterio del tribunal en cuanto a la protección otorgada.

Por último, y ahora referido a la falta de estándar de las medidas cautelares en esta materia, debemos mencionar que la propia legislación a menudo olvida este concepto incluso tratándose de procedimientos de lato conocimiento, sin que ello conlleve necesariamente una falta de existencia de este, materia en la que profundizaremos con posterioridad.

#### **4.2. Concepto de estándar de prueba.**

De manera preliminar a la definición propia de estándar, debemos recordar que la falsedad o veracidad reflejada en la sentencia no se refiere directamente a los hechos en sí, sino que a los enunciados que respecto de ellos se formulan. En consecuencia, lo enfrentado a la hora de tomar una decisión de esta naturaleza son hipótesis a partir de los hechos<sup>136</sup>.

Para iniciar el análisis del estándar de prueba debemos tener presente que este nace enmarcado en el último de los momentos probatorios y su principal característica es permitir fijar de manera previa, y a veces por vía legislativa, un umbral de suficiencia requerido en un determinado procedimiento, estableciendo de este modo cuándo resulta justificado aceptar o rechazar una proposición fáctica en un proceso judicial<sup>137</sup>.

Hablamos de determinado procedimiento ya que el estándar probatorio no es similar para cada materia judicial presente en el ordenamiento, e incluso en la mayoría de las ocasiones es omitido en las leyes reguladoras, entorno que es propicio para la germinación de teorías doctrinales.

Lo esencial al efecto es que este umbral puede fluctuar, estableciendo parámetros más o menos exigentes en concordancia tanto con la materia tratada como otros valores contraespistémicos que pueden llegar a tener tal peso en un juicio que desplazan la búsqueda de la verdad como objetivo primordial del proceso.

Sin embargo, debemos aclarar que, aunque estemos en presencia de un estándar de mayor ductilidad como son los enmarcados en procedimientos civiles, el límite mínimo de suficiencia requerirá obligatoriamente para que se tenga por probada una proposición fáctica determinada, que esta resulte más corroborada por

---

<sup>136</sup> LÓPEZ, Ana. Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español. *Revista Nuevo Foro Penal*, 12(86): 151-192, 2016. ISSN: 0120-8179. p. 160.

<sup>137</sup> ACCATINO, Daniela. op. cit., p. 486.

las pruebas disponibles que las proposiciones opuestas o incompatibles a ella<sup>138</sup>, esto porque de lo contrario la decisión judicial adolecería de ilegitimidad.

EDGAR AGUILERA sostiene a propósito de la fijación de los hechos, que esta acción consiste en determinar si han sido o no satisfechas, por parte de ‘p’ (una aseveración acerca del mundo), las condiciones de membresía para el conjunto de las proposiciones probadas (PP). En este contexto sostiene que toda estructura argumentativa en apoyo de ‘p’ constituye evidencia de ‘p’, sin embargo, no toda evidencia de ‘p’ deviene en prueba de ‘p’, salvo aquella(s) estructura(s) privilegiada(s) por algún modelo de estándar de prueba que la(s) proponga como condición(es) de membresía para PP en algún dominio particular<sup>139</sup>.

Así las cosas, el estándar probatorio establecería una serie de condiciones de membresía para efectos de configurar el conjunto de proposiciones probadas, restringiendo de esta manera la vaguedad propia de la nomenclatura estándar probatorio y permitiendo efectuar la transición entre la mera evidencia a la prueba propiamente tal<sup>140</sup>.

Estimo este punto esencial para el análisis y propuesta de un estándar probatorio, pues uno de los objetivos al establecerlo es dar mayor seguridad tanto a las decisiones judiciales como a las partes, en orden a que estas últimas conozcan de antemano los requisitos que su prueba debe cumplir para la aceptabilidad de determinadas hipótesis en juicio. Por consiguiente, estaría definido el estándar siguiendo dicha postura, como; “la cantidad de conocimiento necesario acerca de los hechos para autorizar una sentencia a favor de la persona que tenía la carga de la prueba”<sup>141</sup>.

Un tópico interesante en lo relativo a esta materia es que la doctrina establece dos tipos de modelos aplicables de estándar; uno de los cuales se refiere a la confirmación desde el punto de vista matemático-probabilístico (cuantitativo), mientras que el otro se decanta por un sistema de carácter cualitativo.

Se ha intentado por parte de la doctrina sostener que el estándar puede estar dado por la superación de algún grado expresado en términos matemáticos, por lo que la posibilidad de un hecho hipotético dependería directamente de un aumento de la probabilidad. Al respecto, AMALIA AMAYA sostiene que la determinación de la probabilidad de la hipótesis X (con el teorema de Bayes en este caso), es posible a la luz de las pruebas

---

<sup>138</sup> ACCATINO, Daniela. op. cit., p. 486.

<sup>139</sup> AGUILERA, Edgar. El concepto de estándar de prueba. *Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM*, 4(6): 91-114, 2008. p. 93.

<sup>140</sup> AGUILERA, Edgar. El concepto... op. cit., p. 93.

<sup>141</sup> TRENTO, Simone. Algunos criterios para reformar los estándares de prueba en el proceso judicial. En: PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*. Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía, Ediciones Uniandes, 2015. pp. 167-182.

admitidas en el juicio; si esta probabilidad es mayor que la exigida por el estándar de la prueba aplicable (expresado en un porcentaje), entonces el juez está justificado en aceptar la misma<sup>142</sup>.

Luego, como contraposición a la idea anterior, encontramos los estándares cualitativos, los que permiten categorizar una proposición fáctica bajo la égida de explicaciones no matemáticas<sup>143</sup>, estableciendo de este modo directrices racionales a la hora de aceptar las hipótesis sobre los hechos. Este estándar así concebido otorgaría más certeza a las partes, sin embargo, son poco utilizados pues su construcción requiere mayor precisión.

Por otro lado, es esencial examinar la relación del estándar de prueba con la etapa anterior en la que se emplaza, es decir, con la valoración de las pruebas, pues puede llegar a confundirse el vocablo convicción, toda vez que muchos autores utilizan el concepto estándar de convicción como sinónimo de estándar de prueba, al mismo tiempo que encontramos el modelo de la libre convicción como uno de los que están disponibles para ser utilizados por el juez para valorar la prueba.

Pues bien, para efectos de este trabajo hablaremos de convicción como el impacto que genera en el juez la exposición o acercamiento a la prueba, pero que en contenido es diametralmente distinto a la aplicación del modelo de libre convicción. Al respecto, debe entenderse que la función de la prueba siempre será la misma: llevar la convicción al juez sobre hechos determinados<sup>144</sup>.

Debe mencionarse que el artículo 12 de la LTF prescribe que “El juez formará su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido [...]”, por lo que hace referencia a una de las últimas etapas del proceso, cuando el tribunal está pronto a dictar sentencia, sin embargo, cuando nos referimos a la valoración de la prueba, aún no estamos frente a una decisión propiamente tal, sino que ante una evaluación conjunta de todas las probanzas articuladas, examinadas como un compuesto integrado por elementos disímiles<sup>145</sup>, por lo que la fase o estadio probatorio aún no termina.

En esta misma línea, puede utilizarse el concepto estándar de convicción como sinónimo de estándar de prueba, especialmente si consideramos que el Código Procesal Penal lo emplea para referirse al único estándar probatorio codificado dentro del ordenamiento, sin embargo, consideramos que importa un error conceptual en cuanto, primero, recuerda al modelo de la libre convicción que ha sido sometido a múltiples

---

<sup>142</sup> AMAYA, Amalia. Coherencia, virtud y prueba en el derecho. En: PÁEZ, Andrés (coord.). Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica. Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía, Ediciones Uniandes, 2015. pp. 37-63.

<sup>143</sup> GUERRA, José. Derecho probatorio: probabilidad, estadística y estándares de prueba. Tesis (Licenciatura en Derecho), Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019. p. 1.

<sup>144</sup> PINTOS, Clementina. Subjetividad, Convicción e Imparcialidad judicial: El Juicio Lógico. *Revista de la Facultad de Derecho*, (39): 315-332. ISSN 0797-8316. p. 321.

<sup>145</sup> PARRA, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Colombia, Librería Ediciones del Profesional LTDA, 2007. ISBN: 9789587071153. p. 8.

críticas dada su subjetividad, y, en segundo lugar, el estándar de prueba cumple un fin probatorio que aunque tendiente a formar la convicción del juzgador, no lo es en sí mismo.

Por otra parte, y refiriéndonos puntualmente a los medios de valoración de prueba, la sana crítica permite en sede de familia que el juez no esté atado a una formulación preconcebida del valor de cada medio probatorio, por lo que el legislador espera y confía que este asigne a cada prueba un valor que razonable, para luego realizar un ejercicio de “articulación del acervo probatorio”<sup>146</sup> donde las considere todas como un conjunto.

Este ejercicio, como observamos, depende mayormente de la confianza que es conferida a los jueces, estando limitados en su actuar por nociones muy amplias, como son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo que puede o no constituir un límite real para el ejercicio de sus funciones dependiendo de la postura doctrinal a la que adscribamos, cuestión que dada su amplitud no mencionaremos para efectos de este trabajo.

Lo medular es que el estadio de formación de la convicción del juez difiere de la valoración de prueba y esta a su vez lo hace de la aplicación del estándar, pues este último constituye un umbral externo e impuesto de forma obligatoria, sobre el que yace finalmente la decisión de determinar si se ha superado o no el baremo mínimo de corroboración de la hipótesis enjuiciada en un procedimiento puntual<sup>147</sup> y al cual debe verse enfrentado el tribunal como un parámetro de referencia a fin de tomar una decisión.

Expondré sucintamente a continuación los modelos de estándar de prueba que son mayormente conocidos por la comunidad jurídica y que nos serán útiles como sustrato de análisis en los siguientes apartados.

#### **a) Estándar de prueba preponderante o probabilidad prevaleciente**

El estándar de prueba de la probabilidad prevaleciente o *preponderance of evidence*, es comúnmente utilizado dentro del sistema civil angloamericano, estableciendo una regla de  $P > 0.5$ , que se entiende como la aceptabilidad de una hipótesis sobre los hechos en juicio siempre que supere como grado de confirmación el 0.5 de probabilidad de ser correcta, aceptándose de esta manera como soporte de la decisión<sup>148</sup>.

Ahora bien, otro modo de entenderlo es tomando la probabilidad de ocurrencia en un 50% como barrera mínima para aceptar una proposición. En efecto, estaría configurado este estándar por dos reglas que trabajan de forma coetánea; la regla del más probable que no y la de prevalencia de la probabilidad, por

---

<sup>146</sup> PARRA, Jairo. op. cit., p. 8.

<sup>147</sup> BELTRÁN, Ramón. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. *Política Criminal*, 7(14): 454-479, 2012. ISSN: 0718-3399. p. 468.

<sup>148</sup> LARROUCAU, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3): 783-808, 2012. ISSN: 0718-3437. p. 784.

consiguiente, el juez ante una multiplicidad de hipótesis sobre un mismo hecho<sup>149</sup>, determinará que una proposición fáctica es verdadera en la medida que esta venga más apoyada por los medios de prueba al momento de adjudicar la decisión sobre los hechos<sup>150</sup>.

#### **b) Estándar de evidencia clara y convincente**

Este estándar llamado también *clear and convincing evidence*, aunque próximo al de prueba preponderante, se utiliza como versión intermedia entre este último y el de más allá de toda duda razonable, sin llegar a la dureza propia del aplicable en materia penal<sup>151</sup>. En cuanto a su utilización, es empleado en consideración a la importancia de la materia que pretende probarse, como son casos de fraude o ilícitos similares, o bien por la particularidad de los intereses en juego, como son los procedimientos de deportación, privación de nacionalidad, entre otros<sup>152</sup>.

Su contenido, en todo caso, no se aleja de la vaguedad propia de los estándares institucionalizados, puesto que de su aplicación se espera una medida más exacta y precisa que la de su predecesor, el estándar de prueba preponderante, pero sin dotarlo de un contenido claro más allá de asegurar la exigibilidad de un nivel de convencimiento cercano al  $60\% \leq 65\%$  de probabilidad<sup>153</sup>, sosteniendo algunos autores que esta se extiende incluso hasta  $P > 0.75$ <sup>154</sup>, por lo que la homogeneidad en términos matemáticos difiere dependiendo de la postura doctrinal analizada.

#### **c) Estándar de prueba más allá de toda duda razonable**

El estándar probatorio conceptualizado como más allá de toda duda razonable o *beyond a reasonable doubt*, es el único parámetro de referencia, en lo que concierne a estándares de prueba, que encontramos expresamente mencionado en la legislación chilena, puntualmente en el artículo 340 del Código Procesal Penal, el cual prescribe que:

“Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

---

<sup>149</sup> MONTERO, Raúl. Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno. Santiago, Chile, Librotecnia, 2017. 9789563271607. p. 86.

<sup>150</sup> TARUFFO, Michele. La prueba. Trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer. Madrid, España, Marcial Pons, 2008. ISBN: 52599-2008. p. 138.

<sup>151</sup> LARROUCAU, Jorge. op. cit., p. 791.

<sup>152</sup> ABEL, Xavier. La dosis de prueba: entre el common law y el civil law. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (35): 173-200, 2012. ISSN: 0214-8676. p. 191.

<sup>153</sup> HAMILTON, María. Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre competencia, y rol de la Corte Suprema. Tesis (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018. p. 40.

<sup>154</sup> LARROUCAU, Jorge. loc. cit.

Su establecimiento, aunque no está exento de críticas, especialmente por tratarse de un modelo extrapolado del extranjero sin mayores afinamientos ni contenido claro<sup>155</sup>, es ampliamente aceptado por la doctrina actual, teniendo en consideración que para condenar a una persona es preciso llegar a la convicción sobre su responsabilidad penal, lo cual no ocurre cuando se perciben dudas a su respecto<sup>156</sup>.

RAMÓN BELTRÁN agrega a lo anterior, que este estándar sirve para: (1) respetar el principio de inocencia, y (2) establecer el deber de motivar la *questio facti* respecto de las diversas hipótesis explicativas en el juicio penal<sup>157</sup>, siendo este uno de los mayores umbrales que pueden encontrarse para efectos de aceptarlas.

En cuanto a su configuración, la fórmula de *beyond any reasonable doubt* utilizada en tribunales norteamericanos expresa la exigencia de que la culpabilidad del imputado sea demostrada con un altísimo grado de confirmación, prácticamente equivalente a la convicción<sup>158</sup> y es una expresión más del debido proceso<sup>159</sup> propia de los modelos garantistas.

### **4.3. Funciones del estándar de prueba.**

#### **I. Estándar como medio de distribución de errores**

Consideremos antes de iniciar este apartado que para resolver un conflicto jurídico no es posible funcionar sobre la base de convicción absoluta<sup>160</sup>, pues la etapa misma de la prueba no está orientada a averiguar, sino que verificar, aceptando que los elementos de prueba consistirán en todo dato objetivo incorporado legalmente al proceso, los que tienen la capacidad de producir conocimiento cierto o probable acerca de los hechos<sup>161</sup>.

