



PERICULUM IN MORA Y FUMUS BONI IURIS EN EL DERECHO DE FAMILIA

**Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al Grado de Magíster en
Derecho de Familias, Infancia y Adolescencia**

Alumna: Daniela Alegría Campos

Profesor guía: Jesús Ezurmendia Álvarez

Santiago, Chile

2022

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	7
1.1 Características que informan las medida cautelares	8
1.1.1 La Provisionalidad	9
1.1.2 La Instrumentalidad	10
1.2 Presupuestos de aplicabilidad	12
1.2.1 Verosimilitud del derecho invocado o <i>Fumus bonis iuris</i>	12
1.2.2 Peligro en la demora o <i>Periculum in mora</i>	16
1.2.3 Caución	18
CAPÍTULO II: PROCEDIMIENTO DE FAMILIA Y POTESTAD CAUTELAR DEL JUEZ DE FAMILIA	21
2.1 Relación entre tutela efectiva y medidas cautelares	25
2.1.1 Derecho al contradictorio	27
2.1.2 Análisis artículo 22 de la LTF	28
2.1.3 Análisis artículo 71 LTF	32
2.1.4 Procedimiento especial de Violencia Intrafamiliar.	34
CAPÍTULO III: MEDIDAS CAUTELARES DE LOS JUECES DE FAMILIA, CRITERIOS DE PELIGRO EN LA DEMORA Y HUMO DEL BUEN DERECHO	37
3.1 Ámbito de aplicación de las medidas cautelares en el Procedimiento Ordinario	37
3.1.1 <i>Periculum in mora</i>	37
3.1.2 <i>Fumus boni iuris</i>	43

CAPÍTULO IV: ALGUNOS PROBLEMAS RELATIVOS AL <i>FUMUS BONI IURIS</i>	
Y <i>PERICULUM IN MORA</i> EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA	47
4.1 En cuanto a los Alimentos provisorios	47
4.2 En cuanto a Medidas de protección	48
4.3 En cuanto a la improcedencia de calificar habitualidad de un maltrato habitual solo con la declaración de la supuesta víctima. Improcedencia de adoptar medidas cautelares ..	49
CONCLUSIONES	51
BIBLIOGRAFÍA	54

INTRODUCCIÓN

Dada la imperiosa necesidad de rapidez en la obtención de una resolución que resuelva los efectos de una crisis en materia familiar, el proceso declarativo sería insuficiente por sí mismo, precisamente por su duración, que podría perfectamente durar años, de manera que para solucionar situaciones de necesidad urgente e inmediata, que de no resolverse rápidamente pudiera provocar daño o una desprotección en la familia, se verifica un sistema de protección provisional, que ha tenido una posición destacada en el proceso.

Ante una situación de esta índole, el ordenamiento jurídico vigente permite la utilización de distintos instrumentos jurídicos de diversa naturaleza y alcance, cuya elección depende de las características de la relación familiar de que se trate, la causa de desequilibrio que la haya afectado y la necesidad producida.

El legislador ha establecido como respuesta a la necesaria intervención dirigida a la protección de la familia, diversas formas de tutela jurídica para estas situaciones de conflicto, por lo que se requiere de un instrumento adecuado de protección y garantía, el que se sustancie en plazos razonables. Pero en materia familiar, no solo se necesita celeridad para decretar medidas cautelares, sino que oportunidad, para que los resultados del proceso se puedan ejecutar.

Existen ciertas características que comparten todas las medidas cautelares. Existiendo ciertas exigencias, de cuyo cumplimiento dependerá el otorgamiento de tales medidas. Estos son, los requisitos de *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, los que son considerados como presupuestos de procedencia.

Tanto el *fumus boni iuris* como el *periculum in mora* corresponden a elementos de la pretensión de tutela que deben ser alegados, fundamentados y acreditados por el solicitante. No basta, para ello, con su sola mención formal en la solicitud cautelar, sino que sus componentes fácticos deben ser acreditados, desde que constituyen hechos controvertidos, sin importar si la medida cautelar se solicita o no previa audiencia del afectado.

En cuanto al *Fumus boni iuris* debe existir a lo menos una presunción grave del derecho que se reclama., sin cuyo cumplimiento, no existe posibilidad que se acoja la pretensión del solicitante. El análisis de este requisito lleva necesariamente a juzgar *prima facie* la pretensión principal de la demanda o los atisbos de derecho de una futura demanda, y efectuar un juicio de probabilidad.

Creemos que se cumple el requisito del *fumus boni iuris*, con la debida acreditación de los elementos a partir de los cuales pueda, al menos, construirse una presunción de la existencia del derecho que se reclama.

En relación al *Periculum in mora* o peligro o perjuicio inminente que justifique suspender los efectos del acto impugnado antes de pronunciarse la sentencia, existen distintos riesgos que pueden amenazar el cumplimiento efectivo de una sentencia definitiva favorable al demandante. Estos riesgos pueden tener su origen en el sólo transcurso del tiempo, que puede ocasionar que una determinada situación jurídica avance hasta consolidarse o bien, la ineptitud de la pretensión de la demanda. También pueden originarse por una conducta del demandado (intencional o no) que genere, por efecto, la ineficacia de la sentencia desfavorable.

El presente trabajo, en el primer capítulo, plantea la hipótesis sobre la procedencia de las medidas cautelares en el derecho de familia. Para buscar una respuesta y adoptar una posición al respecto, se decidió iniciar el presente estudio académico estableciendo los fundamentos de estas, para así determinar las características y los presupuestos de aplicabilidad de las mismas.

Luego, en el segundo capítulo, se analizará la potestad cautelar del juez de familia dentro del marco jurídico que actualmente se encuentra vigente y en ese sentido se podrá vislumbrar una serie de trabas en la práctica procesal existente entre las potestades cautelares del Juez de Familia y los principios jurídicos que rigen la Ley N°19.968¹, que dice relación con el interés superior del niño, niña o adolescente y con el debido proceso. Estableciéndose el rol del juez, para así explicar la relación existente entre potestad cautelar y medida cautelar dentro del ordenamiento jurídico familiar, dando cabida a la

¹ En adelante LTF.

potestad cautelar del artículo 22 de LTF y sus características como tal, así como la regla relativa a actos de Violencia Intrafamiliar Ley N° 20.066² y la especial tutela establecida en la Ley N° 14.908³ relativa a los alimentos provisorios. Además, el art. 22 de la LTF sirve como fundamento de una potestad cautelar genérica el cual trae una serie de inconvenientes que se verán en el presente trabajo. Ahora bien, hay que tener presente que las medidas cautelares pueden ser de diverso tipo, surgiendo así las cautelas nominadas e innominadas, las tutelas conservativas e innovativas, la tutela anticipada, todas ellas sustentadas en la base del peligro en la demora y la verosimilitud del derecho.

En el tercer capítulo, se realiza un análisis de la doctrina y jurisprudencia más relevante sobre las medidas cautelares, para así poder determinar si el *Periculum in mora* y el *Fumus boni iuris* tienen aplicación práctica en los tribunales de familia, en el cual se estudiará el ámbito de aplicación de las medidas cautelares en el procedimiento ordinario y especial.

Es así como en el cuarto capítulo, veremos algunos problemas relativos al *Fumus boni iuris* y *Periculum in mora* en el procedimiento de familia, y si al momento de adoptarse dichas medidas, se identificaron los requisitos generales de las mismas.

Las relaciones de familia son de carácter privado pero con marcado interés público; 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 indefensa, y supliendo así las deficiencias que puedan emanar de determinadas conductas procesales⁴. 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 niños, niñas y adolescentes así como mujeres, cuestión que analizaremos en el presente trabajo.

² En adelante LVIF.

³ En adelante LPA.

⁴ HERNÁNDEZ, (2017) p.p 40-53.

CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Si bien existen distintas definiciones de lo que podríamos entender sobre las medidas cautelares, la planteada por PIERO CALAMANDREI, es bastante asertiva, en este, conceptualiza las medidas cautelares como "anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma"⁵.

La doctrina ha identificado clásicamente a la verosimilitud como el primer de los presupuestos materiales de estas medidas. Tradicionalmente, el llamado *Fumus Boni Iuris*, consiste en la valoración de los indicios, elementos o circunstancias que sustenta la fundamentación de la pretensión principal, dotándola de una apariencia probable de legitimidad, apariencia que es la única capaz de justificar su existencia⁶.

El carácter esencial de la "verosimilitud del derecho", o "*Fumus boni iuris*" es la apariencia del buen derecho, apariencia de ser verdadero o apreciación del buen derecho⁷.

El interés específico que justifica la existencia de cualquier medida cautelar, es aquel necesario para obtener del órgano jurisdiccional la obtención de una medida cautelar. En doctrina se le denomina *periculum in mora*, pues se trata del presupuesto que sustenta el dictado de la medida⁸. Está referida a la amenaza de que el proceso principal se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su fundamento es el solo transcurso del tiempo, constituye de por sí, un estado de amenaza que merece tutela especial⁹.

En ese sentido, partimos de la base que las medidas cautelares son solicitadas y decretadas con la finalidad de asegurar los efectos de la sentencia definitiva debido a la lentitud del proceso, fundamentándose muchas veces en el *periculum in mora*, pero debemos tener claridad, que en ciertas situaciones la razón de estas medidas cautelares no radica

⁵ CALAMANDREI. (1996) p. 43.

⁶ GARBERÍ; TORRES Y CASERO LINARES (2004) p. 48.

⁷ PRIORI (2006), pp 73-74.

⁸ MONROY (2002) p.176.

⁹ Ibid.

exclusivamente en el peligro en la demora sino en el daño en concreto que se puede generar a una determinada persona, cosa o situación¹⁰.

En nuestro ordenamiento procesal civil, las medidas cautelares las encontramos reguladas en el Título V, del libro II del Código de Procedimiento Civil¹¹, precisamente en los artículos 290 y siguientes, desprendiéndose en dicho cuerpo legal las principales características y principios que la informan. Además, sus disposiciones son de aplicación subsidiaria respecto de los demás procedimientos que no contienen una reglamentación especial diferente. Ahora bien, el art. 300 del CPC nos indica que las medidas del título V, “*no excluyen las demás que autorizan las leyes*”, de manera que podemos desprender que en el ordenamiento jurídico actual, existen diversas medidas cautelares no necesariamente contempladas en el aludido título V. Asimismo, en el título IV, del libro II del CPC, se encuentran las medidas prejudiciales precautorias; esto es, medidas que se solicitan antes de que exista una pretensión formal en contra del demandado.

Ahora, debemos precisar que el CPC no es el único cuerpo normativo donde encontramos medidas cautelares, puesto que también están contenidas en leyes especiales ya sea en materia laboral, propiedad industrial, medio ambiente, tributario y familiar; siendo este último, el que abordaremos en el presente trabajo.

1.1 Características que informan las medida cautelares

CALAMANDREI, intento establecer cuáles eran los caracteres diferenciales en virtud de los cuales las resoluciones cautelares se distinguían de las jurisdiccionales, y si bien existen distintas posturas referentes a dichos caracteres, prima la idea de que los elementos de estas medidas son la provisionalidad¹² y la instrumentalidad¹³. Sin embargo, existen otros autores que piensan distinto; así HERNÁNDEZ¹⁴, por su parte, señala como características de las medidas cautelares la instrumentalidad, provisionalidad, proporcionalidad, flexibilidad, el que sean infinitas y acumulables¹⁵. Sin embargo, en el

¹⁰ Ibid.

¹¹ En adelante CPC.

¹² CALAMANDREI (1996) p.33

¹³ Ibid.

¹⁴ HERNÁNDEZ (2017) p. 152.

¹⁵ Ibid.

presente trabajo serán analizados dos caracteres que han sido adoptados por gran parte de la doctrina nacional y comparada como elementos integrales de la tutela cautelar¹⁶.

1.1.1 La Provisionalidad

Siguiendo el criterio de CALAMANDREI, quien nos indica que “La providencia cautelar es provisoria en su naturaleza y no aspira jamás a convertirse en definitiva”¹⁷. Creemos que este carácter atiende a la necesidad de satisfacer de manera inmediata el aseguramiento de un resultado futuro, pudiendo modificarse o suprimirse si cambian las circunstancias dadas al tiempo en que se decretaron, aun cuando se halle preclusa la oportunidad procesal para impugnarla¹⁸. En efecto, si la sentencia acoge la demanda, esta decisión reemplaza o en ocasiones modifica la resolución que ha ordenado la medida cautelar. Si por el contrario, la sentencia desestima la pretensión deducida, la medida cautelar se extingue *ipso iure*¹⁹.

Es así, que la vigencia de estas medidas se prolonga como máximo hasta la ejecución completa de la resolución cuyo resultado se ha querido asegurar. Es decir, las medidas cautelares están a la espera a que en el proceso se dicte sentencia definitiva y una vez que se encuentre firme lograría su propósito cesando así sus efectos²⁰.

El art. 301 del CPC dispone “*Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes*”. Ergo, pueden ser modificados en cualquier momento, cuando las circunstancias que se tuvieron en vista para regularlos hayan cesado o variado.

Podemos apreciar, que la provisionalidad antes mencionada está dada, principalmente, porque estas medidas cautelares pueden ser dejadas sin efecto durante la tramitación del proceso, siempre y cuando cambien las circunstancias que se tuvieron a la vista al momento de decretarse, pero este, no es el único fundamento del porque son provisionales

¹⁶ MARÍN. (2016) p.284.

¹⁷ CALAMANDREI (1996) p.33

¹⁸ Ibid.

¹⁹ MARTÍNEZ. (2019) p. 80.

²⁰ MARÍN (2016) p 286.

las medidas cautelares, puesto que además estas dejarán de surtir efecto una vez que se encuentre firme y ejecutoria la resolución que pone fin el proceso²¹.

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.

1.1.2 La Instrumentalidad

Respecto a este segundo elemento característico de las medidas cautelares, CALAMANDREI precisa qué es lo que se entiende por instrumentalidad expresando que las medidas cautelares nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que siempre están sujetas a otra providencia cuyos resultados aseguran internamente²².

El carácter instrumental de una medida cautelar radica en que éstas no tienen razón de ser en sí, es decir, su existencia no solo se reduce a la esencia de las mismas, ya que no cuenta con sustantividad propia y solo se pueden justificar por la existencia de un proceso principal, el mismo que busca la eficacia de la futura sentencia a través de las medidas cautelares²³.

Por cuanto estas medidas no constituyen un fin en sí mismas, sino que son instrumentos orientados a la consecución de fines de carácter procesal. El principio de instrumentalidad, está orientado a la consecución de fines de carácter procesal²⁴. Es así, que el art. 290 del CPC²⁵, establece que las medidas cautelares están destinadas a asegurar el resultado de la acción, concluyéndose un vínculo instrumental entre la resolución cautelar y el proceso

²¹ Ibid.

²² CALAMANDREI. (1996) p.44

²³ Ibid.

²⁴ HORVITZ (2005) p.352

²⁵ Art. 290 CPC: Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas:

1a. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;

2a. El nombramiento de uno o más interventores;

3a. La retención de bienes determinados; y

4a. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

principal y desde entonces, se viene concibiendo la tutela cautelar como una forma de tutela instrumental, ya que las medidas cautelares nunca se justifican por sí mismas.

Como veremos con posterioridad, el carácter instrumental de las medidas cautelares se relaciona directamente con el *Periculum in mora*, puesto que se espera que mediante el ejercicio de la medida se asegure el resultado de la acción que se entabla, es decir, que no sea ilusorio el resultado esperado al formular la solicitud a la autoridad jurisdiccional²⁶.

Es así, que el carácter provisional es una consecuencia de la instrumentalidad o accesoriedad que tienen las medidas cautelares respecto del proceso en el cual se conceden; con ellas, solo se trata de asegurar la ejecución de la sentencia que reconozca el derecho del actor. Este rasgo consagrado expresamente en el artículo 301 CPC el cual dispone:

“Todas estas medidas son esencialmente provisionales, en consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen las cauciones suficientes”.

Por lo tanto, este carácter instrumental de las medidas cautelares lleva necesariamente a que se extingan cuando se pronuncia la providencia principal y ésta desarrolle su eficacia ejecutiva.

Siguiendo a GRIEF, quien definió el proceso cautelar “como aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”²⁷, por lo que las medidas cautelares lo que buscan es asegurar un resultado, para evitar dejar al actor en estado de indefensión respecto a su pretensión. Nuestra actual legislación, no solo se preocupa de tutelar el interés una vez que el daño se ha consumado y debe repararse, sino que también incorpora esta protección para cuando el daño es inminente o existe peligro o riesgo fundado de que este pudiera producirse. Por lo tanto, establece la posibilidad de adoptar medidas cautelares conservativas o innovativas.

²⁶ MARIN (2016) p 293.

²⁷ GRIEF (2002) p. 499.

1.2 Presupuestos de aplicabilidad

La doctrina nacional e internacional, han identificado ciertos requisitos generales sin los cuales la interposición de una medida cautelar no se hace admisible y aplicable. Estos requisitos generales de aplicabilidad son conocidos como “*Fumus Boni Iuris*” o apariencia de buen derecho, el “*Periculum In Mora*” o peligro en la demora, y, por último, la exigencia de contracautela o “*caución*”. El fundamento de la dictación de las medidas cautelares es esencialmente el *periculum in mora*, o el peligro del daño jurídico que puede derivar del retardo en la dictación de la sentencia definitiva²⁸.

1.2.1 Verosimilitud del derecho invocado o *Fumus Bonis Iuris*

En latín este concepto de verosimilitud fue tratado con el término de humo de buen derecho o *fumus bonis iuris*. En este contexto, el solicitante de la respectiva medida cautelar siempre deberá acreditar que existe un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que se dicte reconozca oportunamente el derecho en el que se funda su pretensión²⁹.

Para conceder una medida cautelar, deben existir indicios a partir de los cuales se puede deducir una presunción grave de los derechos que se reclama, sin cuyo cumplimiento, no existe posibilidad que se acoja la pretensión del solicitante³⁰.

Es así, que se cumple el requisito del *Fumus boni iuris*³¹ con la debida acreditación de los elementos a partir de los cuales pueda, al menos, construirse una presunción de la existencia del derecho que se reclama. No basta, entonces, que el solicitante de una medida cautelar haga valer y justifique argumentalmente su pretensión, sino que ésta debe tener una apariencia o verosimilitud, de manera que exista una probabilidad de que la sentencia definitiva le sea favorable cautelar y solo se concederá si aparece como jurídicamente aceptable la posición del solicitante, y esto ocurre cuando el tribunal considera que el

²⁸ MARÍN. (2016) p 318.

²⁹ HERNÁNDEZ. (2017) p 135.

³⁰ MARÍN. (2016) p 321.

³¹ HORVITZ (2005) p.355.

derecho en que se funda la pretensión puede razonablemente ser reconocido en la sentencia definitiva³².

Este presupuesto nos indica que no se exige un examen exhaustivo de certeza sobre si existe fehacientemente el derecho contenido en la pretensión principal, sino que solo se solicita la existencia de verosimilitud del derecho requerido, lo que implica la realización de un juicio de probabilidad a favor del actor en relación al derecho que invoca en el proceso principal³³.

Es claro, entonces, que la verosimilitud no exige comprobación de certeza, sino solamente de humo de derecho, teniendo esta como finalidad asegurar la eficacia de la sentencia que vaya a dictarse sobre el fondo del asunto. Es así que PEREIRA señala que se exige al actor la aportación de comprobantes que hagan presumible el derecho cuya declaración se pretende, la cual debe ser grave, es decir de una entidad como para producir convicción sobre la existencia de un muy probable derecho que haya de ser reconocido en la sentencia final³⁴.