Vislumbramos de este modo que la prueba en un proceso puede ser más o menos confiable, por lo que es posible incurrir en errores en la etapa de probatoria. Ahora bien, esta calificación de error, como menciona EDGAR AGUILERA, no es cualquier tipo, sino que estamos ante un error epistémico, el que tiene como consecuencia que, aunque existiendo justificaciones racionales por parte del juez para dar por probado un

---

<sup>155</sup> BELTRÁN, Ramón. op. cit., p. 463.

<sup>156</sup> DELGADO, Dante. Duda razonable y estándar de prueba penal apuntes introductorios. *Revista Postgrado Scientiarvm*, 2(1): 9-15, 2016. ISSN: 2411-8826. p. 9.

<sup>157</sup> BELTRÁN, Ramón. op. cit., p. 455.

<sup>158</sup> TARUFFO, Michele. La prueba... op. cit., p. 274.

<sup>159</sup> ACCATINO, Daniela. op. cit., p. 489.

<sup>160</sup> RIEGO, Cristián. Nuevo estándar de convicción. *Informes de investigación, Centro de Investigación Jurídica de la Universidad Diego Portales*, (17): 1-20, 2003. p. 13.

<sup>161</sup> HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil. Santiago, Chile, Jurídica de las Américas, 2008. ISBN: 9687884959. p. 67.

determinado hecho, este no es verdadero pues no aconteció<sup>162</sup>, o bien, en contraposición, se declararon no probadas aseveraciones relativas a hechos que efectivamente ocurrieron<sup>163</sup>.

En todo caso, debemos mencionar que no es ajeno al sistema el concepto de error, sino que es aceptada la falibilidad coetánea al proceso, disponiendo consecuentemente reparaciones, una de las cuales es la clásica acción de indemnización por error judicial, la que es aplicable en el ámbito penal. No obstante, debemos aclarar que estos errores, aunque exacerbados en el proceso penal, no se encapsulan en él, pues los encontramos en procedimientos de menor envergadura y en etapas esenciales como es el periodo probatorio.

Como premisa de discusión debemos admitir que todos los días los jueces toman decisiones que afectan directamente los derechos fundamentales de personas concretas<sup>164</sup>, aseveración que se ve atenuada o agravada dependiendo del procedimiento que se someta a estudio. Ahora bien, el reconocimiento de este hecho no es óbice para aceptar coetáneamente que la verdad establecida en un proceso es una verdad parcial pues el proceso deductivo parte de premisas fácticas limitadas al objeto de análisis jurídico según criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, sumado ello a una limitada capacidad de reconstrucción histórica<sup>165</sup>.

En materia de decisiones judiciales, por lo tanto, ante la evidencia de que no se contará con pruebas indubitadas que permitan reconstruir completamente lo ocurrido y la inexcusabilidad del juez para fallar, surge la necesidad de establecer de antemano el margen de error que el sistema esté dispuesto a tolerar<sup>166</sup>. Es un tema importante esta elección porque si bien puede parecer inaceptable asumir que el sistema judicial puede errar, pudiendo incluso condenándonos de manera injusta, tampoco es razonable exigir que este sea un órgano perfecto en la determinación de situaciones fácticas pasadas, máxime si observamos todos los obstáculos que surgen de las mismas reglas del procedimiento.

De lo anterior se colige que ante la existencia del error el papel del estándar de prueba no es eliminarlo completamente, sino que distribuir el error existente<sup>167</sup>. En efecto, la reducción del error judicial depende de otras herramientas propias del proceso, las que operarían en las etapas iniciales de la actividad probatoria, permitiendo que al tribunal sean allegados la mayor cantidad de elementos con algún tipo de valor probatorio, ello con el propósito de que resuelva con un conocimiento acabado sobre la *questio facti* de la causa, lo que naturalmente difiere del estándar probatorio como lo hemos concebido en esta exposición.

---

<sup>162</sup> GASCÓN, Marina. op. cit., pp. 128-129.

<sup>163</sup> AGUILERA, Edgar. Crítica a la "convicción íntima" como estándar de prueba en materia penal. *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, (12): 3-16, 2008. ISSN: 1870-0586. p. 4.

<sup>164</sup> LÓPEZ, Ana. op. cit., p. 155.

<sup>165</sup> LÓPEZ, Ana. op. cit., p. 155.

<sup>166</sup> RIEGO, Cristián. loc. cit.

<sup>167</sup> LARRY, Laudan. Verdad, error y proceso penal. Madrid, España, Marcial Pons, 2013. ISBN: 9788415664741. p. 315.

En lo concerniente a la distribución del error antes mencionado, dicha distribución no es respecto a cualquier persona, sino que puntualmente entre las partes del proceso, teniendo en vista que al elevar el umbral de suficiencia de la prueba se reduce, por una parte, el riesgo de que se cometa un error al declarar probada una proposición fáctica (riesgo del falso positivo), pero aumenta correlativamente el riesgo de que se yerre al declarar no probada una proposición fáctica (riesgo del falso negativo)<sup>168</sup>.

Lo anterior puede ser comprendido si examinamos el estándar mínimo de prueba junto al clásico estándar probatorio más allá de toda duda razonable, por cuanto el primero distribuye el error igualmente entre las partes, por lo que el riesgo de error de tener por probada una proposición es simétrica de no declararla probada<sup>169</sup>, y que podemos expresar en términos matemáticos como el 50% de probabilidad de incurrir en una u otra, estando las partes sometidas en igual proporción a los resultados erróneos del juicio.

En cambio, el estándar más allá de toda duda razonable no presenta a los intervinientes en un estado de igualdad en cuanto al sometimiento a los errores inherentes al proceso, prefiriendo de este modo la ocurrencia de falsos negativos por sobre los falsos positivos<sup>170</sup>, lo que se refleja en la regla de que el estándar requiere una probabilidad de ocurrencia de un determinado hecho bastante superior al estándar mínimo de prueba<sup>171</sup>, y que se ha sostenido consiste en la probabilidad de la hipótesis descrita en términos de  $0.5 < P < 0.9$ <sup>172</sup>, o bien, fijando el umbral de suficiencia en una probabilidad de ocurrencia mayor a  $0.75$ <sup>173</sup>.

Para finalizar, es interesante aclarar que en este tópico autores como EDGAR AGUILERA vinculan la distribución de errores con la noción de beneficio de la duda, sosteniendo al efecto que la magnitud del riesgo del error está íntimamente vinculada con cuánto beneficio de la duda que deseamos conceder a una de las partes, que en el caso penal es el acusado. Reflejando lo anterior que a mayor beneficio de la duda menor magnitud de riesgo de error concedemos, relación que también funciona en viceversa<sup>174</sup>.

## II. Estándar como decisión político-valorativa

Una vez establecido que al aplicar el estándar de prueba, sea este cualquiera dentro del espectro posible, estamos expuestos tanto a falsos positivos como falsos negativos, debemos preguntarnos, primero, cuáles son los criterios para establecer el estándar elegido, y, segundo, cuál es la tolerancia del sistema ante el falso positivo.

---

<sup>168</sup> ACCATINO, Daniela. op. cit., p. 487.

<sup>169</sup> ACCATINO, Daniela. op. cit., p. 487.

<sup>170</sup> TARUFFO, Michele. La prueba, artículos... op. cit., p. 115.

<sup>171</sup> QUEULAT, Cristóbal. op. cit., p. 26.

<sup>172</sup> QUEULAT, Cristóbal. op. cit., p. 27.

<sup>173</sup> QUEULAT, Cristóbal. op. cit., p. 27.

<sup>174</sup> AGUILERA, Edgar. El concepto... op. cit., p. 96.

Así las cosas, DANIELA ACCATINO sostiene que el adoptar un estándar probatorio más exigente lo que se pretende es evitar es un tipo de error, el falso positivo (declarar probada una proposición falsa), aun a costa de elevar la posibilidad de incurrir en falsos negativos (declarar no probada una proposición verdadera)<sup>175</sup>. Sobre la base de este planteamiento, el sistema debe elegir la fórmula con la que operará el estándar, vale decir, si a la hora de dar por probada una hipótesis se exigirá mayor grado de corroboración fáctica.

Por otro lado, es posible sostener que hay fines objetivos para establecer el estándar, como es la averiguación de la verdad. Sin embargo, este término que *prima facie* parecía aceptable cuando hablábamos de la prueba jurídica, se diluye aún más cuando nos aproximamos al concepto de estándar probatorio, pues es un instrumento que sirve para distribuir el error, y, como tal, se aleja de una búsqueda de verdad abstracta.

ANA LÓPEZ señala en referencia a este tema que el estándar probatorio “no es en modo alguno un medio para encontrar la verdad”<sup>176</sup>, idea que acuñaremos con ciertas licencias, sosteniendo que el estándar está creado con objetivos no epistemológicos que no pretenden, por consiguiente, aumentar el conocimiento judicial<sup>177</sup> sino que distribuir el error ineludible.

Lo anterior es obvio, ya que de entender el estándar probatorio desde la perspectiva de MARINA GASCÓN, es decir, admitiendo que consiste en “los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho, o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera una hipótesis”<sup>178</sup>, aceptamos al mismo tiempo que hay criterios creados por vía legislativa que son el último filtro para dar validez a las hipótesis planteadas en un juicio determinado, ejercicio que se diferencia de la mera valoración de las pruebas.

Para afianzar esta idea debemos recordar que gran parte de la elección del estándar probatorio depende de valores no epistémicos<sup>179</sup>, como es la apreciación social y política imperante. En efecto, al elegir entre un estándar más o menos flexible en materia penal, una determinada comunidad jurídica debe considerar la tolerancia atribuida a una falsa condena versus una absolución errónea<sup>180</sup>.

Con esto pretendo sostener que bajo la premisa enmarcada en el procedimiento penal y consistente en que “es mucho peor que se condene a un inocente a que un culpable quede libre”<sup>181</sup> como modo de justificación

---

<sup>175</sup> ACCATINO, Daniela. op. cit., p. 488.

<sup>176</sup> LÓPEZ, Ana. op. cit., p. 159.

<sup>177</sup> LÓPEZ, Ana. op. cit., p. 168.

<sup>178</sup> GASCÓN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (28): 127-139, 2005. ISSN: 0214-8676. p. 129.

<sup>179</sup> LÓPEZ, Ana. op. cit., p. 159.

<sup>180</sup> LOPES, Daniel. op. cit., p. 158.

<sup>181</sup> ACCATINO, Daniela. op. cit., p. 489.

del estándar más allá de toda duda razonable, subyace un juicio valorativo<sup>182</sup> como sociedad que es extrapolable a procedimientos de diversa naturaleza, como es el procedimiento para decretar medidas cautelares.

Respecto a lo anterior, MICHELE TARUFFO sostiene que se trata de una elección fundamental del tipo ético antes que jurídico, según el cual se prefiere que muchos culpables sean absueltos a que un inocente sea condenado<sup>183</sup>. Lo que hace el Código Procesal Penal en este caso es aumentar el grado de confirmación probatoria de la hipótesis de culpabilidad para llegar a este objetivo, entendiendo que el legislador puede permitirse cierto margen de arbitrariedad.

Es por lo mismo que los estándares tienen un sentido moral subyacente en lo concerniente a la distribución del riesgo de error<sup>184</sup>, empero esta subjetividad está codificada, es decir, la comunidad toda la aprueba y mediante sus legisladores la instauran para que se respete. Conviene aclarar que aquello es diferente a la subjetividad propia del juez en el ejercicio de su cargo, pues este debe obedecer lo establecido a nivel macro por la ley.

Hecha la aclaración pertinente en cuanto al contenido político-valorativo del estándar<sup>185</sup>, cabe preguntarnos cuál es el criterio que fundamenta dicho juicio valorativo, pues no es aceptable que el estándar sea impuesto sin un razonamiento previo que lo legitime. Es aquí donde toma importancia la evaluación de los bienes jurídicos y sociales presentes en el proceso<sup>186</sup> y cuya lesión puede consumarse al aplicar el estándar probatorio en un determinado procedimiento.

En consecuencia, la elección del estándar de prueba nos exige saber cuáles son las cuestiones valiosas que se perderán a causa de una sentencia o resolución errónea<sup>187</sup>, y, de manera más concreta, nos hace ponderar estas consecuencias perjudiciales, finalizando con la configuración de un umbral que sea neutral (como los presentes en procedimientos civiles), o bien que propenda a resguardar a una de las partes del conflicto jurídico en desmedro de otra que debe soportar sobre sus bienes o a su respecto un aumento de la probabilidad de error, el que puede o no ser cuantificable.

Por lo tanto, la confirmación que obtendrá el juez en cuanto a las hipótesis que tiene por verdaderas dependerá de los bienes jurídicos implicados. Es así como en el proceso civil es aceptado comúnmente el estándar de prueba preponderante en vista de que los bienes objeto de litigio son en su mayoría de índole patrimonial,

---

<sup>182</sup> GASCÓN, Marina. op. cit., 129.

<sup>183</sup> TARUFFO, Michelle. Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. ISBN 978-607-708-179-1. p. 46.

<sup>184</sup> ACCATINO, Daniela. op. cit., p. 501.

<sup>185</sup> GASCÓN, Marina. op. cit., 131.

<sup>186</sup> GERHARD, Walter. Libre apreciación de la prueba. Bogotá, Colombia, Themis, 1985. p. 51.

<sup>187</sup> LARROUCAU, Jorge. op. cit., p. 783.

por lo que el error, si las partes son tomadas en estado de igualdad, se cristaliza en un perjuicio patrimonial. Al efecto, MARINA GASCÓN sostiene que:

“Si se considera que los derechos o intereses afectados por los dos errores posibles merecen la misma protección (es decir, si se consideran igual de tolerables o asumibles ambos tipos de error), entonces el SP no será particularmente exigente y la probabilidad preponderante puede bastar”<sup>188</sup>.

Como síntesis de lo anterior, podemos afirmar que el estándar probatorio es una creación política con valores contraepistémicos de origen que sirven como inspiración para su creación y cuyos criterios fundamentalmente residen en una valoración de los bienes jurídicos presentes, los que pueden ser lesionados mediante la decisión del tribunal.

En tal orden de ideas, no es dable sostener, retomando lo dicho en apartados previos, que ante la falta de un estándar de prueba estamos, por consiguiente, ante la falta de una postura político-valorativa respecto a determinada materia. El establecimiento en Chile de un único estándar encontrado en jurisdicción penal solo permite colegir que dada la magnitud de las consecuencias jurídicas involucradas (véase la libertad personal, el principio de inocencia, entre otras) el legislador fue obligado a exteriorizar un estándar en el contexto de un sistema claramente garantista, lo cual no obsta la existencia de una postura valorativa en otras materias donde por falta de discusión, simple olvido o pereza se omitió establecerlo.

Para mayor abundamiento, es propicio recordar que existe una estrecha vinculación entre el contenido del estándar (el que dijimos, obedece a una decisión valórica) y su faceta de distribución de errores. Pues bien, el estándar probatorio viene a fijar el límite de error que el sistema está dispuesto a tolerar<sup>189</sup>, y esta decisión, dada la importancia de sus consecuencias, debe ser previa y depender de una autoridad distinta al juez de la causa, pues este último es parte del proceso y quien valoró la prueba, en muchos casos, conforme a la sana crítica, lo que lo hizo vincularse en mayor medida tanto con el material probatorio como con la causa misma.