El presupuesto del *fumus boni iuris* aparece reconocido en el artículo 298 CPC. En efecto, señala el referido precepto que para decretar dichas medidas “*deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama*”. Es decir, no exige una plena prueba sino un grado inferior, cual es, una presunción grave del derecho reclamado; así es necesario al menos la existencia de ese derecho que se afirma aparezca como que es posible.

En relación con la forma de acreditar la presunción grave del derecho reclamado, hay consenso en la doctrina chilena que la palabra “comprobantes”, que emplea el art. 298 del CPC, no solo se refiere a documentos sino a cualquier otro medio de prueba³⁵, Por lo tanto, la verosimilitud exigida por la ley puede ser acreditada por cualquier medio de prueba y su valoración la determinará el juez.

³² OLIVEIRA (2008) pp. 125 -126

³³ MONROY (2002) p.173.

³⁴ PEREIRA. (1993) p. 86.

³⁵ MARÍN. (2016) p. 332.

Para otorgar una medida de este tipo, no se requiere que el juez llegue a la convicción que se necesita al momento de dictar sentencia definitiva, de manera que lo exigido no es certeza de un derecho, sino apariencia para el otorgamiento de una medida cautelar. Lo anterior, se puede desprender del carácter instrumental de estas, ya que su examen de certeza es distinto al que puede tener la sentencia definitiva que pone fin al proceso y consecuentemente a la medida cautelar³⁶.

Sin embargo, en virtud del art. 299 del CPC dispone al efecto:

“En los casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este título, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes, exigiendo caución para responder por los perjuicios que resulten. Las medidas así decretadas quedaran de hecho canceladas si no se renuevan en conformidad al art. 280”.

En este caso, el actor debe acreditar el motivo por el cual carece de dichos comprobantes y demostrar la gravedad y urgencia en pedir las medidas, puesto que si no lo hace el tribunal podrá rechazar la petición.

En caso de que el tribunal otorgue las medidas bajo estas hipótesis, el actor en virtud del art. 299 del CPC deberá acompañar los comprobantes en un plazo que no puede exceder de los diez días, por lo que si éste no acompaña los referidos comprobantes en aquel plazo o en caso de que los acompañe el tribunal estima que no constituyen una presunción grave del derecho reclamado, estas medidas caducaran inmediatamente³⁷, por lo que el actor deberá justificar por qué razón carece de dichos comprobantes y cuál es la gravedad y urgencia en solicitar dichas medidas.

Es importante tener claridad que la resolución que da lugar a una medida cautelar, no debe influir o prejuzgar la posible decisión del proceso principal, puesto que en la práctica, eventualmente podría haber una confusión respecto a la certeza cuando se dicta sentencia y la apariencia o probabilidad al decidir sobre la adopción de medidas cautelares, en estos

³⁶ MATURANA. (2017) p. 137.

³⁷ MARÍN. (2016) p.334.

procesos el trámite es esencialmente sumario y por lo tanto las resoluciones en el tomadas son el resultado, no de un proceso amplio de cognición, donde se proveen los mecanismos necesarios para la consecución de certeza, sino de un proceso abreviado que no requiere necesariamente la participación de la parte contra la cual se dictan³⁸.

En virtud de que las medidas cautelares se otorgan en un marco breve, en el cual no es posible un conocimiento exhaustivo de la causa, exige acreditar un alto grado de probabilidad entendida como posibilidad razonable de que se reconozca en la sentencia definitiva la certeza de la verdad del derecho o pretensión deducida en el marco del juicio, no exigiéndose la demostración de una plena prueba, ni la demostración concluyente de ese derecho, sino la sola acreditación *prima face* del mismo³⁹. Por lo tanto, “no puede confundirse el peligro del daño jurídico que se resolverá en la sentencia que ponga fin al proceso con el peligro derivado de la demora”, puesto que son situaciones jurídicas distintas⁴⁰.

Si bien sabemos que las medidas cautelares pueden modificarse o suprimirse si cambian las circunstancias tenidas a la vista al momento de decretarse, debemos tener claridad que estas no producen cosa juzgada. En efecto, la medida cautelar ya decretada, puede incluso ser revisada *a posteriori* debido al carácter temporal de las medidas cautelares, conforme al cual la terminación de estas se sujeta a un límite absoluto, constituido por un plazo⁴¹.

Se hace necesario precisar que las medidas cautelares no solo podrían extinguirse por el pronunciamiento de una sentencia, sino además cuando termina por cualquiera de los modos anormales previstos en el derecho procesal, por ejemplo por transacción, desistimiento, allanamiento.

³⁸ MARTÍNEZ (2019) p.79.

³⁹ Ibid. p. 44.

⁴⁰ MONROY (2002) p.176.

⁴¹ HORVITZ (2005) p.353.

1.2.2 Peligro en la demora o *Periculum in mora*

En relación a este presupuesto, es decir, el peligro jurídico derivado del retardo en la dictación de la sentencia definitiva que se pronuncia sobre la pretensión del actor, tiene diversas manifestaciones, pudiendo no solo derivar de la duración del proceso, sino también de conductas, hechos o actos que dificulten o impidan la realización y cumplimiento de la pretensión del actor.

De conformidad con los artículos 291 al 296 CPC, consistirá por tanto, al “*temor de pérdida de la cosa*”; “*temor de deterioro de la cosa*”; “*motivo racional para creer que [el demandado] procurará ocultar sus bienes*”; “*temor que los derechos del demandante queden burlados*” o bien, “*que las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía*”.

Lo anterior, se debe principalmente al retardo de la administración de justicia, siendo este requisito el fundamento en que descansan las medidas cautelares, estimándose que el peligro en la demora está incorporado por la duración de los procesos para evitar un eventual daño a los derechos de las partes o intervinientes que se encuentran en un estado de debilidad fáctica o vulnerabilidad frente a otras personas o la sociedad, y en ese sentido encontramos, por ejemplo, a los niños, cónyuge débil, adulto mayor, entre otros⁴². Por lo que los elementos esenciales del *periculum in mora* sería la demora en la obtención de la sentencia definitiva y el eventual daño que se podría producir por la dilación o retraso de la causa⁴³.

La medida cautelar para ser concedida, requiere la existencia de un peligro inminente de daño jurídico. Por lo que en caso de acogerse, debe ser expedida sin demora ya que en caso contrario perdería la finalidad de estas.

CALAMANDREI, distingue dos tipos de *periculum in mora*: peligro de infructuosidad y peligro de la tardanza de la providencia principal. Ambas manifestaciones del peligro en la demora conforman una unidad⁴⁴. El primero alude a una urgente necesidad de asegurar de

⁴² HUNTER. (2012) p 66.

⁴³ MATURANA (2017). p. 139.

⁴⁴ CALAMANDREI (1996) p. 71.

manera preventiva la eficacia de la sentencia final. No obstante, el segundo está referido a la aceleración en vía provisoria de la satisfacción del derecho⁴⁵.

En cuanto al peligro de infructuosidad está constituido por la temida desaparición de los bienes para la ejecución de la sentencia definitiva, en este caso, el *periculum in mora* se convierte en un presupuesto que el actor deberá acreditar para que el juez acceda a decretarla, alude este peligro a una urgente necesidad de asegurar, de manera preventiva la eficacia de la sentencia definitiva⁴⁶. No obstante, hay casos en que el legislador es menos estricto al momento de configurar el peligro de infructuosidad, llegando en algunos casos a presumirlo, Así por ejemplo, en situaciones que se producen con la retención de bienes que son materia del juicio.

En ese sentido, el Artículo 295 inc. 1 del CPC dispone al efecto:

Artículo 295 inc. 1 CPC: La retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero, con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y en los demás casos determinados por la ley.

En relación al peligro en la tardanza, dice relación con la demora en satisfacer las pretensiones del demandante. En estos casos, no se exige que el actor pruebe el peligro que la medida pretende evitar.

Excepcionalmente, el legislador contempla dos casos en que se pueden decretar estas medidas, sin necesidad de probar la existencia del *periculum in mora*, sino que basta con el *fumus boni iuris*; en primer lugar la retención de dineros o cosas muebles que sean objeto del juicio (artículo 295 CPC) y en segundo lugar, la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes que son objeto del juicio, cuando la acción deducida fuere real (artículo 296 CPC).

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ ACOSTA. (2016) p.13.

1.2.3 Caución

Si bien entendemos que el fundamento de las medidas cautelares es intentar evitar los perjuicios que pueden producirse en el actor a causa del transcurso del tiempo que conlleva el proceso, eventualmente dicho conflicto podría finalizar con una sentencia favorable al actor, en el cual se reconoce que su pretensión estaba respaldada por un derecho cierto.

Ahora, la sentencia definitiva también puede favorecer eventualmente al demandado de la relación procesal, quien también debe tener garantías, ya que tanto el actor y el sujeto pasivo deben estar en igualdad de condiciones⁴⁷.

En virtud del art. 298 del CPC, se puede concluir que la caución no constituye un tercer presupuesto necesario para conceder las medidas cautelares, puesto que dispone dicha norma lo siguiente:

“Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. 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”.

Es decir, por regla general, el juez al momento de decretar una medida cautelar de aquellas expresamente autorizadas por ley, solo debe analizar el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* como únicos presupuestos para su concesión, sin embargo, tratándose de otras de creación jurisprudencial, la caución sería facultativa.

Sin embargo, de forma excepcional dentro del CPC son dos los casos en que el tribunal está obligado a exigir caución para decretar dichas medidas, estableciéndose la caución como presupuesto necesario para conceder una medida cautelar, ocurriendo en dos

⁴⁷ MARÍN. (2016) p.335

situaciones; cuando la caución funcionaría como un reemplazo de uno de los requisitos de concesión de la medida y la segunda, como presupuesto independiente de los demás⁴⁸.

Es así que el art. 299 del CPC, permite que en casos graves y urgentes se concedan las medidas solicitadas, aun cuando falten los comprobantes que constituyen la presunción grave del derecho reclamado, quedando obligado el actor a acompañar dichos comprobantes dentro de aquel plazo. Mientras se acompañan dichos comprobantes, se exigirá caución para responder de los perjuicios que se pudieren producir⁴⁹. Además, se exigirá caución obligatoria según el art. 279 N°2 del CPC, cuando el futuro demandante solicita una medida prejudicial precautoria.

En este caso la caución funciona como un reemplazo del *fumus* de forma temporal, al permitir dicha norma que en casos graves y urgentes se podrán conceder las medidas solicitadas, aun cuando falten los respectivos comprobantes que constituyen la presunción grave del derecho reclamado⁵⁰. Como se explicó anteriormente, se hace necesario que el actor acompañe los comprobantes requeridos dentro del plazo establecido, por lo que una vez que ocurre esta situación, el juez deberá decidir si los comprobantes constituyen o no una presunción grave del derecho reclamado. En caso afirmativo, el juez deberá renovar o conceder la medida, caso contrario alzarlas.

Como mencionamos recientemente, en virtud del art. 279 del CPC podemos apreciar la otra excepción⁵¹. En este caso, antes de que exista el juicio puede el futuro actor solicitar la concesión de algunas medidas reguladas en el art. 290 y ss. del CPC, requiriendo para ello, “*rendir fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan*”. En este caso en particular, la caución aparece de forma independiente de los otros presupuestos de las medidas, me refiero precisamente al *periculum in mora* que se encuentra en los motivos graves y calificados y el *fumus bonis iuris* según lo señalado en el art. 287 del CPC, concurriendo

⁴⁸ Ibid. p. 338

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ HERNANDEZ (2017). p. 146.

⁵¹ *Ibíd.*

como un tercer presupuesto en el otorgamiento de la medida precautoria, no siendo en este caso, facultativo para el juez su exigencia.

Si bien el art. 299 y el art. 279 del CPC en ambas disposiciones exigen la constitución de una garantía para responder de los daños y perjuicios que la concesión de la medida pudiese producir, puesto que la idea es poder asegurar la indemnización de los perjuicios que pudiese ocasionarse. Al no existir norma expresa que determine como fijar el monto de la caución, podría servir de base al momento de tasarse esta, analizar los presupuestos de concesión de la medida, es decir el *fumus*, acompañando comprobantes que reflejan con claridad la existencia de una deuda.

CAPÍTULO II: PROCEDIMIENTO DE FAMILIA Y POTESTAD CAUTELAR DEL JUEZ DE FAMILIA

Los jueces en la actualidad tienen un rol mucho más activo y preponderante en el proceso de familia, siendo la oficialidad un principio reconocido expresamente en el art. 13 de la LTF.

La familia se enmarca dentro de nuestro ordenamiento constitucional, siendo considerada el núcleo fundamental de la sociedad, según lo prescribe el art. 1 de la Constitución Política de la República⁵², y reconocida por los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, así como La Convención sobre Protección de los Derechos del niño⁵³ y Cooperación en materia de Adopción Internacional⁵⁴, La Convención Interamericana sobre conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores⁵⁵, La Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niño⁵⁶, La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁵⁷, Convención Interamericana para Prevenir,

⁵² En adelante CPR.

⁵³ Art. 8: Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas

⁵⁴ Art 30: Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia.

⁵⁵ Art 1: La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte

⁵⁶ Art. 1 La presente Convención tiene por objeto:

- a) asegurar el inmediato regreso de los niños trasladados a, o retenidos ilícitamente en cualquier Estado Contrante;
- b) hacer respetar efectivamente en los demás Estados Contratantes los derechos de tuición y de visita existentes en un Estado Contratante.

⁵⁷ Art 16: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer⁵⁸, La Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁹, La Convención Americana Derechos Humanos⁶⁰, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶¹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁶².

h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

⁵⁸ Art. 2 : Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra

⁵⁹ Art. 16: 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado

⁶⁰ Art 17: Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo

⁶¹ Art. 23:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

⁶² Art 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o

Nuestra Carta Fundamental, no solo reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, sino que dispone normas relativas a la protección de la familia. En efecto el inciso 5 del mismo artículo 1 de la CPR expresa:

“Es deber del estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta”

Pudiendo concluirse que la forma de resguardar la familia es por medio de la LTF garantizando el estado la protección integral de la familia, otorgándosele al juez un rol oficioso y activo para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento.

Es deber de los jueces ejercer la potestad cautelar para que en todos aquellos conflictos de relevancia puedan encontrar la solución adecuada, ello atendida la expropiación que ha hecho la ley de la resolución de pleitos de relevancia jurídica, más no debemos olvidar que lo expropiado es la solución y no el conflicto mismo⁶³.

Como hemos expresado, estos procesos por lo general son de carácter prolongado en el tiempo, sobre todo en materia de cumplimiento, puesto que una vez concluido las partes o intervinientes seguirán manteniendo una relación de familia. Este rol diferenciador hace que los procesos familiares sean más conflictivos, por lo que el papel del Estado es fundamental, debiendo en muchos casos dictar medidas cautelares con el propósito de proteger a la familia y evitar así nuevos procesos judiciales.

Siguiendo a EZURMENDIA⁶⁴, estos problemas muchas veces se ven, aún más reflejados, especialmente en aquellos relacionados con el rol del juez en materia de exclusión de prueba entre familiares, así como la proyección de prejuicios o estereotipos del propio sentenciador respecto a sus propias creencias en la valoración a través de la construcción de máximas de la experiencia⁶⁵.

Es así, como la LTF otorga al juez herramientas procesalmente oficiosas con el fin de evitar todo tipo de desigualdades en el proceso, como es el caso de las medidas de

se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

⁶³ DUQUE. (2017) p. 105

⁶⁴ EZURMENDIA, (2020) p. 104

⁶⁵ *Ibíd.*

protección de niños, niñas y adolescentes⁶⁶, o la posibilidad de decretar medidas cautelares generales conforme a la potestad cautelar que puede ejercitar de oficio⁶⁷, pudiendo además el juez decretar pruebas de oficio⁶⁸ y establecer deberes como velar por la representación de los niños, niñas y adolescentes para velar por su correcta protección⁶⁹.

⁶⁶ Art. 71 LTF: Medidas cautelares especiales. En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, 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, el juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

- a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;
- b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;
- c) El ingreso 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;
- d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;
- e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;
- f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;
- g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurren al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.
- h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e
- i) i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.

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

La resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma.

Para el cumplimiento de las medidas decretadas, el juez podrá requerir el auxilio de Carabineros de Chile.

Cuando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento, el juez fijará desde luego la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria, para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida.

En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días.

⁶⁷ Art. 22 inc. 1 LTF: Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

⁶⁸ Art. 29 inc. 3 LTF: El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate.

⁶⁹ Art. 19 inc. 1 LTF: Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

2 Relación entre tutela efectiva y medidas cautelares

La tutela efectiva requiere de un instrumento adecuado de protección y garantía, el que se sustancie en plazos razonables, pero en materia familiar no solo necesita celeridad para decretar medidas cautelares, sino que oportunidad, para que los resultados del proceso se puedan ejecutar⁷⁰. Así, la tutela de los derechos exige que estos puedan ser amparados, y para ello el ordenamiento jurídico debe procurar asistir con los instrumentos adecuados para que la solución contenida en la sentencia pueda cumplirse, siendo el ejercicio de la potestad cautelar el avío adecuado para ello⁷¹.

En materia de familia, la cautela respecto de bienes materiales existe, y resulta fundamental en casos como las pensiones de alimentos, en los que se busca evitar la disposición de bienes del alimentante ya que podría ser la única forma de asegurar el pago. Incluso se han generado instituciones que, pese a su carácter netamente precautorio, han adoptado la categoría de acción autónoma, como en el caso de la declaración de bien familiar., Así CORRAL señala “(...) se trata de una institución encaminada a la protección pública de la familia fundada en el matrimonio y que en nuestro orden constitucional es un deber del Estado”⁷².

Es así que la LTF, faculta y otorga al juez de familia una serie de potestades oficiosas. Pues en ese sentido, HUNTER señala que “esta ley contempla estas potestades oficiosas para el juez de familia que obedecen a las potestades formales y materiales.”⁷³

Estas potestades, guardan relación con un juez absolutamente garante e imparcial buscando proteger al más débil de la relación procesal y llevar adelante un debido proceso con énfasis al principio inquisitivo. Es así que el rol activo del Juez de Familia, para actuar de oficio está consagrado en gran parte por la LTF, a saber: en la actuación de oficio contemplada en el art. 13 de la misma ley, en el cual se faculta al juez adoptar todas las medidas para llevar a término el proceso con celeridad. A su vez, también se ve reflejada la potestad cautelar del juez de familia en el art. 22 de la misma ley en el cual el juez de

⁷⁰ DUQUE. (2017) p. 107.

⁷¹ Ibid.

⁷² CORRAL. (2011) P. 53

⁷³ HUNTER.(2008) p. 61

oficio puede decretar medidas cautelares no taxativas, como lo son las innovativas dentro de su potestad cautelar general⁷⁴. Así como además, en el art. 92 de la LTF que contempla medidas cautelares de protección a las víctimas, las que a través de la potestad cautelar en la que están investidos los jueces de familia, lo pueden decretar cada vez que existe una situación de riesgo contemplada en el art. 7 de la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar y además en el art. 54-2 de la LTF que contempla la posibilidad del juez de familia para poder decretar medidas cautelares al momento de recibir y admitir una demanda, denuncia, o requerimiento a tramitación.

Asimismo, en audiencia preparatoria el juez de familia, puede decretar medidas cautelares de oficio o a petición de parte según lo autoriza el art. 61 N° 3 y por último, el juez también para decretar medidas cautelares en procedimientos de Medidas de Protección en virtud del art. 71 de la citada Ley.