Finalmente, una idea que debemos dejar establecida al terminar este capítulo es que la sana crítica no puede actuar como estándar probatorio, ya que si bien es cierto que este último tiene algunos rasgos subjetivos, se encuentra legitimado al materializar el reconocimiento y ánimo de resguardo por parte de una sociedad específica sobre ciertos bienes que consideran importantes proteger, cuestión que difiere de la mera visión del juez, quien ha presentado tal vinculación con el juicio que no puede crear su propio baremo a fin de tener por confirmados determinados hechos.

---

<sup>188</sup> GASCÓN, Marina. op. cit., 131.

<sup>189</sup> RIEGO, Cristián. loc. cit.

## **CAPÍTULO V: HACIA UN ESTÁNDAR PROBATORIO EN LA DICTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN FAMILIA**

### **5.1. Debates en torno a un estándar probatorio en los procedimientos de familia.**

A fin de realizar una propuesta de estándar probatorio en materia de medidas cautelares en familia, es perentorio dilucidar, como etapa anterior, cuál estándar sería aplicable especialmente al procedimiento ordinario en esta misma materia, entendiendo por este el regulado en los artículos 55 y siguientes de la LTF, pues es en aquel donde finalmente el juez, por regla general, dirimirá el conflicto de fondo por medio de una sentencia definitiva, constituyendo además el juicio o procedimiento supletorio presente en la ley respecto de los demás asuntos contenciosos.

No debemos olvidar, sin embargo, los procedimientos especiales de medidas de protección de NNA y violencia intrafamiliar que son de conocimiento de los tribunales de familia, toda vez que las medidas cautelares del artículo 71 y 92 de la LTF se enmarcan en estos y cobran especial importancia para su efectiva tramitación y fallo.

El análisis que haremos en este punto no es en ningún caso baladí, pues, adscribiendo a lo dicho POR JONATAN VALENZUELA, el estándar probatorio aplicable en sede de medidas cautelares nunca puede ser superior (en cuanto al requisito de confirmación de una hipótesis) al aplicable en el procedimiento ordinario de la misma materia<sup>190</sup>, ello porque lo dictado es una sentencia definitiva no será susceptible de modificación una vez firme y ejecutoriada, razón lo bastante sustancial para esperar del tribunal que la decisión adoptada diga relación con el estándar presente en el juicio.

Reitero que en Chile no podemos encontrar estándares codificados además del penal, el cual analizamos en el capítulo anterior. Así las cosas, la doctrina ha sido vacilante y poco homogénea para efectos de proponer estándares en procedimientos que podemos denominar intermedios, referidos especialmente a materia laboral y de familia, donde los bienes jurídicos en juego no son puramente pecuniarios a diferencia del proceso civil, pero tampoco llegan, como el caso penal, a limitar al menos de forma permanente derechos consagrados en nuestra constitución que se relacionan con la libertad personal.

Es por lo recién dicho que la premisa sobre la cual debemos comenzar nuestro análisis es que un estándar de prueba aplicable a los procedimientos de familia no puede ser inferior al estándar de prueba preponderante o de probabilidad prevaleciente, pues carecería de total legitimidad el veredicto emitido por el tribunal,

---

<sup>190</sup> VALENZUELA, Jonatan. Sobre la prueba cautelar: decisiones provisionales y actividad probatoria en el proceso penal. En su: Hechos, pena y proceso. Santiago, Chile, Rubicón Editores, 2017. pp. 69-84.

y, a su vez, es imposible exceder el estándar de más allá de toda duda razonable, por consistir este último en el umbral más exigente previsto tanto a nivel nacional como internacional.

Debo aclarar que las propuestas en lo que nos atañe, vale decir, en sede de familia, han sido exiguas. Una de ellas es la planteada por RENATA LLORENS en su tesis llamada Estándar de prueba en derecho de familia, trabajo que, alineándose con lo dicho en esta exposición en torno a la valoración diferenciada de los costos de riesgos de error, el silencio normativo en cuanto a estándares en nuestro ordenamiento, la decisión político-valorativa sobre la que subyace la elección de estos, y, finalmente, la evaluación de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados<sup>191</sup>, se propone identificar el estándar aplicable al juicio ordinario en esta materia, así como en otros procedimientos especiales, como el procedimiento de aplicación de medidas de protección, al cual le prestaremos especial atención.

Es interesante notar que la autora expone ejemplos en los que los tribunales de familia ante la carencia de estándar han tendido en algunos casos a recurrir a figuras presentes en otras jurisdicciones, como es el estándar de prueba más allá de toda duda razonable y el de preponderancia de la prueba, este último por considerarlo supletorio<sup>192</sup> al ser aplicable, según lo sostenido por gran parte de la doctrina, a la judicatura civil.

Adviértase, como punto de especial relevancia, que uno de los ejemplos en que el tribunal hace aplicable el estándar penal a una causa de familia se enmarca en un divorcio por culpa (divorcio sanción) y compensación económica (Causa Rit N°F-224-2014 del Juzgado de Letras y Familia Los Lagos), en el que es invocada la causal regulada en el artículo 54 N°1 de la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil, vale decir, la prueba en este caso debió ser suficiente para tener por probada la hipótesis de atentado grave contra la vida o la integridad física o psíquica de la mujer o los hijos. En consecuencia, el juez en vista de las circunstancias concomitantes al caso y la evaluación de los bienes jurídicos en juego sostiene que la presunción de inocencia tiene preponderancia, aplicando por esta razón un umbral lo suficientemente alto ante el temor de incurrir en un falso positivo (vale decir, declarar probada una proposición falsa de violencia intrafamiliar).

La aplicación del estándar más allá de toda duda razonable en este caso es una decisión que a todas luces parece excepcional dado que no estamos ante un procedimiento penal, pero no hace más que demostrar la necesidad de un estándar codificado en esta materia, pues el juez en dichas causas toma un rol activo; ponderando los derechos que pueden ser lesionados, a la vez que asigna a su respecto un determinado valor, en un ejercicio casuístico que no brinda a las partes ni a sus abogados una certeza previa al juicio.

---

<sup>191</sup> LLORENS, Renata. op. cit., p. 6-8.

<sup>192</sup> La autora utiliza como ejemplos las causas Rit F-224-2014 del Juzgado de Letras y familia Los Lagos, y Rit F-109-2015, Juzgado de letras y Garantía Paillaco, respectivamente.

Ahora, en cuanto al tema central del capítulo, es decir, el estándar asignado por la autora en comentario al procedimiento ordinario ante los tribunales de familia y al procedimiento de aplicación de medidas de protección, en ambos casos hace aplicable el estándar de preponderancia de la prueba, realizando un examen de la gravedad del costo del error ante la posibilidad de incurrir en falsos positivos o falsos negativos, no obstante, en el apartado de conclusiones afirma que “si sostenemos que el estándar supletorio de preponderancia de la prueba debería ser el aplicable en materia civil, no resulta del todo claro que este estándar sea el adecuado en procesos civiles no patrimoniales como ocurre en Derecho de Familia”<sup>193</sup>, lo que niega en gran medida la utilidad de estos pues no brinda una argumentación lo suficientemente sólida para hacerlos aplicables en dichos casos.

Al someter a análisis la propuesta efectuada por RENATA LLORENS, debemos comenzar observando su conceptualización de los estándares, ya que su postura se apega a lo que entendemos propio de la categoría de estándares cuantitativos o matemáticos-probabilísticos que además son preconcebidos, puesto que, como expuse en el capítulo anterior, los estándares de prueba preponderante, evidencia clara y convincente, y más allá de toda duda razonable, son concepciones extranjeras que se han extrapolado a ordenamientos como el nuestro en una clara reacción ante la falta de un baremo en la etapa probatoria final.

Los estándares probatorios así entendidos pueden darnos luces sumamente básicas sobre el nivel de convencimiento alcanzado por el juez a partir de determinado material probatorio, lo que se resume en, primero, manifestar un determinado valor numérico (expresado comúnmente en porcentajes) como regla de aceptabilidad de una hipótesis de los hechos del juicio (el que, por cierto, ni siquiera es homogéneo en el caso del estándar de evidencia clara y convincente), y, segundo, establecer un orden de prelación de estándares en correspondencia a la importancia asignada a la materia que pretende probarse.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede negarse que el establecimiento de estos estándares facilita en gran medida la labor de quien tiene la tarea de construirlos, pero debemos considerar que su uso en muchos casos trae consigo una falta de reflexión en cuanto en su contenido. Es así como, a propósito del Código Procesal Penal, no existió un análisis profundo en lo relacionado al contenido del estándar utilizado, sino que obedeció más bien a una adopción generalizada en distintos países. RAMÓN BELTRÁN expresa en lo concerniente a este tema, que la inclusión de dicho estándar careció de estudios e investigaciones que demostraran sus diversas implicancias y repercusiones, sosteniendo que “el proyecto de Código originalmente no contenía mención alguna respecto al estándar en comentario, siendo recién considerada su inclusión en el mes de agosto del año 2000, es decir, 4 meses antes de la entrada en vigencia del Código”<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> LLORENS, Renata. op. cit., p. 57.

<sup>194</sup> BELTRÁN, Ramón. op. cit., p. 463.

Como consecuencia de lo anterior, a lo largo de los años, y no obstante su extensiva aplicación, ha sido necesaria en materia penal la intervención doctrinal y jurisprudencial a fin de dotar de contenido y límites prolijos a un estándar que, estableciéndose como una garantía del Estado en materia de responsabilidad penal e inspirándose en principios gran envergadura como es el principio de inocencia, carecía, a la postre, de un contenido claro.

Teniendo esto en cuenta, la comodidad propia de la utilización de un estándar preconcebido es inversamente proporcional a la seguridad que pretende el establecimiento de esta herramienta a las partes y al límite que aspira erigirse al tribunal, pues, además del estándar de prueba preponderante, el que establece una regla clara que no carece de sentido común, consistente en que una hipótesis fáctica debe ser aceptada cuando está más probada que las demás, los otros estándares no ofrecen un marco definitorio de lo que podemos entender por ellos, obligando a la doctrina a intentar completar su contenido, dando directrices al respecto.

En este sentido, si bien el estándar de preponderancia de la prueba puede aplicarse en la judicatura de familia, su construcción es bastante simple y no agrega un umbral como tal al que el tribunal esté supeditado para dar por probada determinada hipótesis, sino que es un supuesto básico para la legitimidad de cualquier decisión judicial, las que tienen como precedente una aproximación de la autoridad judicial a determinados elementos probatorios.

Por otro lado, tampoco parece aplicable en familia, al menos en procedimientos donde lo ventilado es lejano al ámbito pecuniario, un estándar símil al utilizado en civil, pues, como sabemos, la LTF viene a dar una respuesta al contencioso familiar que sea a la vez “socialmente adecuada a las especiales características que reviste este tipo de conflicto”<sup>195</sup>, esto quiere decir, en consecuencia, que el mismo legislador acepta la diferencia entre estas dos sedes, las que incluso tienen principios inspiradores disímiles.

## **5.2. Posible estándar aplicable a las medidas cautelares de familia.**

### **I. Consideraciones previas.**

Si queremos arribar a un estándar probatorio en sede de medidas cautelares de familia creo necesario, en primer lugar, hacer la necesaria distinción entre, primero, los presupuestos de las medidas cautelares, y, en segundo lugar, un análisis de las medidas cautelares que encontramos en catálogo del artículo 71 y 92 de la LTF, pues, como veremos, si bien estas últimas están orientadas a proteger a determinadas personas en el contexto de un procedimiento especial, difieren en cuanto a la naturaleza de la protección así como las

---

<sup>195</sup> BIBLIOTECA del Congreso Nacional. Historia de la ley N°19.968 [en línea]. Chile. 2004. [Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5746/>

consecuencias para quien soporta la providencia cautelar, por lo que el establecimiento del baremo no puede ser unívoco.

Debemos así mismo retomar lo dicho en el acápite anterior en orden a sostener que las medidas cautelares no pueden compartir, en principio, un mismo estándar probatorio aplicable a la prueba del procedimiento en que se enmarcan, lo que puede atribuirse no necesariamente a la cantidad de material probatorio presente a la hora de dictarlas (el que puede incluso ser igual al utilizado para efectos de formar la convicción final del juez) sino que al periodo en el que tiene efecto (el que puede o no ser reducido), así como la posibilidad de modificarlas dentro del procedimiento.

Sin embargo, esto último, es decir, la posibilidad de modificarlas, no obedece necesariamente a una cuestión probatoria, sino que en muchos casos satisface una necesidad de actualizar el procedimiento en conformidad a la realidad fáctica de las partes y a sus requerimientos durante el proceso.

Por último, como aclaración previa a la proposición de las bases para construir estándares probatorios en esta sede, debemos dejar sentado que no obstante referirse la LTF con el término antecedentes a los elementos de prueba allegados al tribunal, existe actividad probatoria a su respecto. Además, el uso del término nos permite vislumbrar una particularidad útil para esta exposición; que los hechos según los cuales se corrobora la medida cautelar contarán con un efecto provisional sin perjuicio de ser sometidos a una regla de suficiencia<sup>196</sup>, estando dicha prueba incluso más alejada de los objetivos tradicionales de arribar a la verdad, pues es visible, entre otras circunstancias, la patente insuficiencia de elementos probatorios.

a) **Estándar de prueba y su relación con el *fumus boni iuris*.**

Creo necesario analizar al *fumus boni iuris* como requisito común previo al otorgamiento de medidas cautelares, pues puede vislumbrarse algún tipo de conexión con el estándar de prueba toda vez que la dictación de la providencia cautelar está supeditada a la verosimilitud de la pretensión invocada por una de las partes, la que *prima facie* no puede sino extraerse de los elementos probatorios presentados por ella.

Así las cosas, si planteamos que existe un estándar probatorio en esta sede, sea este de carácter cualitativo o cuantitativo, una conclusión común es arribar a la idea de que el *fumus boni iuris* está integrado en el baremo, esto pues opera como requisito para considerar probada provisionalmente determinada hipótesis fáctica en un contexto de conocimiento parcial de la totalidad de elementos de prueba, lo que se vería reforzado por el hecho de que el estándar probatorio depende directamente de estos elementos al emplazarse en una de las últimas de las etapas probatorias.

---

<sup>196</sup> VALENZUELA, Jonatan. op. cit., p. 75.

Sin embargo, a la aseveración anterior debemos efectuar una salvedad esencial, a saber; que el *fumus boni iuris* se orienta a la verosimilitud, mientras que la aplicación del estándar tiene como objetivo en último punto la convicción del juzgador. Luego, el ejercicio efectuado por el tribunal en cuanto a ambos es disímil; pues en el primer caso lo evaluado es la mera apariencia de la veracidad de un relato o la posibilidad de que sea cierto lo sostenido por la parte que solicita la providencia cautelar (dependiendo de la postura doctrinaria), mientras que respecto de los estándares probatorios nos centramos en los grados (comúnmente porcentuales) dentro de una escala de verificación de una hipótesis fáctica<sup>197</sup>.