Las facultades del juez de familia y su rol deben estar íntimamente ligadas con los principios del procedimiento, debiendo el juez en todo momento respetar las normas del debido proceso no debiendo en ningún caso exceder los límites de éste, puesto que lo anterior se encuentra consagrado e incorporado como garantía constitucional de la legalidad del juzgamiento, contemplado en el artículo 19 número 3 inciso quinto de la CPR, al disponer lo siguiente:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Sin perjuicio, de que nuestro constituyente no determinó cuales eran las garantías específicas que conforman el derecho a un debido proceso, existe consenso en nuestra doctrina y jurisprudencia, que -a lo menos- lo constituyen: el derecho al contradictorio, el derecho a un tribunal imparcial; el derecho de ser oído y; el derecho a rendir pruebas para

⁷⁴ HERNÁNDEZ. (2014) p.23.

acreditar los hechos fundantes de las alegaciones efectuadas; y el derecho al recurso⁷⁵. Por lo cual en este trabajo solo nos centraremos en el primero.

2.1.1 Derecho al contradictorio

Ahora bien, en la LTF se destacan los principios de desformalización, el de mayor colaboración de las partes y la actuación de oficio del juzgador, siendo la decisión legislativa dotar a los jueces de importantes facultades cautelares⁷⁶.

Es así, que el artículo 22 contenido en el párrafo segundo “*De las reglas generales*”, señala expresamente lo siguiente:

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

Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71.”

La LTF, no limita el número ni las medidas que el juez de familia pueda decretar, teniendo un amplio abanico de posibilidades, esta ley además las clasifica de forma genérica. Dentro de estas medidas encontramos las medidas cautelares generales, que puede decretar el juez

⁷⁵ NÚÑEZ y CORTÉS (2012) p. 63.

⁷⁶ CORTÉS Y MATURANA (2012). p. 78

de familia dentro de cualquier procedimiento que este conociendo, siendo estas las medidas cautelares conservativas y medidas cautelares innovativas⁷⁷.

En este aspecto, se le ha conferido al juez nuevas y amplias facultades, donde es él quien determina el peligro que se pretende evitar, existiendo un reconocimiento expreso sobre la potestad cautelar genérica del juez⁷⁸. No siendo estas facultades solo de contenido patrimonial, sino que también abarcan derechos fundamentales expuestos a un daño irreparable, tales como lo son: la seguridad de la mujer y/o de Los hijos, el cuidado provisorio de los hijos a uno de los cónyuges u otras personas en caso de ser necesario⁷⁹.

2.1.2 Análisis artículo 22 de la LTF.

a) “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales (...)”

En primer lugar, podemos vislumbrar el carácter residual de la misma, puesto que las medidas cautelares que aquí se facultan, lo son sin perjuicio de otras que puedan preverse en leyes especiales ya sea en materia de violencia intrafamiliar o de pensiones de alimentos, de manera que podemos concluir, siguiendo el criterio de MARÍN⁸⁰, que esta norma tiene el rango de supletoria para no perjudicar la aplicación de normativa especial, siendo una norma complementaria de aquellas que establece la LTF.

b) “En cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio (...)”

Al remitirnos al art. 61 numero 3 de la LTF el cual señala que “*en la audiencia preparatoria, el juez de familia podrá decretar las medidas cautelares que procedan, de oficio o a petición de parte, a menos que se hubieren decretado con anterioridad, evento en el cual el tribunal resolverá si las mantiene*”. En el caso, de que estas medidas hayan sido decretadas con anterioridad a dicha audiencia, el juez deberá pronunciarse respecto a si renueva o deja sin efecto la medida cautelar decretada. Lo anterior, se debe principalmente atendido al carácter provisorio por las que están investidas las medidas cautelares.

⁷⁷ MARÍN (2016) p. 573

⁷⁸ HALABI Y SANGUINETTI (2018) p. 28

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ MARÍN. (2016). p 22.

c) “(...) el juez de oficio o a petición de parte (...)”

La decisión de ejercer la potestad cautelar pertenece exclusivamente al juez ya sea a petición de una de las partes o de oficio. Como se dijo anteriormente, el juez debe actuar con bastante prudencia puesto que el ejercicio de estas facultades podría afectar su imparcialidad, puesto que la ley le ha dado al juez de familia la facultad de decidir sobre una cautela que el mismo puede promover, sin estar sujeto a la existencia de un proceso pendiente.

d) (...) teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación (...)”

Importante es señalar, que la propia Ley es la que ha establecido siempre tener en cuenta tanto el *Periculim in mora* como el *Fumus Boni Iuris*.

En materia de familia el peligro en la demora no apunta tanto a la infructuosidad de la sentencia, sino al peligro en la tardanza⁸¹. Así por ejemplo en materia de pensión de alimentos, debido a la tardanza de la sentencia y para ello, buscando cautelar un derecho fundamental, como es el derecho a la vida, se procura que el alimentario cuente con los recursos indispensables para su subsistencia y eso se resuelve con los alimentos provisorios⁸².

En cuanto a la verosimilitud de derecho invocado, siguiendo la idea de CALAMANDREI, se ha exigido cierto nivel de veracidad para la concesión de una cautelar: “la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud”⁸³. Al conceder estas medidas, el juez deberá tener en consideración tanto la gravedad del daño como su irreparabilidad ya que son las circunstancias que lo posibilitan para decretar este tipo de tutela.

⁸¹ DUQUE (2017) p.123.

⁸² Ibid.

⁸³ CALAMANDREI. (1996). p. 56.

e)” (...) podrá decretar las medidas cautelares conserativas o innovativas que estime procedentes”

La LTF, autoriza al juez poder de decretar medidas cautelares innovativas y conservativas que estime procedente, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de la demora que implica la tramitación. Asimismo, establece las condiciones de procedencia particulares de las innovativas, según criterios de urgencia, cuando lo exija el interés superior de niño, o lo aconseje a la inminencia de daño que se trata de evitar.

Podemos entender como medidas cautelares conservativas, aquellas cuyo principal objetivo es conservar la situación de hecho o de derecho que se ve amagada por un preciso *periculum* que cada medida regula en concreto⁸⁴, es decir, tienen por objeto facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada. Es así, como en el ordenamiento procesal civil chileno se encuentran las medidas precautorias previstas en el título V del libro II del CPC, puesto que en definitiva buscan asegurar los bienes para el cumplimiento posterior de la sentencia.

En cambio, las medidas cautelares innovativas, podríamos entenderlas como una facultad excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente ante de solicitarlas, puesto que estas medidas van más allá de lo meramente asegurativo, exigiendo al órgano jurisdiccional una conducta activa que va más allá de la orden de abstención de realizar ciertos actos o conductas, imponiéndole una obligación de hacer o dejar de hacer⁸⁵.

Señala la referida norma a su vez que el juez “podrá” decretar las medidas cautelares que sean necesarias. En el proceso de familia, es imperativo para el juez decretar dichas medidas cuando concurren los requisitos previstos en el artículo 22 de la LTF, esto es, en caso de situaciones urgentes, cuando lo exija el interés superior del niño, niña adolescente, cuyo principio, consagrada también en la LTF en el art.16 puesto que busca garantizar “a todos los niños, niñas y adolescentes... el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías” o bien cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar, potestad que se extiende a las medidas contempladas en el artículo 92 de la misma ley.

⁸⁴ MARÍN, (2016). p 32.

⁸⁵ PEYRANO. (2016). p. 41.

f) *“Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. el juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados”*.

La finalidad es que estas medidas surtan efectos antes de la notificación a la contraria, con el objeto de poder resguardar a la víctima, siempre y cuando existan motivos graves que lo justifiquen, pero no se refiere con la gravedad intrínseca a la concesión de la medida,- las cuales se encuentran descritas y exigidas en los presupuestos de toda cautela- sino que se refiere a la necesidad de proteger a la víctima y no exponerla nuevamente a situaciones de riesgo⁸⁶.

La misma norma contiene un plazo de caducidad de cinco días desde que la medida se decreta sin que la notificación se efectúe, este plazo podría ampliarse a solicitud de parte. Importante es señalar en este punto, que una vez que la medida ha sido notificada, nace el derecho para este de poder oponerse a la concesión de la medida cautelar⁸⁷.

g) *En todas las demás, resultaran aplicables las normas contenidas en los títulos IV y V del libro II del Código de Procedimiento Civil.*

En este sentido, esta supletoriedad toma un importante rol en la interpretación e integración de las normas. Ya que como se mencionó anteriormente, las medidas cautelares las encontramos reguladas en el título V, del libro II del CPC, desprendiéndose en dicho cuerpo legal las principales características y principios que la informan. Además, sus disposiciones son de aplicación subsidiaria respecto de los demás procedimientos que no contienen una reglamentación especial diferente.

h) *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.*

⁸⁶ HERNANDEZ (2017) p.74.

⁸⁷ SALAS (2003) p. 60.

2.1.3 Análisis artículo 71 LTF

La potestad cautelar del Juez de Familia, no solo la encontramos expresamente en el art. 22 de la LTF, sino también en el art. 71 de la misma, dichas medidas cautelares especiales están establecidas para abordar casos relativos a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, pudiéndose decretar en cualquier etapa del proceso e incluso antes de su inicio, ya sea de oficio o a solicitud de cualquier persona, siempre y cuando exista un interés comprometido en que sea necesario proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁸⁸, dado que en el intertanto en que se deduce el respectivo requerimiento hasta que se dicte la medida de protección puede pasar un tiempo considerable y lo que efectivamente se busca es prevenir cualquier tipo de amenaza o vulneración.

El art. 71 de la LTF en su inciso tercero señala “*que la resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificadas como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejara expresa constancia en la misma*”. Por lo que los requisitos para establecer este tipo de medidas dependerán si se trata de una medida conservativa o innovativa⁸⁹.

En el caso de la primera, es necesaria la verosimilitud del derecho invocado junto al peligro en la demora. En el caso de tratarse de medidas innovativas es la verosimilitud del derecho. El peligro en la demora que implica la tramitación, solo en situaciones urgentes y cuando exija el interés superior del NNA, o cuando lo exija el daño que se pretende evitar.

El art. 71 de la LTF expresa lo siguiente;

Artículo 71: Medidas cautelares especiales. En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, 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, el juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

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

⁸⁸ Art.71 LTF.

⁸⁹ OLGUÍN (2018),p.13.

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

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

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

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

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

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

h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.

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

La resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma.

Para el cumplimiento de las medidas decretadas, el juez podrá requerir el auxilio de Carabineros de Chile.

Cuando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento, el juez fijará desde luego la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria, para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida.

En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días.

Se puede apreciar que en esta materia el principio de oficialidad es preponderante⁹⁰, toda vez que el juez ante una denuncia, demanda o requerimiento proteccional, está obligado a darle curso independiente de quien lo solicite, teniendo como única limitación, que en caso decretar una medida cautelar en virtud de este artículo, en ningún caso podrá ser superior a 90 días, considerándose este plazo fatal y se producirá la caducidad de la medida una vez cumplido, sin embargo, se podrá solicitar la renovación de la misma o el juez de oficio podría decretar su prorroga.

No obstante, en la práctica y debido a la carga laboral en la cual se encuentran investidos los tribunales de justicia, es poco probable que el juez renueve la medida cautelar de oficio, debiendo la parte interesada solicitar dicha renovación oportunamente.

Este procedimiento proteccional, tiene como principal interviniente al niño, niña o adolescente como sujeto de derecho y para ello es relevante que los principios que informan la LTF sean aplicables en su integridad, en virtud del art. 16 de la citada Ley, en el cual el Juez debe velar por el interés superior del niño y su derecho a ser oído⁹¹.

2.1.4 Procedimiento especial de Violencia Intrafamiliar

Este procedimiento especial, se encuentra regularizado en el párrafo segundo del Título IV sobre procedimientos especiales contemplados en la LTF, encontrándose éste en concordancia con la LVIF.

La LVIF, en su artículo 5, define violencia intrafamiliar como “*todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica*”, un concepto que es amplísimo, por lo tanto, se debe hacer un esfuerzo para contextualizarlo.

La Corte Suprema ha expresado que el concepto de violencia intrafamiliar dice relación con situaciones de abuso de poder o maltrato, físico o psíquico, de un miembro de la familia sobre otro, la que puede manifestarse en el plano físico, psicológico, sexual y/o económico. Puede adquirir numerosas manifestaciones, lo relevante es que ‘se afecte la

⁹⁰ HERNÁNDEZ (2017) p. 191.

⁹¹ Ibid.

vida o integridad física o psíquica de la persona', calificación que resulta determinante para los efectos de la configuración del tipo de violencia intrafamiliar, al punto que de no existir esta afectación, el acto reprochable en sí mismo no puede ser castigado por esta vía⁹².

La acreditación de la violencia ejercida al interior de una familia no es fácil de acreditar, en primero lugar porque estamos insertos en una sociedad patriarcal que tiende muchas veces a normalizar este tipo de conductas, por ocurrir estos actos en un espacio privado y además porque puede producirse el retracto de la denuncia de VIF⁹³.

Así, conforme el artículo 7 de la LVIF, se presumirá por el juez de familia la existencia de situaciones de riesgo que impliquen la adopción inmediata de medidas cautelares para protección de la víctima, lo que además es analizado con la asesoría del consejo técnico del tribunal, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5 letra d) de la LTF⁹⁴, en las siguientes situaciones⁹⁵: cuando haya existido intimidación de causar daño por parte del ofensor, o cuando concurren, además, una o más de las siguientes circunstancias: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por infracción a la Ley N° 17.798, tenga antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta y opongá, de manera

⁹² CS rol N° 30.307-14, de 24 de junio de 2015.

⁹³ FERNÁNDEZ (2019) p. 492.

⁹⁴ Art. 5 letra d) de la LTF: Asesorar al juez, a requerimiento de éste, en la evaluación del riesgo a que se refiere el artículo 7° de la ley N°20.066, sobre Violencia Intrafamiliar.

⁹⁵ Art. 7 LVIF:

Situación de riesgo. Cuando exista una situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando éste no se haya llevado a cabo, el tribunal, con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan.

Se presumirá que existe una situación de riesgo inminente como la descrita en el inciso anterior cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N°17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta. Asimismo, se presumirá que hay una situación de riesgo inminente, cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima.

Además, el tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga considerará especialmente como situación de riesgo inminente el hecho de que un adulto mayor, dueño o poseedor, a cualquier título, de un inmueble que ocupa para residir, sea expulsado de él, relegado a sectores secundarios o se le restrinja o limite su desplazamiento al interior de ese bien raíz, por algunos de los parientes señalados en el artículo 5°.

violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima.

El art. 92 de LTF, establece medidas cautelares en favor de las víctimas y su grupo familiar de actos de VIF, existiendo una cautela amplia, que permite al juez disponer de una o más de las medidas que prescribe el artículo referido, existiendo en dicha norma medidas conservativas e innovativas⁹⁶. Asimismo, podemos ver el carácter esencialmente temporal que caracterizan estas medidas cautelares, al establecerse que no podrán decretarse por un periodo que no exceda de los 180 días, renovables, por una sola vez, hasta por igual plazo y podrán, asimismo, ampliarse, limitarse, modificarse y dejarse sin efecto.

El problema que podemos vislumbrar, es que la norma expresamente señala *“las medidas cautelares podrán decretarse por un período que no exceda de los 180 días hábiles, renovables, por una sola vez, hasta por igual plazo...”* nos preguntamos, que ocurre si estas medidas ya fueron renovadas por aquel plazo y sigue persistiendo el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho invocado, creemos que en virtud de la potestad cautelar del Juez de Familia, podrían perfectamente renovarse dichas medidas cautelares con el fin de proteger a la víctima.

⁹⁶ HERNANDEZ. (2017) p .495.

CAPÍTULO III: MEDIDAS CAUTELARES DE LOS JUECES DE FAMILIA, CRITERIOS DE PELIGRO EN LA DEMORA Y HUMO DEL BUEN DERECHO

Como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, el art. 22 en su inciso primero y último de la LTF, delimitan el ámbito de aplicación de las medidas cautelares, es decir, hay que determinar las condiciones o circunstancias en el cual estas se podrían decretar y en qué tipo de procedimientos.

La citada norma señala expresamente que las medidas cautelares, deben cumplir con sus requisitos comunes, a saber el *Fumus boni iuris* y el *Periculum in mora*. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos específicos de cada medida cautelar, según lo dispone expresamente la norma antes mencionada, a propósito de las medidas innovativas. Asimismo, se desprende del artículo en comento que las medidas cautelares en estudio, podrán ser decretadas en los procedimientos establecidos en LTF, sin perjuicio de la limitación establecida respecto a las medidas cautelares procedentes en el procedimiento de medidas de protección; o estando regulados sus procedimientos en leyes especiales y si existe remisión a la norma en comento en todo lo no previsto en aquellas.

3 Ámbito de aplicación de las medidas cautelares en el Procedimiento Ordinario

3.1.1 *Periculum in mora*

El punto de partida generalmente invocado para la comprensión de las medidas cautelares es la circunstancia simple e indiscutible de que la realización de un proceso requiere tiempo⁹⁷. En este contexto, las medidas cautelares han sido concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el demandado pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia⁹⁸.

⁹⁷ MONTERO y otros (1993), p. 441.

⁹⁸ Ibid.

3.1.1.1 En cuanto a los Alimentos

Dada la importancia de los procesos familiares y en especial los relativos a los alimentos, es que creemos la importancia de decretar estas medidas cautelares en favor del alimentario, puesto que por ley el alimentante está llamado a demostrar su real capacidad económica, según lo dispuesto en el art 5 inciso 1 de la LPA el cual expresa:

“El juez, al proveer la demanda, ordenará que el demandado acompañe, en la audiencia preparatoria, las liquidaciones de sueldo, copia de la declaración de impuesto a la renta del año precedente y de las boletas de honorarios emitidas durante el año en curso y demás antecedentes que sirvan para determinar su patrimonio y capacidad económica. En el evento de que no disponga de tales documentos, acompañará, o extenderá en la propia audiencia, una declaración jurada, en la cual dejará constancia de su patrimonio y capacidad económica. La declaración de patrimonio deberá señalar el monto aproximado de sus ingresos ordinarios y extraordinarios, individualizando lo más completamente posible, si los tuviere, sus activos, tales como bienes inmuebles, vehículos, valores, derechos en comunidades o sociedades”

Asimismo, el art. 290 CPC regula lo que llamamos “medidas precautorias” o actualmente cautelares, señalando, que tienen por objeto asegurar el resultado de la acción, sea de manera directa o indirecta. En tal sentido y de manera más precisa, CARNELUTTI señala que el “buen fin del proceso (definitivo) depende de dos órdenes y condiciones: que el oficio pueda disponer de los medios necesarios (pruebas y bienes...), o que al final exista una situación de hecho que pueda equipararse a la relación jurídica declarada o constituida cierta por el juez”⁹⁹ entonces, la medida cautelar sirve o se instrumentaliza al resultado de la acción misma, que es lo que pretende expresar en términos muy amplios la ley del art. 290 CPC, cuando establece “Para asegurar el resultado de la acción...”, a lo que se agregan los dos requisitos del *periculum in mora* y *el fumus boni iuris*, establecidos en el Art. 22 LTF.

⁹⁹ CARNELUTTI (2008) p. 88

En cuanto a los alimentos provisorios como medida cautelar, siguiendo a CARNELUTTI, quien nos señala que, esta clase de cautelares, “sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo”¹⁰⁰, pues lo que busca la norma es que la condena definitiva llegue demasiado tarde, puesto que en el proceso de alimentos es necesario un pronunciamiento inmediato, ya que el alimentario no puede esperar a la dictación de la sentencia definitiva para satisfacer sus necesidades alimenticias.