De esta manera, la existencia del *fumus boni iuris* como requisito común en la dictación de medidas cautelares de familia no constituye en ningún caso uno de los elementos evaluados dentro de la etapa probatoria, dado que la verosimilitud hace alusión directa, según las palabras de LEANDRO GIANNINI, a “la apariencia de que un relato sobre la realidad es verdadero”<sup>198</sup>, lo que podemos reformular como la necesidad de que lo planteado ante el tribunal tenga algún tipo de correlato posible con la realidad y no constituya una mera quimera.

En virtud de lo anterior, este examen así entendido no dice relación con los elementos de prueba o convicción presentados por las partes para efectos de fundamentar la necesidad de dictar determinada medida cautelar en el procedimiento, puesto que, como sabemos, el estándar probatorio se encuentra en la última de las etapas probatorias, etapas que tienen, por cierto, una serie evaluaciones que son objetivamente verificables, mientras que la verosimilitud del enunciado probatorio en cuanto narración debe realizarse de forma previa, articulándose, por lo tanto, como un filtro del proceso mas no uno centrado en los elementos probatorios.

Dicho esto, y para finalizar este apartado, entender al *fumus boni iuris* como parte del estándar de prueba importa a un error conceptual, pues ambos se enmarcan en distintos tipos de evaluaciones realizadas por el juez previo a dictar o no la medida cautelar; el primero centrándose en la antesala del periodo propiamente probatorio comprendido en el otorgamiento de medidas cautelares, mientras que el segundo en el último estadio de evaluación propiamente tal de la prueba.

#### **b) Necesidad de plantear estándares de prueba múltiples.**

El estudio de los estándares de prueba hasta este punto nos ha llevado a concluir que su consagración en la legislación es casi inexistente, y que, en las ocasiones que ocurre, siempre impera el establecimiento de un

---

<sup>197</sup> GIANNINI, Leandro. Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares [en línea]. Argentina. 2013. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2021]. Disponible en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33750/Documento\\_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33750/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>198</sup> GIANNINI, Leandro. op cit., p. 262.

único umbral que es establecido en conformidad a la sede en particular sometida análisis, cuestión que encontramos en el proceso civil y penal como ejemplos paradigmáticos.

En este sentido, el legislador al disponer determinado estándar de prueba materializa un análisis de las características del procedimiento, los bienes jurídicos presentes en este y el costo del error inherente, lo que nos lleva a concluir que los estándares probatorios pueden ser sumamente variables en correspondencia a una suma de factores determinantes que difieren según el procedimiento sujeto a evaluación, con la única salvedad de que el estándar utilizado en cada sede es extensible a todos los procedimientos que en ella se desenvuelven, sin hacer un análisis exhaustivo de los rasgos puntuales de cada uno de ellos.

Siguiendo esta línea, creo que la utilización de un solo estándar de prueba es sumamente útil si nos encontramos ante costos de error símiles o aproximados, no obstante tratarse de distintos procedimientos contemplados por el legislador en una sola materia. Tal es el caso de los procedimientos penales, donde transversalmente el principio de presunción de inocencia permea el estándar<sup>199</sup> y a su vez la consecuencia negativa es una sanción de carácter penal, razones suficientes para que este sea tan alto.

No obstante, lo recién descrito no se repite en sede de medidas cautelares de familia, porque, como bien sabemos, existe una gama infinita de providencias de esta índole que pueden dictarse en conformidad al artículo 22 de la LTF, a lo que debe sumarse aquellas que se enmarcan en procedimientos especiales del artículo 71 y 92 de la misma ley.

Al efecto, debemos recordar que, dada la heterogeneidad de dichas medidas cautelares, el costo del error no puede evaluarse como solo uno posible, pues dependiendo de la, o las medidas otorgadas durante el procedimiento, una de las partes se verá perjudicada en distinta medida. Es así que la particularidad de su dictación reside en que el costo del error depende de la providencia cautelar en particular adoptada al caso, entendiéndose que estas pueden consistir, por ejemplo, en la fijación de alimentos provisorios o incluso la internación en un recinto hospitalario, lo que sin duda difiere, por ejemplo, de la sede civil, donde aquello que está en juego es principalmente de carácter pecuniario.

Cabe mencionar, por cierto, que la idea de utilizar estándares múltiples no es nueva, pues ANDRÉS PÁEZ, haciendo una comparación entre la disciplina jurídica y la médica, ha sostenido que es dable la utilización de distintos estándares de prueba a la hora de tomar decisiones, señalando que “para cada nivel de soporte

---

<sup>199</sup> BELTRÁN, Ramón. op. cit., p. 462.

proporcionado por la evidencia, y para cada contexto específico, es posible definir un intervalo de valores de probabilidad”<sup>200</sup>.

No es absurdo afirmar, por lo tanto, que puede hacerse uso de umbrales múltiples a fin de dar probada una hipótesis que haga factible el otorgamiento de una o más medidas cautelares determinadas en sede de familia, sin embargo debe ponerse el foco de observación en que su establecimiento no sea arbitrario, entendiendo que las discusiones doctrinarias pueden incrementarse una vez nos aproximamos al concepto de umbrales relativos, no obstante tratarse, en la práctica, de herramientas necesarias ante contextos fácticos disímiles que son presentados ante el tribunal y que este debe resolver.

Es así que una de las principales razones para arribar a la idea de estándares de prueba múltiples deriva de dos grandes vertientes; primero, la diferencia entre el costo del error en la aplicación de las medidas cautelares de la LTF, y, segundo, los distintos contextos en los que es posible probar una hipótesis.

Es importante mencionar en este punto que existen otras teorías nuevas tendientes a alejarse del estableciendo de un estándar unívoco, entre las que encontramos al contexto como estándar de prueba en el proceso judicial, sin embargo, y esto de manera independiente a la innovación que puede importar dicho planteamiento a la teoría de la prueba, creo que el baremo que ambicionamos alcanzar lleva envuelta la idea de que su utilización eliminaría o mermaría significativamente la arbitrariedad judicial en materia probatoria, para lo cual pretendemos formular criterios o aproximaciones objetivas, cuyo contenido instaure un límite tangible a las facultades del juez, lo que en la práctica es imposible al brindar esta teoría en particular gran importancia al tribunal, sosteniendo que “del acervo probatorio (contexto) suministrado por las partes, el juez puede tener un umbral para tomar su decisión”<sup>201</sup>.

En virtud de lo anterior, si nuestro propósito es proponer uno o más estándares de prueba aplicables a las medidas cautelares en familia, debemos partir sobre la base de un presupuesto central, a saber, que no es posible erigir un solo estándar probatorio para las distintas providencias cautelares encontradas en la LTF, esto porque además de la potestad cautelar del artículo 22, están reguladas las medidas cautelares aplicables a NNA y VIF, consistiendo estos últimos en procedimientos especiales y autónomos que poseen características particulares.

---

<sup>200</sup> PÁEZ, Andrés. Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho. En: PÁEZ, Andrés (coord.). Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica. Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía, Ediciones Uniandes, 2015. pp. 123-152.

<sup>201</sup> SEMILLERO de derecho procesal de la Universas Militar de Nueva Granada [ponencia]. Aproximación al contexto como estándar de prueba en el proceso judicial. Universas Militar de Nueva Granada, 2019.

## **II. Clasificación de medidas cautelares de familia y bases para arribar a estándares de prueba.**

Siguiendo la línea planteada, una clasificación de las medidas cautelares factible al efecto de deducir un estándar probatorio es aquella que obedece, primero, a la naturaleza de sus efectos para las partes, y, en segundo lugar, la materia abarcada por esta. Es así como, en conformidad al artículo 22 de la LTF, el tribunal puede dictar una serie de providencias cautelares que *prima facie* no es posible pormenorizar, pero que claramente se diferencian de las especiales mencionadas previamente en cuanto a su tratamiento legislativo.

Para efectos de realizar una diferenciación que sea útil para establecer las bases de los estándares probatorios en esta sede, es menester recordar que la decisión acerca del umbral de suficiencia para considerar un relato como probado puede ser más o menos exigente dependiendo generalmente del bien jurídico que esté comprometido<sup>202</sup>. Luego, deben erigirse clasificaciones de medidas cautelares presentes en esta sede, tomando como referencia dichos bienes jurídicos, así como el costo del error (ya sea el falso positivo como el falso negativo), teniendo en consideración que en el caso hipotético de modificarse la LTF para incorporar un estándar de prueba, los legisladores tomarían dichos conceptos como piedra angular de construcción.

### **a) Medidas cautelares generales.**

#### **i. Medidas cautelares conservativas.**

Consideraremos medidas cautelares generales aquellas que pueden ser dictadas en conformidad al artículo 22 de la LTF, englobamos, en consecuencia, una serie de providencias cautelares que poseen características variadas y que pueden orientarse a proteger, por ejemplo, desde la propiedad o bienestar económico de determinada persona hasta su integridad física o psicológica. Y que, además, se subclasifican según sus efectos en medidas conservativas e innovativas.

La forma correcta de aproximarnos a un estándar probatorio aplicable a las medidas cautelares generales de carácter conservativo es comenzar desde el análisis del estándar más simple disponible doctrinalmente, vale decir, el de probabilidad prevalente, que está construido sobre la base de reglas o principios de fácil inteligencia, permitiendo así emplearlo en materias donde la distribución del error es considerada equitativa entre las partes<sup>203</sup>, estando en conocimiento que dicho estándar tiene como núcleo la regla de más probable que no, según la cual una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas<sup>204</sup>, y, en aquellas circunstancias en que solo exista una hipótesis, la

---

<sup>202</sup> JARA, Nadia y VIGNEAUX, Cristián. Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno. Tesis (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017. p. 5.

<sup>203</sup> QUEULAT, Cristóbal. op. cit., p. 25.

<sup>204</sup> GASCÓN, Marina. Sobre la... op. cit., p. 130.

probabilidad de ocurrencia debe ser mayor al supuesto contrario, es decir, a la probabilidad de no ocurrencia<sup>205</sup>.

Así las cosas, en principio no constituiría un error pensar que el estándar de probabilidad prevalente podría ser aplicable a la sede en análisis, ya que, si bien respecto de las medidas cautelares de familia nos encontramos ante personas especialmente cauteladas por la legislación, en el artículo 22 inciso primero no son presentadas hipótesis de hecho que siendo consideradas graves por la LTF permitan un tratamiento diferenciado o apartado de la regla general.

Es menester aclarar, antes de continuar, algunos aspectos en torno a la construcción y utilización de este estándar: Primero, no considero que el grado de confirmación de una hipótesis en juicio pueda reflejarse en términos porcentuales o matemáticos, como ha intentado sostener la doctrina, por medio de la afirmación de que este estándar de prueba superaría la barrera del 50% de probabilidad (51% o más según la mayoría) de que la hipótesis sea confirmada<sup>206</sup>. Lo anterior puesto que la construcción de esta herramienta probatoria supone concitar la evaluación del error y los bienes jurídicos en contexto de análisis político-valorativo, cuestión que escapa claramente del marco de las ciencias exactas que pueden ser cuantificadas<sup>207</sup>, a lo que de sumarse que está compuesto de dos reglas basales que le otorgan un contenido cualitativo más que matemático; así, la aplicación de ellas nos asegurará un umbral mínimo de confiabilidad, el que comúnmente es aplicado en el ámbito civil.

En segundo lugar, lo que sí considero cuantificable para efectos de distribuirlo entre las partes, aunque sea vagamente, es el error, pues este estándar dado su lacónico contenido reglamentario tiene una confiabilidad mínima que asegura cierto soporte a la decisión del juzgador en atención a la igualdad entre los bienes jurídicos de ambas partes, ya que el falso positivo o falso negativo son vistos como símiles en consecuencias (ninguno más lesivo o intolerable que otro).

Por lo anterior, la preponderancia de la evidencia implica una posición neutral sobre la ocurrencia de falsos positivos y falsos negativos<sup>208</sup> más que una diferenciación en cuanto a la materia del litigio como ha afirmado comúnmente el sistema anglosajón<sup>209</sup>. Ahora, para arribar a un estándar probatorio en sede de medidas cautelares de familia debemos tener en cuenta la provisionalidad de este tipo de decisiones, característica que nos da a entender que no serán perpetuas o sostenidas en el tiempo y que pueden incorporarse con posterioridad mayor cantidad de elementos probatorios a fin de contribuir a la convicción del tribunal. Sin

---

<sup>205</sup> QUEULAT, Cristóbal. op. cit., p. 24.

<sup>206</sup> TRENTO, Simone. op. cit., p. 170.

<sup>207</sup> Càtedra de Cultura Jurídica, 2018. Jordi Ferrer: Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. En: *Youtube* [video en línea]. Publicado el 21 de junio de 2018 [consulta: 2 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=wiN-MJEG2dhU&t=1899s>.

<sup>208</sup> QUEULAT, Cristóbal. op. cit., p. 25.

<sup>209</sup> HASSELT, Roberto. El estándar de prueba en materia infraccional. *Revista de Estudios Tributarios*, (13): 209-236, 2016. p. 218.

embargo, lo recién dicho no puede operar de tal forma que niegue la existencia de un umbral en esta sede, o bien lo disminuya de tal manera que no cumpla su rol de baremo para dar por probada una hipótesis planteada, sea esta decisión o no sujeta a cambios ulteriores.

Autores como MICHELE TARUFFO han sostenido que hay hipótesis de hecho que requieren un grado de confirmación inferior al mínimo necesario (preponderancia de la prueba), entre las que se encuentran aquellas dirigidas a solicitar medidas cautelares<sup>210</sup>, para lo cual es importante recordar que al disminuir el umbral aumenta el riesgo de declarar probada una proposición fáctica que es falsa, vale decir, que es más probable que se otorguen medidas cautelares cuyo relato para solicitarlas es falso o no se condice con la realidad.

Dicho esto, debemos preguntarnos si es tolerable en sede de medidas cautelares generales la situación antes descrita, donde un tipo de error es más tolerable para el sistema en comparación a otro. Para ello hay analizar la forma en que el legislador estatuye la potestad cautelar, pues, como sabemos, los únicos requisitos prescritos en la LTF son la concurrencia del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, teniendo este último como base, en muchas ocasiones, y a diferencia del proceso civil, “evitar un daño al niño, niña o adolescente”<sup>211</sup>. Por consiguiente, es obvio que en familia el peticionario de la medida cautelar será en la mayoría de los casos la parte más débil, la cual es a su vez protegida mediante una serie de mecanismos que la misma LTF erige y entre la que encontramos la actuación de oficio del tribunal.

Coetáneamente a lo anterior, es menester recordar que hay diversas materias de derecho de familia que son tocadas por la potestad cautelar general, como son los divorcios, en los que las compensaciones económicas se hacen incobrables dada la duración de la tramitación, razón por la cual son cautelados en el tiempo intermedio los bienes o dineros que sirvan de garantía para el pago de la misma, lo que vuelve a suceder en materia de cuidado personal, donde la tutela actúa para evitar un daño urgente<sup>212</sup>.