En ese mismo orden de ideas, el art. 4 inc. 1 de LPA¹⁰¹, y dado el carácter urgente de decretar alimentos provisorios, establece que el juez deberá pronunciarse sobre ellos desde su inicio, pero en realidad consideramos que la norma no es lo suficiente clara como para proteger al alimentario, no conectándose en este caso en particular con el *Periculum in mora*, puesto que si interpretamos el concepto “pronunciarse”, queda a la vista que la voluntad del legislador fue derechamente que el juez se debe referir a concederlos o no, pudiendo perfectamente éste no conceder los alimentos provisorios, puesto que la norma en ningún caso obliga al juez a “decretar” alimentos, aunque el alimentario cumpla con los requisitos señalados, es decir ,con el mérito de los documentos y antecedentes presentados.

Si bien es posible que se dicten medidas urgentes que resguarden el efectivo cumplimiento de la futura sentencia, v. gr. prohibiendo la celebración de actos y contratos sobre determinados bienes, lo relevante a la hora de fijar los alimentos provisorios es por el carácter transcendente que ellos tienen, que el solicitante de los mismos no puede esperar el desarrollo íntegro del juicio para ver satisfecha su pretensión”¹⁰² lo que termina conectándose con el “peligro en la demora que implica la tramitación” del Art. 22 inc. 1 LTF.

El Art. 6 de la LPA señala:

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

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Art. 4 inciso 1 LPA “En los juicios en que se demanden alimentos el juez deberá pronunciarse sobre los alimentos provisorios, junto con admitir la demanda a tramitación, con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados”

¹⁰² MARÍN , (2016) p. 45.

Toda resolución que fije una pensión de alimentos deberá disponer el pago mensual y anticipado de un monto expresado en unidades tributarias mensuales, y señalar el período del mes en que ha de realizarse el pago, y ordenará la apertura de una cuenta de ahorro u otro instrumento equivalente exclusivo para el cumplimiento de la obligación. Lo anterior es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9. Asimismo, deberá especificar las circunstancias consideradas para determinar la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentario, e indicar la proporción en la que los padres deberán contribuir, conforme a sus capacidades económicas, a solucionar los gastos extraordinarios del hijo en común, entendiéndose por tales aquellas necesidades que surgen con posterioridad y cuya existencia no era posible prever, tales como el caso de hospitalizaciones y gastos médicos de urgencia.

El alimentario no solo busca que la sentencia definitiva llegue demasiado tarde, sino también, asegurar alimentos durante la tramitación del proceso, es así que además se permite justificar una medida cautelar consistente en la prohibición de celebrar actos o contratos del alimentante, sino sólo aquella que crea un riesgo serio para que el procedimiento cumpla sus fines de averiguar correctamente la capacidad económica del alimentante.

Al existir tendencia del alimentante en ocultar sus bienes o su patrimonio, el demandante podría eventualmente, en virtud del art. 295 del CPC, solicitar como medida cautelar la retención de dineros o cosas muebles con relación a los bienes del alimentante, y también respecto de otros bienes determinados de este, cuando exista un motivo racional para creer que ocultará sus bienes¹⁰³. Incluso, al momento de decretarse estas medidas cautelares, podría ser beneficioso para el propio alimentante para que este no pueda desprenderse de

¹⁰³ Art. 295 CPC: La retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero, con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y en los demás casos determinados por la ley.

Podrá el tribunal ordenar que los valores retenidos se trasladen a un establecimiento de crédito o de la persona que el tribunal designe cuando lo estime conveniente para la seguridad de dichos valores.

sus bienes, puesto que en la eventualidad que se descubra que hubo ocultación de aquellos, este podría ser condenado a una suma de dinero muchísima mayor por concepto de pensión de alimentos, a lo que realmente pudiese llegar a tener, por dejar a los jueces con una sensación de enriquecimiento.

Es así, que en virtud del Art. 3 de la LPA se presumirá que el alimentante tiene los medios para otorgar los alimentos solicitados¹⁰⁴, esto es, para aportar en términos reales para cubrir las necesidades de los alimentarios. Conforme a aquello, procede siempre fijar pensión de alimentos, debiendo considerar las facultades económicas del demandado para establecer su mayor o menor monto, siendo claro, por otro lado, que si se ocultan dichas capacidades, no cabe si no presumir que el deudor tiene la capacidad económica suficiente para aportar en términos equitativos a cubrir dichas necesidades.

Un ejemplo en nuestra jurisprudencia de familia, es el de la Corte de Apelaciones de Santiago, el cual señala lo siguiente:

“CUARTO: Que, en consecuencia, acreditado que el alimentante ocultó sus ingresos, solo cabe concluir que, ante la ausencia de prueba que desvirtuó la presunción, el demandado tiene los medios económicos para solventar los gastos de los hijos comunes en igualdad de condiciones que la madre, resultando imposible repartir la contribución en proporción a los ingresos de cada uno o aplicar los límites máximos legales, por desconocerse, por causa imputable al demandado, cuales son los ingresos reales de este, debiendo regularse en consecuencia la pensión de alimentos a la mitad de los gastos de los hijos comunes que se den por establecido”¹⁰⁵

El considerando transcrito asume, que el demandado tiene los ingresos suficientes para cubrir las necesidades económicas de los hijos en igualdad de condiciones que la madre, pues resultó imposible repartir la contribución en proporción a los ingresos de cada uno de los padres o aplicar los límites máximos legales, por desconocerse la real capacidad económica del demandado debido a causa imputable a este.

¹⁰⁴ Art 3 inc.1: Para los efectos de decretar los alimentos cuando un menor los solicitare de su padre o madre, se presumirá que el alimentante tiene los medios para otorgarlos.

¹⁰⁵ Causa 3517/2016, 20 de Marzo de 2017. Corte de Apelaciones de Santiago.

3.1.1.2 *En cuanto a la Filiación:*

En materia de filiación son admisibles toda clase de pruebas¹⁰⁶, incluso las biológicas, las que dada su especial relevancia podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte, puesto que estas últimas constituyen elementos de suma importancia dentro del proceso, dado el elevado grado de certeza que ofrecen las pericias, a tal punto que la renuncia a someterse a ellas constituye presunción en contrario a la posición que alega quien se niega, según lo establecido en el inc. 4 del art. 199 del Código Civil¹⁰⁷.

El *periculum in mora*, en las medidas cautelares en los procesos de filiación, se ve sometido a una especialidad y excepcionalidad. En los restantes procesos civiles el solicitante debe acreditar que debe asegurarse el bien litigioso y que la adopción de la medida cautelar va a permitir asegurar el cumplimiento de la sentencia o incluso que la dilación del proceso va a perjudicar al bien litigioso.

Ahora bien, en ese sentido el demandante podría solicitar como medida cautelar la retención de dineros o cosas muebles con relación a los bienes del demandado y también respecto de otros bienes determinados de este, cuando exista un motivo racional para creer que ocultará sus bienes ya sea por la avanzada edad de este último o por encontrarse en etapa terminal en virtud del art. 295 del CPC.

Puede darse la posibilidad que el demandado manifieste su voluntad de realizar el respectivo examen de ADN, pero antes de hacerlo fallezca y sus herederos en este caso

¹⁰⁶ Art. 198 Código Civil: En los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte.

No obstante, para estos efectos será insuficiente por sí sola la prueba testimonial, y se aplicarán a la de presunciones los requisitos del artículo 1712

¹⁰⁷ Art. 199

Código Civil: Las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial biológico.

El juez podrá dar a estas pruebas periciales, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad, o para excluirla.

En todo caso, el juez recabará por la vía más expedita posible, antes de dictar sentencia, los resultados de las pericias practicadas que no hubieren sido informados al tribunal.

La negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen hará presumir legalmente la paternidad o la maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda.

Se entenderá que hay negativa injustificada si, citada la parte dos veces, no concurre a la realización del examen. Para este efecto, las citaciones deberán efectuarse bajo apercibimiento de aplicarse la presunción señalada en el inciso anterior.

manifiesten el rechazo de la realización de la misma, la voluntad contraria de sus herederos no ha de impedir la práctica del análisis del ADN, ya que sin duda el interés particular de éstos en que no se realice, debe posponerse al deseo de su causante y al interés del supuesto hijo en que se esclarezca la filiación¹⁰⁸.

También, puede darse la posibilidad que una vez que se encuentra fallecido el demandado, la familia intente evitar la prueba de ADN, pudiendo el juez decretar como medida cautelar la clausura de los nichos y/o bóvedas en que se encuentra, como medida tendiente a la conservación de los elementos de prueba dentro del proceso de filiación, se justifica plenamente, sin necesidad de acreditar mayormente la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, en razón que tienden a determinar la veracidad de la filiación invocada, siendo de interés para todas las partes involucradas en el proceso.

En materia de filiación, encontramos una excepción en el cumplimiento del requisito del *periculum in mora*¹⁰⁹, puesto que la medida de alimentos provisionales no es una medida cautelar, ya que lo pretende el demandante es que el demandado (padre en la generalidad de los supuestos) le pague una cantidad mensual por concepto de alimentos desde la interposición de la demanda hasta la sentencia, momento en que esa cantidad se fijará de forma definitiva. Pero esa fijación de alimentos no se justifica en que el demandado pueda "ocultar sus bienes"; por cuanto entonces lo que correspondería es un embargo preventivo que quedaría a disposición judicial de la sentencia que se dictare; sino que se fundamenta en un principio denominado "*favor filii*" o "*favor minoris*" y que condiciona el proceso¹¹⁰.

3.1.2 *Fumus boni iuris*

3.1.2.1 En materia de Alimentos

El *fumus boni iuris* no puede faltar, pues es condición necesaria que exista un fundamento plausible para decretar su procedencia, respecto de cada uno de los requisitos de los mismos: se trata de la "verosimilitud del derecho invocado", Art. 22 inc. 1 LTF. Como expresamente señala el art. 327 inc. 1 CC, el cual expresa:

¹⁰⁸ GONZÁLEZ, CASTILLO Claudia. (2012). p 11.