Como aditamento, la atenuación del estándar probatorio también es patente en alimentos, y uno de los supuestos que nos permite visualizarlo es la acción pauliana o revocatoria contemplada en el artículo 5 inciso final de la Ley N°14.908, la que expresa que ante un eventual daño o perjuicio patrimonial para quien soporta la medida, este puede excepcionalmente accionar mediante un procedimiento incidental<sup>213</sup>. De este modo, el sistema acepta el costo del error de la dictación de la medida cautelar, estableciendo un remedio o corrección posterior para quien la suportó en el periodo que tuvo efecto.

Convengamos, por consiguiente, que el legislador de manera indirecta admite la atenuación del estándar, permitiendo que los criterios indicadores de la suficiencia para probar hechos en esta sede sean disminuidos,

---

<sup>210</sup> TARUFFO, Michele. La prueba, artículos... op. cit., p. 109.

<sup>211</sup> HERNÁNDEZ, José. op cit., p. 140.

<sup>212</sup> HERNÁNDEZ, José. op cit., p. 119.

<sup>213</sup> HERNÁNDEZ, José. op cit., p. 140.

lo que a su vez produce una consecuencia lógica; el aumento del error soportado por la contraparte. En otras palabras, quienes deben soportar la medida cautelar en esta sede tienen una alta probabilidad de que lo hagan sin que los hechos en los que se basa la solicitud del peticionario sean verdaderos (lo que, por cierto, se reflejará en el material probatorio presentado),

Que estos hechos se consideren probados en el proceso (al menos provisionalmente) dice relación directa con la disminución del estándar, pues la exigencia probatoria es el resultado de un juicio evaluativo previo respecto de la gravedad de los potenciales errores. Así, existe asimetría entre los valores que se ponen en juego en cada decisión judicial en sede de medidas cautelares de familia, asimetría que genera una correlativa disparidad en la gravedad de los errores que podrían cometerse al decidir situaciones de hecho<sup>214</sup>.

Ahora bien, no estimo que la atenuación del estándar pueda expresarse en porcentajes pues no es matemáticamente cuantificable, por lo que no es posible a su vez sostener que un estándar de prueba se entenderá satisfecho cuando supere tal porcentaje o probabilidad ya que este no es un criterio objetivo del tipo metodológico que sirva para su construcción<sup>215</sup>. Luego, no satisface la premisa principal para recurrir a ellos, consistente en eliminar la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Sin embargo, considero que es de innata comprensión que no puede en ningún caso otorgarse una medida cautelar con la sola concurrencia del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, especialmente si sabemos que el primero no es más que una narración más o menos elaborada presentada al juez.

Siguiendo esta línea, tenemos que el estándar probatorio aplicable a las medidas cautelares generales en virtud de la potestad cautelar regulada en el artículo 22 de la LTF es menor que el de probabilidad prevalente o preponderante, puesto que estamos ante una sede que es esencialmente de urgencia, la cual exige rapidez y que en la mayoría de los casos concretiza la presentación de los primeros elementos probatorios que servirán en la dictación de una posterior sentencia definitiva, por lo que aumentar las exigencias para otorgar estas medidas constituiría en muchos casos un requisito imposible de satisfacer por las partes.

En definitiva, en sede de medidas cautelares nos encontraremos ante distintos relatos y antecedentes que serán requisitos previos a la dictación de una o más medidas cautelares en el procedimiento. En la primera etapa el juez tendrá que evaluar los requisitos básicos para dictarlas, a saber; la existencia de *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, estando en conocimiento de que este último, respecto del relato que se propone solicitar una providencia cautelar, no hace más que demostrar externamente la posibilidad de ocurrencia en

---

<sup>214</sup> CUMIZ, Juan y DEI VECCHI, Diego. Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, (1): 1-47, 2019. p. 8.

<sup>215</sup> Càtedra de Cultura Jurídica. loc. cit.

el plano fáctico, de un modo que nada tiene que ver con la evaluación conjunta de los elementos de prueba expuestos para consolidar la convicción del juzgador sobre la necesidad de otorgar dicha medida.

En este sentido, el estándar no posee reglas de mayor exigencia, sin embargo, se construye sobre dos supuestos importantes:

- a) Que se presente la mayor cantidad de elementos de prueba que poseen las partes en el estadio procesal que se encuentren<sup>216</sup>, cuestión que debería ser básica ya que la aplicación de esta medida causará efectos adversos para quien la soporta, lo que no debe verse invisibilizado por la provisionalidad a la que está sujeta.
- b) Debe darse validez al relato presentado por la parte, pues si bien es verificado por el juez el *fumus boni iuris* en orden a evaluar la credibilidad del relato, de la lectura del artículo se colige que el estándar es cumplido cuando dicho relato se verifica o prueba, vale decir, se presentan antecedentes que den luces o indicios sobre los hechos narrados (ello considerando que estamos ante una escasez probatoria), no pudiendo ignorarse aquello pues la dictación de la medida cautelar en ningún caso puede ser arbitraria o visceral, lo que ocurriría ante la falta de cualquier tipo de elementos probatorios o antecedentes.

Paralelamente, debemos recordar la relación de los estándares probatorios con los procedimientos que están llamados a resolver el conflicto, puesto que los primeros dadas sus características pueden aplicarse en distintas fases o etapas del proceso, siendo la etapa más importante aquella que dice relación con la dictación de la sentencia definitiva. Es así que nos encontramos ante la necesidad de ordenar o clasificar dichas herramientas probatorias según, como expresa JORDI FERRER; “un nivel de exigencia progresiva”<sup>217</sup>.

En consecuencia, la aplicación del estándar de probabilidad preponderante en sede de medidas cautelares como recurso cuya utilización se considera mínima para dar por probada hipótesis en el proceso, vedaría su utilización, o al menos generaría serias dudas, en lo que respecta a los procedimientos de lato conocimiento que son propios del conocimiento de los tribunales de familia, pues de estos últimos esperaríamos la aplicación de estándares probatorios con un nivel de construcción mucho más avanzado, que digan a su vez relación con las características propias de cada procedimiento y la forma en que el legislador los entendió y puso en práctica.

---

<sup>216</sup> VALENZUELA, Jonatan. op. cit., p. 79.

<sup>217</sup> Càtedra de Cultura Jurídica. loc. cit.

En este orden de ideas, considero que el legislador puede, en un futuro cercano, arribar exitosamente a la construcción de un estándar respecto a las medidas cautelares recién evaluadas, siempre y cuando tome en consideración lo siguiente:

- a) La suficiencia de prueba de los enunciados fácticos en esta sede nunca puede ser mayor que el estándar de probabilidad prevalente.
- b) Un estándar menos vago será aquel que tenga precisiones de carácter descriptivo<sup>218</sup> (no porcentuales-matemáticas), donde los criterios por medio de los que se expresará dicho estándar sean exclusivamente epistémicos, sin remitir a: (1) estados subjetivos de persona alguna, y (2) elencos tasados o medios probatorios y sus rasgos de fiabilidad<sup>219</sup>.
- c) Dada la existencia de un nivel de exigencia progresiva en cuanto a los estándares, el estándar probatorio empleado en esta sede será el más básico dentro del espectro de medidas cautelares que estudiaremos a continuación; es decir, las medidas cautelares innovativas dictadas en conformidad al artículo 22 y especiales del artículo 71 y 92 de la LTF, con las observaciones que pasaré a presentar.

## ii. Medidas cautelares innovativas.

Una vez sentado lo anterior, quiero hacer una aclaración en torno a la aplicación de un estándar de prueba respecto de las mismas medidas cautelares que encontramos en el artículo 22 de la LTF pero que el precepto clasifica como innovativas, esto considerando que dichas medidas cautelares tienen un tratamiento distinto a las conservativas antes analizadas. Al respecto, el precepto prescribe que “solo podrán disponerse en situaciones urgentes, cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”.

Estos requisitos adicionales son de gran importancia en lo que concierne a la edificación de un estándar de prueba, pues estimo que permiten apartarnos del contenido mínimo exigido a propósito de las demás medidas cautelares contempladas en el mismo artículo y transitar a la creación de un estándar más exigente, delineado y objetivo, que a su vez sea de carácter cualitativo.

En cuanto al establecimiento de mayores requisitos para la dictación de estas medidas, su razón obedece a un sentido práctico; el examen de las consecuencias de su aplicación, pues, como sabemos, afectan el *statu quo*, por lo que sus efectos, aunque temporales, tienen mayor impacto en el plano fáctico. Desde dicha perspectiva, dictar una de estas providencias puede claramente ser perjudicial en mayor medida para una de

---

<sup>218</sup> CUMIZ, Juan. op. cit., p. 16.

<sup>219</sup> CUMIZ, Juan. op. cit., p. 18.

las partes; quien debe soportarla (ello con comparación a las medidas conservativas antes estudiadas). Por lo anterior, no es suficiente requerir al tribunal un supuesto tan básico como el anterior (el que, por cierto, ni siquiera tiene líneas de construcción claras), sino que debe prestar atención a la verificación de ciertos requisitos que la misma ley menciona.

Así las cosas, podemos establecer una relación directa entre la incorporación de requisitos legales para otorgar medidas cautelares de esta naturaleza impuesto a los jueces y la mayor exigencia en cuanto al estándar, pues este último se propone responder la pregunta ¿cuándo es suficiente la prueba aportada?<sup>220</sup>, la que no se relaciona solo con la cantidad de prueba que efectivamente se aporta (que en esta sede sabemos es reducida), sino con el tipo de esta; cuál será efectivamente necesaria para establecer la ocurrencia de un hecho planteado por la parte<sup>221</sup>.

Dentro de los criterios metodológicos para la construcción de estándares probatorios debemos tener en consideración dos especialmente importantes; a saber, que el estándar nos brinda criterios de en qué medida los elementos del juicio justifican la decisión, y, en segundo lugar, que dicha herramienta probatoria al ser aplicada debe efectivamente establecer un umbral<sup>222</sup>, lo que, como vimos previamente, es difícil al hacer alusión a los estándares probatorios disponibles doctrinalmente.

Ahora bien, considero que los requisitos establecidos para dictar las medidas innovativas del artículo 22 de la LTF pueden actuar como identificadores de cuándo es suficiente la prueba (y, por consiguiente, es superado el estándar), puntualmente los que dicen relación con: (1) las situaciones urgentes y (2) el interés superior del niño, niña o adolescente. Margino de esta clasificación la referencia a la verificación de la inminencia del daño que se trata de evitar, pues esta evaluación se produce en un estadio anterior; puntualmente cuando el tribunal evalúa el *periculum in mora*, el que se entiende incorporado por la sola duración de los procesos; “por cuanto la sola prolongación o dilatación de los mismos será una base creadora para el riesgo o eventual daño a los derechos de los intervinientes”<sup>223</sup>.

Debemos tener en vista que el legislador previó en cuanto a estas medidas cautelares dos supuestos; (1) cuando estamos ante casos donde debe protegerse a los NNA, y, (2) supuestos donde estos no son partícipes. Ello recordando que el catálogo de medidas cautelares del artículo 71 de la LTF son del tipo nominadas, enmarcadas en un procedimiento de protección especial donde la potestad cautelar del artículo 22 no puede extenderlas, lo cual cambia si nos referimos al procedimiento de VIF, donde será aplicable la disposición

---

<sup>220</sup> PINARES, Elena. La importancia del establecimiento legal de un estándar probatorio en materia civil y las consecuencias de su incertidumbre. Universidad de Chile Derecho Procesal Civil. [en línea]. Chile. 2017. [Fecha de consulta: 12 de enero de 2021]. Disponible en: <http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/iii-jornadas-igualdad-discriminacion-u-antofagasta.pdf>.

<sup>221</sup> PINARES, Elena. loc. cit.

<sup>222</sup> Càtedra de Cultura Jurídica. loc. cit.

<sup>223</sup> HERNÁNDEZ, José. op cit., p. 139.

en comento siempre que nos remitamos a las medidas de carácter innovativo del catálogo previsto en el artículo 92 de la LTF.

Pues bien, volviendo a los dos enunciados previstos por la norma que denominaremos identificadores, si bien pueden considerarse amplios para el propósito que los utilizaremos, es decir, para dar por probada una hipótesis fáctica, el propósito último es que actúen como condiciones de membresía<sup>224</sup> (en términos de EDGAR AGUILERA), estableciendo, por consiguiente, condiciones para establecer determinadas proposiciones probadas. De este modo, lo que propongo es que dichos identificadores sean dotados de contenido, en otras palabras, completados mediante supuestos o condiciones descriptivas, las que de ser verificadas indicarían la superación del estándar probatorio en esta sede.

Dotar de contenido a estos identificadores es trascendental, ya que de lo contrario dependería del tribunal elegir una traducción de la disposición en cada caso<sup>225</sup>, lo que puede no estar en sintonía con lo que el legislador quería lograr por medio del establecimiento de dichos criterios limitadores, lo que creemos, pueden convertirse en elementos claves a la hora de construir un umbral probatorio en lo que respecta a las medidas cautelares innovativas del artículo 22 de la LTF.

Debemos tener claro, no obstante, que estos identificadores en los términos en que son utilizados hoy por la ley no figuran como límite a la potestad amplia del juez en materia cautelar pues no tienen un contenido definido o condiciones objetivas para cumplirlos, como es el caso, por ejemplo, del término interés superior del niño, el cual si bien es utilizado ampliamente en la LTF, puede tener diversas interpretaciones, estando su contenido comúnmente indeterminado<sup>226</sup>, lo que no brindaría en este contexto condiciones de membresía idóneas para indicar cuándo la prueba es suficiente para dar por probada en sede de medidas cautelares la hipótesis que la solicita. Es así que la solución más inteligente sería esperar que dichos enunciados o identificadores sean completados, en cuanto contenido, por la vía legislativa, eliminando la posibilidad de interpretarlos de manera muy amplia y que los jueces puedan alterar el juicio moral distributivo del riesgo del error en cada caso<sup>227</sup>.

De este modo, la mejor manera de materializar la especial protección brindada por la LTF a determinada parte procesal, que analizamos a propósito de las medidas cautelares conservativas, puede ser extrapolada a

---

<sup>224</sup> AGUILERA, Edgar. El concepto... op. cit., p. 93.

<sup>225</sup> CUMIZ, Juan. op. cit., p. 16.

<sup>226</sup> Autores como Ruperto Pinochet e Isaac Ravetllat afirman que el concepto de interés superior del niño es útil jurídicamente pero indeterminado, lo que puede verse de forma positiva si entendemos a este como un principio con una composición flexible que permite su aplicación a diversas situaciones jurídicas y sociales enmarcadas a su vez en distintas realidades sociales que pueden mutar lo largo del tiempo, por lo que no pueden ser previstas en su totalidad. Si embargo, y ahora desde el punto de vista negativo, la indeterminación aludida puede dar lugar a la arbitrariedad jurídica y al abuso del derecho. Más información en: RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 42 (3): 903-934, 2015.

<sup>227</sup> CUMIZ, Juan. op. cit., p. 29.

fin de servir como piedra angular en la creación de estándares aplicables a las providencias en comento, pero entendiendo que en este contexto los perjuicios que debe soportar la parte que no solicitó la medida cautelar son mucho mayores.

Tratándose, en consecuencia, de la dictación de medidas cautelares de carácter innovativo, se ve aumentado el grado de confirmación probatoria requerido sobre la hipótesis que hace aplicable la medida cautelar en comparación a la dictación de medidas cautelares conservativas del mismo artículo 22 de la LTF. Sin perjuicio de ello, considero que dicho aumento, primero, no es demasiado, y, en segundo lugar, puede materializarse mediante el cumplimiento de ciertos indicadores, entendiendo estos como supuestos objetivamente verificables.

Lo que buscamos con el establecimiento de parámetros más bien cualitativos es, de manera general, proteger el o los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar por medio de la aplicación de la o las medidas en particular, recordando en lo atinente a este punto, que el tipo de providencias de esta índole es infinito ya que respecto al artículo 22 no existe una tipificación o límite establecido al juzgador, razón por la cual deben establecerse estas condiciones de membresía en términos amplios; cuyo contenido supere los simples enunciados prescritos en la ley.

Debemos tener en cuenta a su vez que cada uno de estos enunciados estará formado por una serie de criterios que de completarse verifican la superación del estándar probatorio, y, en consecuencia, la otorgación de providencia cautelar en el caso en particular. Pues bien, debe aclararse que, si pretendemos configurar los estándares de este modo, entre más criterios formen cada enunciado (entiéndase que estos son disyuntivos, vale decir, el cumplimiento de cualquiera de ellos satisface el indicador) menor será el estándar, pues será más fácil dar por verificada una hipótesis ya que el universo de situaciones reguladas por el enunciado es mucho más amplio, y, por lo tanto, mucho más fácil de completar. Lo anterior cambia tratándose de enunciados que estén compuestos por una cantidad de criterios muy baja, pues en dichos casos la probabilidad de completar el supuesto previsto por el estándar es claramente menor.

Algo fundamental es que los lineamientos para dotar de contenido a los identificadores disminuyen significativamente la posibilidad de adulterar su resultado, ya que, por ejemplo, el requisito de que la libertad de un niño esté siendo vulnerada es algo verificable por medio de los antecedentes presentados, no así la exigencia de “antecedentes que sean calificados como suficientes” prevista en varias normas, como es el artículo 71 de la LTF, lo anterior porque el acervo probatorio debe tener capacidad justificativa respecto de la conclusión que finalmente se extrae (la conclusión probatoria)<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> Càtedra de Cultura Jurídica. loc. cit.

Esta manera de edificar límites probatorios también está en sintonía con lo dicho previamente sobre la característica de provisionalidad y flexibilidad que poseen las medidas cautelares de familia, pues un cambio en las circunstancias, o bien que sobrevenga un evento sucesivo, puede ser evaluado con mayor objetividad por medio de los criterios generales planteados, lo que debe decir relación necesariamente con la prueba disponible, pues puede darse el caso de que sea negada la solicitud para dictar una medida cautelar dentro del proceso, pero se acceda a ello con posterioridad, lo que no puede sino obedecer a un incremento del acervo probatorio que apoya la hipótesis solicitada y la cual debe superar el estándar planteado. Esto, por cierto, también ayudaría a las partes, pues conocerían de antemano los criterios que su prueba debe cumplir, ahorrando así en muchas ocasiones el ofrecimiento de material probatorio que no es atingente o pertinente dada la solicitud efectuada a la autoridad judicial.

Por último, transitar a este tipo de estándares (sea que incorporemos más o menos criterios para dar por probada una hipótesis), trae consigo mayor plasticidad a la decisión, en cuanto son tomadas en consideración las circunstancias concomitantes de cada caso en particular<sup>229</sup>; por ejemplo, el entorno en que se da la lesión a determinada persona o sus bienes, pero englobándolos en premisas que son lo suficientemente amplias.

#### **b) Medidas cautelares especiales.**

Al referirnos al tratamiento de las medidas cautelares propias de los procedimientos especiales de VIF y NNA, sabemos que nos encontramos ante hipótesis de especial protección por parte del legislador a determinadas personas en casos considerados graves. Es así como, respecto a este último procedimiento, su importancia es tal que “de ellas dependen la integridad física y psicológica de los niños, niñas y adolescentes y, en ciertos casos, de ellas dependen su suerte a mediano a largo plazo”<sup>230</sup>, lo mismo que sucede respecto de las medidas enmarcadas en el procedimiento de VIF, donde el otorgamiento de estas ofrece protección a la víctima y al grupo familiar por periodos de hasta 180 días, pudiendo ser renovadas una vez por igual plazo<sup>231</sup>.

Es especialmente importante determinar un estándar respecto a estas providencias cautelares en particular, pues si bien analizamos las anteriores, vale decir, aquellas dictadas en conformidad al artículo 22 de la LTF, en los procedimientos especiales está contemplado que puedan ser decretadas por el juez en el ejercicio de su potestad jurisdiccional no solo a requerimiento del sujeto activo de proceso jurisdiccional, sino también de oficio<sup>232</sup>, estando dicha actuación de oficio exacerbada dado el peligro al que se enfrentan los sujetos de protección y el claro interés público envuelto en estos procedimientos.

---

<sup>229</sup> CUMIZ, Juan. op. cit., p. 29.

<sup>230</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., p. 368.

<sup>231</sup> HERNÁNDEZ, José. op. cit., pp. 200-203.

<sup>232</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., p. 303.

### **i. Medidas cautelares del artículo 71 de la LTF.**

Una aproximación al catálogo de medidas cautelares taxativamente disponibles en el artículo 71 nos deja claro que son necesarias y altamente susceptible de ser aplicadas, sin embargo, los límites en cuanto a los elementos de prueba y el nivel de convicción requerido por el juzgador es escueto, puesto que lo más relevante previsto por la norma en su inciso primero y cuarto es que las providencias cautelares serán dictadas “cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente”, y, a la par, que “la resolución que determine la imposición de una medida cautelares deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma”.

Respecto a este mismo tópico, la Corte Suprema ha sostenido que “de conformidad a lo prevenido en el artículo 71 de la Ley N°19.968 las medidas cautelares solo proceden cuando son necesarias para proteger los derechos del niño, niña o adolescente y deben fundarse en los antecedentes que sean calificados como suficientes para adoptarlas”<sup>233</sup>. Por lo que no ha incorporado elementos de mayor relevancia para efectos de construir o a lo menos propiciar la construcción de un estándar probatorio en esta materia, compartiendo el máximo tribunal la noción que plantean RENÉ NUÑEZ y MAURICIO CORTÉS, en orden a sostener que el nivel de convicción que debe concurrir en el juez para su adopción es la suficiencia probatoria que amerite su adopción<sup>234</sup>.

En lo que concierne a este punto, cabe recordar que los estándares de prueba buscan justificar decisiones sobre los hechos<sup>235</sup>, y que, para cumplir esta función, en primer lugar, no es posible recurrir a elementos psicológicos o mentales del decisor, y, además, deben establecerse criterios que sean precisos y compatibles con su función de señalar un umbral de suficiencia probatorio<sup>236</sup>. Ahora bien, es claro que el artículo en comento al apelar a la suficiencia de los antecedentes presentados por las partes hace referencia a la prueba suficiente, pero ¿cómo saber cuándo esta es verdaderamente suficiente si no disponemos una regla o parámetro que lo determine?

Es posible constatar, por lo tanto, que la suficiencia no constituye un parámetro objetivo que esté disponible al decisor en materia probatoria, máxime si debe fundamentar su decisión en consideración a los elementos de prueba, observando que su argumentación no puede ser tal que la suficiencia derive de la calidad o contenido de la propia prueba<sup>237</sup>. En consecuencia, la aproximación a un estándar probatorio viene dado por lo

---

<sup>233</sup> SCS, Rol N°2575-2008, 22 de mayo de 2008.

<sup>234</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., p. 370.

<sup>235</sup> FERRER, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. *El test case* de la responsabilidad del estado por prisión preventiva. En: PAPAYANNIS, Diego y PEREIRA, Esteban. *Filosofía del derecho privado*. Madrid, España, Marcial Pons, 2018. pp. 401-430.

<sup>236</sup> FERRER, Jordi. Prolegómenos... op. cit., p. 404.

<sup>237</sup> Càtedra de Cultura Jurídica. loc. cit.

dicho en el primer inciso del artículo 71 de la LTF, a saber, cuando se ha vulnerado el derecho de un NNA y que la medida sea necesaria para protegerlos mientras no se dicte la sentencia definitiva.

Sin embargo, la necesidad sobre la que hace alusión la norma no constituye umbral *per se*, pues su vaguedad compite con el término suficiencia en cuanto a falta de contenido. Considero, no obstante, que el legislador ha sido claro en que la suficiencia probatoria está directamente relacionada con la necesidad de proteger los derechos del NNA, por lo que no podrá ser dictada una medida cautelar en cuanto no sea útil para tal fin.

Lo anterior nos da claras luces en cuanto al propósito de la norma y los bienes jurídicos presentes en el caso puntual, pero también considero que permite construir un estándar probatorio que se base en los mencionados conceptos, pero dotándolos de contenido. De esta manera, abandonamos la vaguedad propia de la necesidad y la suficiencia para transitar a las reglas que nos permitan determinar cuándo estamos ante la necesidad de otorgar la medida, atendiendo a que la iniciativa de emplearla puede ser incluso del propio tribunal, el cual para efectos de justificar su actuar debe tener en consideración algún tipo de criterio que escape de la comodidad de enunciar su mera suficiencia probatoria.

Siguiendo lo efectuado en el acápite anterior, podríamos intentar aproximarnos a alguno de los estándares formulados por la doctrina que se encuentran disponibles, sin embargo, es evidente que algunos supuestos de hecho contemplados en los procedimientos especiales no son equiparables en cuanto a la potencial gravedad de las consecuencias del error en la dictación de la providencia cautelar, lo que descartaría un potencial uso del estándar de prueba preponderante o probabilidad prevalente, y, segundo, el estándar de evidencia clara y convincente y más allá de toda duda razonable han sido sujeto a escrutinio en capítulos anteriores, lo que nos lleva a concluir que el primero es poco determinado, y, por consiguiente, inviable de aplicar en cualquier procedimiento de esta naturaleza, a la vez que este último baremo es demasiado alto en cuanto a la exigencia probatoria para la aceptabilidad de una hipótesis, lo que no se condice con la dictación de resoluciones que son claramente temporales, las que en su aplicación se alejan de las consecuencias penales antes evaluadas.

Sin perjuicio de lo recién dicho, creo posible basarnos en determinados criterios de construcción de los estándares de prueba recién mencionados, a fin de arribar a uno aplicable en esta sede especial, ello considerando sus características inherentes, las que propician la construcción de estándares cualitativos que sean de fácil comprensión.

Siguiendo esta línea, el estándar que tomaremos como referencia será nuevamente el de probabilidad prevalente, pero efectuando salvedades importantes. Parece perfectamente claro que las dos reglas que lo componen son aplicables a variados procedimientos y que se adaptan útilmente cuando la evaluación de los bienes jurídicos arroja que estos pueden tener un valor importante pero equiparable. Sin embargo, en el caso

en concreto de las medidas cautelares dictadas en un procedimiento NNA y VIF, es evidente que la balanza siempre preferirá la protección de los derechos de estas personas en atención a su situación de vulnerabilidad, por lo que no estamos ante un error, sea falso positivo o falso negativo, igualitario.

Tendería a pensarse en esta situación que siempre lo aceptable es la dictación de la providencia cautelar, ello versus su rechazo por falta de prueba sobre la hipótesis de hecho en la que se basan para solicitarla. Lo que si bien en principio en cierto, debe considerar, a su vez, que en muchas ocasiones quien soporta la dictación de la providencia cautelar no es un tercero como se observaba a propósito de las medidas que pueden dictarse en conformidad al artículo 22 de la LTF, sino que en muchas ocasiones las consecuencias de la medida deberán ser soportadas por quien se pretende proteger mediante esta, por lo que el error en su dictación tendrá impacto en personas que gozan de especial protección.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el catálogo de medidas cautelares del artículo 71 de LTF, el cual contempla medidas que pueden ser perjudiciales para el NNA. Los tres casos que son más evidentes son:

- a) Su entrega inmediata a los padres que lo tengan legalmente a su cuidado. Esto teniendo previsto que la amenaza o vulneración puede venir directamente del cuidado inadecuado o ausencia de cuidado precisamente de las personas llamadas a cuidarlo, lo que puede ejemplificarse en el caso de una niña que es sorprendida por Carabineros ofreciendo servicios sexuales y la persona que la tiene bajo su cuidado es un proxeneta<sup>238</sup>.
- b) Entregar el cuidado provisorio a una persona o familia en casos de urgencia, ello en concordancia con el artículo 74, cuyo contenido expresa que solo podrá ser adoptada una medida de separación del NNA de sus padres, o de las personas que lo tengan a su cuidado, si es estrictamente necesario para salvaguardar sus derechos y siempre que no exista otra medida más adecuada<sup>239</sup>.
- c) La internación en un recinto hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado.

Las medidas antes mencionadas son altamente invasivas en la esfera del NNA y pueden causar, *a posteriori*, efectos perjudiciales por un periodo que si bien está sujeto a caducidad<sup>240</sup>, puede extenderse por hasta 90 días, lo que se ve especialmente reflejado en las medidas tendientes a separarlo de su familia, supuesto sobre el cual FABIOLA LATHROP discurre, afirmando que “Concebir al NNA como objeto de una medida tan

---

<sup>238</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., p. 371.

<sup>239</sup> HERNÁNDEZ, José. op cit., p. 196.

<sup>240</sup> HERNÁNDEZ, José. op cit., p. 193.

extrema en términos de afectación de derechos fundamentales—como puede llegar a serlo la separación del NNA de su familia— equivale a negarle su calidad de sujeto de derecho”<sup>241</sup>.

A su vez, debemos tener en consideración que la provisionalidad inherente a dichas medidas cautelares opera disminuyendo la severidad del estándar, lo que en ningún caso libera la necesidad de probar las hipótesis planteadas y exigir respecto de ellas el cumplimiento o alcance de determinado umbral, lo que deriva directamente del uso del término suficiencia en la redacción del precepto en comento. Justo es decir, por lo tanto, que si bien la provisionalidad funciona en el sentido antedicho de disminuir el estándar, las consecuencias de la aplicación de estas medidas, dada su posible gravedad, operarían en contra, vale decir, aumentándolo. Esto porque sabemos que un estándar menor propicia el aumento del error y lo distribuye de manera menos uniforme, lo que no es tolerable para el legislador en vista de los bienes jurídicos presentes en el caso sujeto a observación.

Debe extenderse lo dicho en el apartado anterior en cuanto al necesario reconocimiento de identificadores que servirán como límite probatorio. Para este fin debemos tener en cuenta que respecto a estas medidas la LTF no establece, al menos en todas las ocasiones, dichos criterios, por lo que en este trabajo serán propuestos algunos relacionados con las medidas que, estimo, merecerían un estándar de prueba más alto ya que el costo del error es superior, por lo no puede distribuirse igualitariamente dado los bienes y valores jurídicos presentes a la hora de dictarlas, así como las personas que pueden verse perjudicadas mediante esta.

Es útil recordar que para orientar la construcción del estándar tenemos que comenzar desde la pregunta ¿cuándo es suficiente la prueba? Respuesta que puede orientarse preliminarmente de la siguiente manera en los casos seleccionados:

- a) La entrega inmediata a los padres que lo tengan legalmente a su cuidado dependerá de que los antecedentes presentados demuestren que dichas personas están en condiciones favorables para hacerse cargo del cuidado del niño<sup>242</sup>, por lo que la decisión provisional del tribunal no obedece solamente al mero hecho de que el solicitante detenta el cuidado legal del NNA.
- b) Entregar el cuidado provisorio a una persona o familia, el que estando consignado en la ley como “caso de urgencia”, puede generar una aproximación al concepto de urgencia prescrito en artículo 9.1 de la Convención sobre los derechos del Niño<sup>243</sup>, precepto que establece el derecho del NNA a no ser separado de sus padres en contra de la voluntad de estos, al mismo tiempo que instituye una

---

<sup>241</sup> LATHROP, Fabiola. La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (22):197-229, 2014. p. 212.

<sup>242</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., p. 370.

<sup>243</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., p. 371.

excepción: que la separación sea necesaria en el interés superior del niño, lo que puede darse en casos particulares, como es que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres. En virtud de lo recién dicho, estimamos que es viable su dictación siempre que la prueba demuestre que la reubicación contribuye al interés superior del niño, entendiendo este último concepto no de una forma indeterminada, sino que estableciendo criterios que pueden consistir, al menos inicialmente, en la lesión de: (1) la libertad del NNA, (2) la dignidad del NNA, (3) el libre desarrollo de su personalidad<sup>244</sup>, y, (4) su integridad física y psíquica. Todo lo cual puede completar el legislador por vía legal. Por último, en este caso no incluimos dentro de las reglas del estándar probatorio lo expresado en el artículo 74 de la LTF, vale decir, la circunstancia de que no exista otra medida cautelar más adecuada, esto pues queda implícito en las características de ellas, puntualmente en el hecho de que son proporcionales e infinitas, razón por la cual “el órgano jurisdiccional tiene amplias facultades para decretar las medidas cautelares que mejor convengan a la protección del derecho invocado”<sup>245</sup>.

- c) La internación en un recinto hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado siempre que el material probatorio sea tal, que demuestre la amenaza a la vida o salud del NNA.

Lo recién especificado materializa de manera muy ordenada los postulados sobre estándares relativos, pues en cada caso la suficiencia probatoria para dar por probado un hecho en sede de medidas cautelares dependerá en gran medida de los bienes jurídicos presentes y el valor que el sistema les asigna (libertad personal del NNA, el libre desarrollo de su personalidad, entre otros). De esta forma, estos tienen directa incidencia en el nivel de exigencia del umbral, lo que podemos visualizar en la cantidad de criterios que conforman cada enunciado (los cuales, como dijimos, son disyuntivos). A modo de ejemplo, en el caso de la medida cautelar consistente en la internación en un recinto hospitalario, psiquiátrico o un tratamiento especializado, el material probatorio debe ser tal que de indicios de la existencia de una amenaza a la vida o salud del NNA, con tal que, aunque se presenten una vasta cantidad de elementos probatorios en dicha sede, solo cobrará importancia los que den indicios de este tipo singular de amenaza, y de no cumplirlo, no será procedente otorgar dicha medida.

Otro punto importante al cual deseo hacer alusión es la providencia cautelar consistente en entregar el cuidado provisorio a una persona o familia, la cual, como notamos, puede utilizar como identificador el interés superior del niño, mismo que fue mencionado respecto a las medidas cautelares innovativas del artículo 22 de la LTF. Pues bien, considero medular en este tópico los criterios que dijimos conforman dichos enunciados o identificadores, pues entre mayor sea su número, menor es el estándar exigido, esto pues aumenta la

---

<sup>244</sup> RAVETLLAT, Isaac. op. cit., p. 930.

<sup>245</sup> HERNÁNDEZ, José. op. cit., p. 160.

probabilidad de dar por verificada alguna de estas hipótesis. De este modo, si el legislador entiende, como nosotros lo hacemos, que el procedimiento de protección de NNA respecto a la dictación de medidas cautelares generales debe tener un estándar mayor, los criterios que conformarán el identificador presente en las medidas cautelares innovativas del artículo 22 de la LTF cuando haya intervención de un niño, serán mucho mayores en cantidad.

Finalmente, en el caso de las otras medidas cautelares contempladas en el artículo 71, si bien generan determinado impacto en los NNA, este claramente es menor al provocado por las providencias recién aludidas, por consiguiente, y en atención tanto de los bienes jurídicos presentes como la menor consecuencia perjudicial ante su aplicación errónea, podemos inferir que la distribución del error es similar con lo dicho a propósito de las medidas cautelares innovativas del artículo 22 de la LTF, por lo que estimo aplicable el estándar probatorio procedente a su respecto, puntualmente en el supuesto que se refiere a la protección de los NNA.

## **ii. Medidas cautelares del artículo 92 de la LTF.**

Por otro lado, y ahora pasando a las medidas cautelares reguladas en el artículo 92 de la LTF en el marco del procedimiento VIF que es conocido por los tribunales de familia, aquellas están establecidas ante una situación de riesgo, conforme la descripción dada por el artículo 7 de la Ley N°20.066 sobre violencia intrafamiliar, establecidas de este modo en favor de la víctima y su familia, extendiendo, en consecuencia, la protección a aquellas personas contempladas en el artículo 5 de la misma ley<sup>246</sup>.

La característica que puede mencionarse respecto a estas medidas es que no son taxativas como las enmarcadas en el procedimiento de protección de NNA, y, paralelamente, su duración es mucho mayor, pues el artículo 92 de la LTF prescribe que pueden decretarse por un periodo que no exceda los 180 días hábiles, el que puede renovarse hasta por una vez por igual plazo.

La característica esencial respecto a estas es que se relacionan estrechamente a un tipo penal encontrado en la ley N°20.066 y el bien jurídico protegido es casi unívoco en todas ellas, consistiendo en la mayoría de las ocasiones en la protección de la vida, integridad física y psíquica, lo que deriva directamente de preceptos de carácter constitucional y tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

Por consiguiente, para arribar a un estándar en esta sede debemos tener previsto que: (1) existe urgencia por parte del legislador para que la dictación de este tipo de medidas sea lo más rápida posible, razón por la que atribuye competencia funcional para decretarlas, de forma obligatoria, a una serie de órganos públicos que tomen conocimiento de la denuncia o demanda por estos actos, no obstante carecer de competencia material

---

<sup>246</sup> HERNÁNDEZ, José. op. cit., p. 199.

y/o territorial (artículo 81 inciso 2° de la LTF)<sup>247</sup>, (2) el bien jurídico protegido por excelencia es aquel cuyo valor es sumamente alto tanto para el ordenamiento interno como el externo, y, (3) Así como existe un claro interés en el ámbito penal por dar preponderancia al principio de inocencia en lo que atañe a los procedimientos de lato conocimiento, el legislador escoge en este caso preservar el bienestar de los sujetos especialmente protegidos por la ley.

En virtud de lo anterior, y teniendo como sustrato previo que la tolerancia o intolerancia asignada a los distintos tipos de errores para efectos de establecer un estándar de prueba dependen directamente de un juicio valorativo efectuado por una comunidad jurídica respecto de los bienes jurídicos presentes, es que en este caso en particular el estándar probatorio se ve claramente atenuado, siendo aplicable, como sostiene RENÉ NUÑEZ y MAURICIO CORTÉS, lo dicho a propósito del artículo 22; por lo que al encontrarnos ante medidas conservativas (como es la prohibición de celebrar actos y contratos) es aplicable el estándar más bajo que hasta ahora hemos identificado en sede de medidas cautelares, mientras que tratándose de medidas cautelares de carácter innovativo (como es la exclusión del hogar)<sup>248</sup> se aplica lo dicho a propósito de las medidas cautelares innovativas generales, con la observación de que el identificador que deberá ser probado en este caso es el que dice relación con las situaciones urgentes, cuyo contenido, como sabemos, está mandado el legislador a completar.

---

<sup>247</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., p. 391.

<sup>248</sup> CORTÉS, Mauricio. op. cit., p. 396.

## CONCLUSIONES

Lo expuesto a lo largo de este trabajo en torno a la prueba jurídica, así como los estándares probatorios y su aplicación en sede de medida cautelares de familia, nos permite obtener las siguientes conclusiones:

- I. La LTF tiene como base una serie de principios y normas que nos permiten colegir que impera la protección a determinadas personas en atención a su estado de vulnerabilidad, siendo ejemplos atinentes los niños, niñas y adolescentes, así como quienes sufren de violencia intrafamiliar. Esta protección es sumamente importante a la hora de que el legislador establezca estándares probatorios aplicables a las medidas cautelares, pues incidirá en la evaluación del costo del error.
- II. Los enunciados sobre los hechos que se declaran probados en sede de medidas cautelares se producen en un contexto particular, donde es posible visualizar: (1) que la decisión del juez es de carácter urgente, por lo que debe otorgarse con rapidez, (2) estamos ante una escasez de elementos de prueba, y, (3) las decisiones son esencialmente mutables tanto por el cambio de circunstancias como el establecimiento de plazos por parte de la misma ley.
- III. En sede de medidas cautelares de familia se verifica actividad probatoria puesto que comparte particularidades con la prueba jurídica clásica, en tanto existe en la mayoría de los casos una determinación de hechos pasados, limitaciones temporales y el ordenamiento exige que la decisión adoptada sea conforme a un conjunto determinado de elementos de prueba. A lo que debe sumarse que las decisiones judiciales tanto definitivas como provisorias, relativas a medidas cautelares, pueden ser revisadas por un tribunal *ad quem*, por lo cual se espera que posean una justificación racional en torno a la prueba.
- IV. No obstante constituir la decisión sobre el otorgamiento de medidas cautelares una resolución provisional la cual no reviste las características de una sentencia definitiva que de fin al conflicto, estamos ante una decisión judicial que clausura el debate en torno a la peligrosidad a la que se ve expuesta una persona o un bien que es materia del conflicto jurídico en un periodo procesal determinado, y para cuya base el juez está obligado a considerar los elementos probatorios presentados por las partes a fin de que sus decisiones cobren legitimidad y se alejen del mero arbitrio.
- V. Puede hacerse una similitud entre los medios de prueba y el concepto de antecedentes que prevalece a propósito de las medidas cautelares, pues ambos tienen por objeto suministrar información relevante para el establecimiento de los hechos de la causa (que un hecho P se considere probado), solo que en el caso de la dictación de las medidas cautelares existe la peculiaridad de que el periodo para arribar a una decisión por parte del decisor es notablemente reducido, a la

vez que dichas resoluciones pueden ser modificadas, dejadas sin efecto o bien otorgadas a lo largo del procedimiento en una suerte de ejercicio correctivo del tribunal.

- VI. El tribunal para dictar una o más medidas cautelares realizará un ejercicio donde preverá que un determinado hecho X ocurriría en un periodo Y (estando este último reflejado en la verificación del *periculum in mora*). la característica es que el hecho X siempre será perjudicial en cuanto afectará a determinada persona o bienes en el tiempo que transcurre en periodo Y, vale decir, el tiempo en que transcurre el juicio de lato conocimiento. La determinación de la hipótesis o hecho X solo puede basarse en elementos probatorios a los cuales el tribunal tenga acceso junto con la solicitud de dictación de la medida cautelar.
- VII. En la etapa probatoria siempre existirá la posibilidad de errar puesto que el establecimiento de reglas probatorias por el sistema se conjuga con la dificultad propia de determinar situaciones fácticas pasadas, todo lo cual no hace posible funcionar sobre la base de la convicción absoluta. En este contexto el legislador debe necesariamente establecer de forma previa el margen de error que el sistema está dispuesto a tolerar, cuestión que sirve como base para la construcción ulterior de cualquier tipo de estándar que pretendemos sea operativo y distribuya dicho error.
- VIII. La tolerancia o intolerancia asignada a los distintos tipos de errores depende directamente de un juicio valorativo efectuado por una comunidad jurídica respecto de los bienes jurídicos y sociales presentes en el proceso y cuya lesión puede efectuarse al aplicar el estándar probatorio.
- IX. El estándar probatorio consiste en un umbral de suficiencia requerido para efectos de establecer cuándo resulta justificado aceptar o rechazar una proposición fáctica en un proceso judicial, lo que es sumamente útil tanto para limitar las potestades amplias del juez en materia de familia como para el conocimiento previo de las partes respecto a los antecedentes que deben presentar para probar los hechos en esta sede.
- X. Es necesario desligar los requisitos para dictar medidas cautelares de la aplicación de estándares probatorios, por cuanto el *fumus boni iuris* y *periculum in mora* son requisitos examinados de manera previa a la aplicación del estándar, los cuales no dicen relación con la prueba de determinadas hipótesis en el proceso.
- XI. El análisis sobre el establecimiento de posibles estándares aplicables a las medidas cautelares de familia debe partir sobre la base de que el legislador entiende que el costo del error no es simétrico entre las partes porque ellas desde un inicio no están en una posición de igualdad, lo que es reconocido en mayor o menor medida a lo largo de toda la LTF e incluso en leyes anexas, como es la Ley N°20.066 sobre violencia intrafamiliar y la N°14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

- XII. Tratándose de medidas cautelares de familia, el estándar probatorio aplicable debe ser menor que el de preponderancia de la prueba, puesto que este último es aplicable a juicios de lato conocimiento donde existe una decisión judicial que se torna inmutable. El grado de confirmación de la hipótesis así entendida, aumenta la probabilidad de que se incurra en falsos positivos en el ámbito cautelar.
- XIII. En la dictación de medidas cautelares encontramos fuerzas tendientes a atenuar el estándar como es el caso de provisionalidad de la decisión judicial, lo que en ningún caso permite que sea suprimido el ofrecimiento de antecedentes al tribunal a fin de formar su convicción.
- XIV. En materia de medidas cautelares innovativas del artículo 22 de la LTF aumenta el estándar pues son examinadas las consecuencias de su aplicación en el plano fáctico. Puede identificarse respecto a estas medidas, en principio, la aplicación de dos estándares de prueba de carácter cualitativo, los que derivan a su vez de los requisitos impuestos para su dictación (identificadores) que son, puntualmente: (1) las situaciones urgentes y (2) el interés superior del niño, niña o adolescente. Sin perjuicio de estos, es necesario que para la factibilidad de su utilidad como condiciones de membresía sean descritos o completados por el legislador en vista de los bienes jurídicos que considera trascendentales, así como la evaluación del costo del error
- XV. No es admisible como estándar probatorio la suficiencia de los antecedentes presentados por las partes como sostiene el artículo 71 de la LTF, pues este constituye un elemento de carácter psicológico-subjetivo del juez. Debemos tener en cuenta para sentar las bases de construcción de estándares probatorios en esta sede tanto la gravedad de no dictar la providencia como las consecuencias de hacerlo, a la vez que hacemos uso de los indicadores, los que en este caso tienen un mayor contenido explicitado en la LTF.
- XVI. Finalmente, que en el caso de las medidas cautelares enmarcadas en el procedimiento de protección de VIF, son aplicables los estándares presentes en el artículo 22 de la LTF, para lo cual deberemos identificar si se trata de medidas cautelares de carácter conservativo o innovativo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. ABEL, Xavier. La dosis de prueba: entre el common law y el civil law. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (35): 173-200, 2012. ISSN: 0214-8676.
2. ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37(2): 483-511, 2011. ISSN: 0718-6851.
3. AGUILERA, Edgar. El concepto de estándar de prueba. *Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM*, 4(6): 91-114, 2008.
4. AGUILERA, Edgar. Crítica a la "convicción íntima" como estándar de prueba en materia penal. *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, (12): 3-16, 2008. ISSN: 1870-0586.
5. AGUIRREZABAL, Maite. Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad medioambiental. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 23(1): 23-49, 2016. ISSN: 0718-9753.
6. ALVARADO, Alfonso. Proceso y verdad. En: GRUPO de Investigaciones de Derecho (GRID). Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial. Universidad Pontificia Bolivariana, Colección de investigaciones en derecho, 2014. ISBN: 978-958-764-208-7. pp. 117-132.
7. AMAYA, Amalia. Coherencia, virtud y prueba en el derecho. En: PÁEZ, Andrés (coord.). Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica. Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía, Ediciones Uniandes, 2015. pp. 37-63.
8. ARIANO, Eugenia. Apuntes sobre la duración temporal de la tutela cautelar. *THEMIS: Revista de derecho*, (43): 79-91, 2001. ISSN: 1810-9934.
9. ARTAVIA, Sergio y PICADO, Carlos. La prueba en general. familia [en línea]. Costa Rica. 2018. [Fecha de consulta: 7 de noviembre 2020]. Disponible en: [https://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2018/Noviembre/Capitulo\\_19\\_La\\_prueba\\_genereal.pdf](https://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2018/Noviembre/Capitulo_19_La_prueba_genereal.pdf).
10. BARROS, Enrique. Prólogo. En: MARÍN, Carlos. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2004. ISBN: 9561015722.
11. BELTRÁN, Ramón. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. *Política Criminal*, 7(14): 454-479, 2012. ISSN: 0718-3399.
12. BIBLIOTECA del Congreso Nacional. Historia de la ley N°19.968 [en línea]. Chile. 2004. [Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5746/>

13. BIBLIOTECA del Congreso Nacional. Violencia contra la mujer: estándares internacionales, normativa actual y proyecto de ley [en línea]. Chile. 2017. [Fecha de consulta: 25 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24866/4/FINAL-Violenciacontralamujernormativa-actual-y-estandares-internacionales.pdf>
14. BORDALÍ, Andrés. El fumus boni iuris y el periculum in mora en la tutela cautelar del contencioso administrativo chileno. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (30): 55-80, 2020. ISSN: 0719-5591.
15. CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Trad. Santiago Sentís. Buenos Aires, Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964.
16. CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2da. ed. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma. 1982.
17. CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del derecho procesal civil. Trad. Enrique Figueroa. México, Harla, 1997.
18. Càtedra de Cultura Jurídica, 2018. Jordi Ferrer: Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. En: *Youtube* [video en línea]. Publicado el 21 de junio de 2018 [consulta: 2 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=wiNMJEG2dhU&t=1899s>.
19. COLOMA, Rodrigo. Conceptos y razonamientos probatorios. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30(2): 31-56, 2017. ISSN: 0718-0950.
20. CORREA, Claudio. La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo. *Política Criminal*, 11(21): 104-139, 2016. ISSN: 0718-3399.
21. CORTÉS, Mauricio, MATURANA, Cristián y NUÑEZ, René. Derecho procesal de familia [en línea]. Chile. 2012. [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2020]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/2018>.
22. COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. 3ra. ed. Buenos Aires, Argentina, Roque Depalma, 1958.
23. CUMIZ, Juan y DEI VECCHI, Diego. Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, (1): 1-47, 2019.
24. DELGADO, Dante. Duda razonable y estándar de prueba penal apuntes introductorios. *Revista Postgrado Scientiarvm*, 2(1): 9-15, 2016. ISSN: 2411-8826.
25. DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Vol. I, Buenos Aires, Argentina, Zavalía, 1981.
26. DURÁN, Pablo. El concepto de pertinencia en el derecho probatorio en Chile. Tesis (Magíster), Valdivia, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2016.

27. FERRER, Jordi. Prueba y verdad en el derecho. Madrid, España, Marcial Pons, 2002. ISBN: 8497680235.
28. FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid, España, Marcial Pons, 2007. ISBN: 9788497.
29. FERRER, Jordi. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. [en línea]. Bolivia. 2018. [Fecha de consulta: 7 de noviembre 2020]. Disponible en: <https://tcpbolivia.bo/apectcp/sites/default/files/pdf/LibroTeoriaPrueba.pdf>.
30. FERRER, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del estado por prisión preventiva. En: PAPAYANNIS, Diego y PEREIRA, Esteban. Filosofía del derecho privado. Madrid, España, Marcial Pons, 2018. pp. 401-430.
31. FIGUEROA, María. Debate parlamentario de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia. Tesis (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007.
32. FLORS, José. Medidas cautelares personales [en línea]. España. 2013. [Fecha de consulta: 9 de julio de 2020]. Disponible en: [https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema%2013\\_Paginas%2001\\_03.pdf](https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema%2013_Paginas%2001_03.pdf).
33. GASCÓN, Marina. Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba. 2da. ed. Barcelona, España, Marcial Pons, 2004. ISBN: 8497681266.
34. GASCÓN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (28): 127-139, 2005. ISSN: 0214-8676.
35. GERHARD, Walter. Libre apreciación de la prueba. Bogotá, Colombia, Themis, 1985.
36. GIANNINI, Leandro. Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares [en línea]. Argentina. 2013. [Fecha de consulta: 9 de enero de 2021]. Disponible en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33750/Documento\\_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33750/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
37. GONZALEZ, Joel. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1): 93-107, 2006. ISSN: 0718-3437.
38. GUERRA, José. Derecho probatorio: probabilidad, estadística y estándares de prueba. Tesis (Licenciatura en Derecho), Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019.
39. HAMILTON, María. Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre competencia, y rol de la Corte Suprema. Tesis (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018.
40. HASSELT, Roberto. El estándar de prueba en materia infraccional. *Revista de Estudios Tributarios*, (13): 209-236, 2016.

41. HERNÁNDEZ, José. Medidas cautelares en los procedimientos de familia. Santiago, Chile, Hammurabi, 2017. ISBN: 9789569952005.
42. HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil. Santiago, Chile, Jurídica de las Américas, 2008. ISBN: 9687884959.
43. HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. Las medidas cautelares en el proceso penal [en línea]. Chile. 2017. [Fecha de consulta: 16 de julio de 2020]. Disponible en: <https://doctrina.vlex.cl/vid/medidas-cautelares-proceso-penal-57253368>.
44. HUNTER, Iván. Poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 20(1): 205-229, 2007. ISSN: 0716-9132.
45. HUNTER, Iván. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil? *Revista Ius et Praxi*, (1): 241-272, 2017. ISSN: 0717-2877.
46. JARA, Eduardo. Derecho procesal de familia. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011. ISBN: 9789561021303.
47. JARA, Nadia y VIGNEAUX, Cristián. Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno. Tesis (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017.
48. LARRY, Laudan. Verdad, error y proceso penal. Madrid, España, Marcial Pons, 2013. ISBN: 9788415664741.
49. LARROUCAU, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3): 783-808, 2012. ISSN: 0718-3437.
50. LATHROP, Fabiola. La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (22):197-229, 2014.
51. LOPES, Daniel. Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 17 (296): 152-170, 2018. ISSN: 1812-9552.
52. LÓPEZ, Ana. Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español. *Revista Nuevo Foro Penal*, 12(86): 151-192, 2016. ISSN: 0120-8179.
53. LLORENS, Renata. Estándar de prueba en derecho de familia. Tesis (Magíster en Derecho), Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016.
54. MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2004.

55. MARÍN, Juan. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. *Revista de Estudios Jurídicos*, (8):13-37, 2006. DOI: 10.5354/0718-4735.2011.15100.
56. MARÍN, Juan. Tratado de las medidas cautelares. 2da. ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2016. ISBN: 9789561015722.
57. MATURANA, Cristián. Aspectos generales de la prueba. Santiago, Chile, Separata del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sin publicar, 2015.
58. MATURANA, Cristián. Las medidas cautelares, los incidentes, los procedimientos declarativos especiales, el juicio ejecutivo y los asuntos judiciales no contenciosos. Santiago, Chile, Separata del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sin publicar, 2016.
59. MENESES, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Revista Ius Et Praxis*, 14(2): 43-86, 2008. ISSN: 0718-0012.
60. MONROY, Juan. El juez nacional y la medida cautelar. *Derecho & Sociedad*, (2): 42-48, 1990.
61. MONTERO, Juan. Prueba y verdad en el proceso civil. Prueba y verdad en el proceso civil un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (49): 117-147, 2019. ISSN: 2346-3473.
62. MONTERO, Raúl. Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno. Santiago, Chile, Librotecnia, 2017. ISBN: 9789563271607.
63. NORAMBUENA, Juan. Eficacia de las medidas cautelares y accesorias aplicadas en contexto de violencia intrafamiliar. (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018.
64. OLIVA, Andrés, DÍEZ-PICAZO, Ignacio y VEGAS, Jaime. Derecho procesal civil. Ejecución forzosa procesos especiales. Madrid, España, Cersa, 2002. ISBN: 9788480044363.
65. ORTELLS, Manuel. Las medidas cautelares. Madrid, España, La Ley, 2000. ISBN: 8476959109.
66. SEMILLERO de derecho procesal de la Universas Militar de Nueva Granada [ponencia]. Aproximación al contexto como estándar de prueba en el proceso judicial. Universas Militar de Nueva Granada, 2019.
67. SILVA, Rodrigo. Manual de Tribunales de familia. 4ta. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2009.
68. PALACIO, Lino. Manual de derecho procesal civil. [en línea]. Argentina. 2003. [Fecha de consulta: 16 de julio de 2020]. Disponible en: [https://www.academia.edu/27626905/Derecho\\_Procesal\\_Civil\\_-\\_Lino\\_Enrique\\_Palacio](https://www.academia.edu/27626905/Derecho_Procesal_Civil_-_Lino_Enrique_Palacio).

69. PARRA, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Colombia, Librería Ediciones del Profesional LTDA, 2007. ISBN: 9789587071153.
70. PICÓ, Joan. El derecho constitucional a la prueba en su configuración legal en el nuevo proceso civil español [en línea]. España. 2008. [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2554/31.pdf>.
71. PINARES, Elena. La importancia del establecimiento legal de un estándar probatorio en materia civil y las consecuencias de su incertidumbre. Universidad de Chile Derecho Procesal Civil. [en línea]. Chile. 2017. [Fecha de consulta: 12 de enero de 2021]. Disponible en: <http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/iii-jornadas-igualdad-discriminacion-u-antofagasta.pdf>.
72. PINTOS, Clementina. Subjetividad, Convicción e Imparcialidad judicial: El Juicio Lógico. *Revista de la Facultad de Derecho*, (39): 315-332. ISSN 0797-8316.
73. PUJADAS, Virginia. Para una teoría general de las medidas cautelares penales. Tesis (Doctorado en Derecho), Girona, España, Universidad de Girona, 2007.
74. QUEULAT, Cristóbal. Aproximaciones sobre la regla de estándar de prueba aplicable a la hipótesis de colusión en el derecho de la competencia chileno: Un análisis a partir del Voto de Prevención de la Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Tesis (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018.
75. RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 42 (3): 903-934, 2015.
76. RIEGO, Cristián. Nuevo estándar de convicción. *Informes de investigación, Centro de Investigación Jurídica de la Universidad Diego Portales*, (17): 1-20, 2003.
77. RÍOS, Lautaro. El principio constitucional de inexcusabilidad resolutoria. *Revista de Derecho Público*, (90): 113-134, 2019. DOI: 10.5354/0719-5249.2019.53997.
78. ROCCO, Ugo. Tratado de derecho procesal civil: parte especial: proceso cautelar. Vol. V, Bogotá, Buenos Aires, Temis, 1977.
79. RUAY, Francisco. La “función” cautelar del juez en el proceso laboral ¿Consagración de una potestad cautelar genérica? *Revista Ius et Praxis*, 21(2): 441-480, 2015. ISSN 0717-2877.
80. RUIZ, Bernardo. La verdad y la prueba judicial: la epistemología jurídica y las prácticas judiciales. En: PRIORI, Giovanni (coord.). La prueba en el proceso. Lima, Perú, Palestra Editores, 2018. pp. 85-116.
81. TARUFFO, Michele. La prueba. Trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer. Madrid, España, Marcial Pons, 2008. ISBN: 52599-2008.

82. TARUFFO, Michele. La prueba, artículos y conferencias. Santiago, Chile, Editorial Metropolitana. 2009. ISBN: 9789562860956.
83. TARUFFO, Michelle. Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. ISBN: 9786077081791.
84. TARUFFO, Michele. Verdad y prueba en el proceso. En: PRIORI, Giovanni (coord.). La prueba en el proceso. Lima, Perú, Palestra Editores, 2018. pp. 13-23.
85. TOSCANO, Fredy. El derecho fundamental a la prueba en Colombia. En: PRIORI, Giovanni (coord.). La prueba en el proceso. Lima, Perú, Palestra Editores, 2018. pp. 55-65.
86. TRENTO, Simone. Algunos criterios para reformar los estándares de prueba en el proceso judicial. En: PÁEZ, Andrés (coord.). Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica. Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía, Ediciones Uniandes, 2015. pp. 167-182.
87. VALENZUELA, Jonatan. Sobre la prueba cautelar: decisiones provisionales y actividad probatoria en el proceso penal. En su: Hechos, pena y proceso. Santiago, Chile, Rubicón Editores, 2017. pp. 69-84.

### **JURISPRUDENCIA CITADA**

1. ICA Temuco, Burcher Moller con Moller Riquelme, Rol N°96-2007, 30 de enero de 2008, Legal Publishing: 38319.
2. ICA Valdivia, Pérez con Alarcón, Rol N°4081-2015, 11 de marzo de 2016.
3. SCS, Rol N°2575-2008, 22 de mayo de 2008.
4. STC, Rol N°699, 14 de septiembre de 2006.
5. STC, Rol N°1518, 23 de octubre de 2009.
6. STC, Rol N°1535, 12 de noviembre de 2009.
7. STC, Rol N°1411, 7 de septiembre de 2010.