¹⁰⁹ MARTI, Joaquim (2009) p. 21

¹¹⁰ Ibid.

“Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, deberá el juez ordenar que se den provisoriamente, con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demandan obtiene sentencia absolutoria.”.

Precisando ello, MARÍN señala que no es necesario acreditar el supuesto operativo sin que quepan dudas de su procedencia, ya que tal grado de certeza sería propio de la sentencia definitiva¹¹¹ con base en dicha exigencia legal, es que la propia ley provea –sólo para el caso de los niños y adolescentes– de ciertas presunciones para la satisfacción del requisito de medios del alimentante, a efectos de la procedencia de aquellos, de acuerdo al Art. 3 LPA¹¹².

Sin embargo, la aceptación de estas medidas tiene un límite claramente definido, ellas no pueden constituir una anticipación de la sentencia, porque de ser así se estaría obviamente afectando el derecho al juicio previo. Se ha dicho que las medidas cautelares personales no pueden tener, ni siquiera implícitamente, un carácter sancionatorio, sino que deben estar orientadas exclusivamente a la obtención de fines procesales.

En materia de verosimilitud en el derecho, nuestra ley procesal provee una serie de disposiciones en las cuales se establecen presunciones respecto de la existencia de la verosimilitud en el derecho. En estos casos, la ley supone *a priori* que la apariencia o grado de veracidad del derecho se encuentra dado; y compete a la parte afectada por la medida la demostración de la tesis contraria.

Así QUIROGA, considera que resulta suficiente la apariencia jurídica de que el derecho que se reclama, existe, de modo tal que según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho¹¹³. Tal definición, es la fórmula básica del concepto del tema tratado. Sin embargo, considera un elemento a

¹¹¹ MARÍN (2016) p. 453.

¹¹² Para los efectos de decretar los alimentos cuando un menor los solicitare de su padre o madre, se presumirá que el alimentante tiene los medios para otorgarlos” (inc. 1). “En virtud de esta presunción, el monto mínimo de la pensión alimenticia que se decrete a favor de un menor alimentario no podrá ser inferior al cuarenta por ciento del ingreso mínimo remuneracional que corresponda según la edad del alimentante. Tratándose de dos o más menores, dicho monto no podrá ser inferior al 30% por cada uno de ellos” (inc. 2).

¹¹³ QUIROGA (2006) p.12

tener en cuenta; el referido al cálculo de probabilidades que permita anticipar la certeza del derecho que se reclama. Entendemos no obstante, que ese juego de probabilidades, debe estar sujeto a los factores que concurran para arribar a un juicio razonado.

El peligro en la demora es una forma de complemento de la verosimilitud; ya que si esta no existe, nada de lo demás es atendible. Es decir, si se produce un conflicto jurídico y se solicita una cautelar, si no se aprecia certeza de la existencia del derecho que se invoca, simplemente sería inoficioso apreciar el peligro en la demora, así se inicie el juicio respectivo. En todo caso, ante la deficiencia de la certeza aparente, será en el principal en donde aquella puede ser subsanada e intentar un nuevo petitorio cautelar.

3.1.2.2 *En materia de filiación.*

En las medidas cautelares en procesos de filiación, *el fumus boni iuris*, viene determinado por un principio de prueba de los hechos en que se funde la filiación. En definitiva, la posesión de estado, las pruebas biológicas y el resto de pruebas que pretenda el actor para el reconocimiento de la filiación.

El *fumus boni iuris* obliga al actor a trasladar a la petición de medidas cautelares los argumentos de su demanda principal, si bien de forma más sucinta, los argumentos que deben servir al actor para solicitar la estimación de la demanda son los que van a servirle de fundamento para cumplir con la exigencia de la acreditación de la apariencia de buen derecho.

El niño, niña y adolescente debe quedar favorecido, y por ello puede anticiparse el deber del padre (que no es reconocido) a una pensión alimenticia al hijo (que reclama la filiación).

El legislador no ha establecido un abanico de medidas cautelares que es posible adoptar en los procesos de filiación. Por ello, además de la medida de alimentos provisionales, se deja libertad al juez para acordar las medidas que crea más oportunas para la protección de la persona y bienes del hijo, por lo que en el análisis particular del proceso de filiación, encontramos diversas situaciones en las que resulta necesario cautelar o satisfacer intereses en forma inmediata.

En las acciones de reconocimiento de filiación, generalmente promovidas por madres en representación de sus hijos menores estos últimos, hasta la obtención de sentencia firme, siguen creciendo sin padre¹¹⁴. Ello importa no solamente la ausencia de colaboración económica, sino la ausencia de figura paterna, que puede prolongarse meses o años. Por ello, las medidas urgentes adquieren características especiales, apuntando no ya a asegurar el cumplimiento de la sentencia, sino la integridad de la persona.

En el otro extremo, aunque es una práctica poco frecuente, puede darse el caso de un padre que reclame la filiación de su hijo negada por la progenitora y que ésta, en el transcurso de la acción y en el ejercicio pleno de la patria potestad sobre el menor, intente alejarlo del presunto padre cambiando su residencia a otro país¹¹⁵.

La celeridad requerida en los casos anteriores no se hace patente de igual forma en las acciones de impugnación de paternidad, en las que la sentencia no reconocerá derechos hasta entonces ignorados sino, por el contrario, desplazará del estatus de hijo a quien lo sustenta. No obstante, aun en este caso, podrá resultar necesaria una solución urgente.

¹¹⁴ BALLARIN, Silvana (2003) p.2

¹¹⁵ Ibid.

CAPÍTULO IV: ALGUNOS PROBLEMAS RELATIVOS AL *FUMUS BONI IURIS* Y *PERICULUM IN MORA* EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA

4.1 En cuanto a los Alimentos provisorios

Un fallo de interés, es el emanado de la Corte de Apelaciones de Concepción, el cual revoca en lo apelado, la resolución dictada por el Juzgado de Familia de Talcahuano, en causa Rit C 1903-2019¹¹⁶, que denegó la petición de alimentos provisionales formulada por la parte demandante y en su lugar, se decide que se hace lugar a dicha solicitud, fijándose en favor de los niños la suma de ciento noventa y dos mil trescientos pesos (\$192.300), por concepto de alimentos provisorios, en calidad de medida cautelar innovativa, y mientras dure la tramitación de la causa y se mantenga el cuidado de dichos niños a cargo de su madre.

Lo anterior, se basó en que desde el mes de septiembre la actora tenía a su cargo a los hijos que antes se hallan al cuidado del padre demandado, y posteriormente el juzgado de primera instancia, le concedió a la madre demandante el cuidado provisional de sus hijos mientras se tramitaba la causa.

El proceso se encontraba con audiencia preparatoria realizada y en espera de fijarse audiencia de juicio, cuya fecha no había sido agendada por “razones sanitarias”, según lo resuelto por el tribunal de primer grado.

El considerando primero de dicho fallo expresa: *“El art. 22 de LTF, permite al juez de Familia, en cualquier etapa del procedimiento, y concurriendo las circunstancias exigidas en aquel precepto, el cual autoriza a decretar medidas cautelares innovativas, y que estas, pueden disponerse excepcionalmente en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”*¹¹⁷.

¹¹⁶ Causa n° 809/2020 (Familia). Resolución n° 15 de C.A. de Concepción, 04-11-2020.

¹¹⁷ Ibid.

En concepto de la referida Corte concurrieron las exigencias anotadas, en la medida que existía *fumus boni iuris* de alimentos invocado y el evidente *periculum in mora* en otorgarlos, resultando inminente la concurrencia del daño que se trata de evitar.

Lo anterior, en consecuencia surge de los antecedentes que razonablemente autorizan para hacer uso, en este caso, de la potestad cautelar del aludido art.22, máxime que ello propende a resguardar el interés superior de ambos niños- hijos comunes de ambos litigantes- accediendo en defectiva la Corte a conceder lo solicitado por la parte demandante.

4.2 En cuanto a medidas de protección

Otro fallo de interés, es aquel en el que comparece la abuela paterna de una niña ante el Centro de Medidas Cautelares de Santiago¹¹⁸, denunciando a la progenitora de su nieta, los siguientes hechos: “Señala la denunciante que la niña Florencia de 3 años de edad, está siendo vulnerada en sus derechos, manifiesta que es su nieta, sin embargo, no tiene filiación paterna determinada. Indica que la niña está desde el día viernes 23 de julio de 2021 en su domicilio ya que la requerida se fue de la ciudad de Coquimbo a Santiago con su nueva pareja y llegó de visita a su casa. Agrega que la madre de Florencia padece de esquizofrenia y no se preocupa de su crianza y bienestar, a lo anterior, expresa que existe maltrato físico y psicológico, propinándole cachetadas en forma reiterada. Solicita cuidado personal provisorio de la niña”.

El mismo día de la interposición de la denuncia, se le concede a la abuela paterna el cuidado personal provisorio de su nieta,-pese a no tener la niña filiación paterna determinada- citándose a las partes a audiencia preparatoria en el cual se debatió la procedencia de renovar o cesar dichas medidas cautelares, decretando el juez del Centro de Medidas Cautelares, lo siguiente:

“Sin perjuicio de que, en esencia, el Tribunal comparte la opinión del Sr. Consejero Técnico, atendida la falta de antecedentes en la causa, porque todo lo que existe proviene de lo que informó doña Olga a las distintas

¹¹⁸ Causa Rit P-5714-2021 Centro de Medidas Cautelares de Santiago caratulado “Santander Barraza”.

instituciones, estimándose importante contar con las pericias que evacuarán los DAM de Peñalolén y de Coquimbo para tener mayores antecedentes para resolver y especialmente velando por la necesidad de la niña de no estar siendo llevada de un lado a otro, solo por eso se va a renovar la medida cautelar por el plazo de 60 días, a contar de hoy. El cuidado personal provisorio de la niña FLORENCIA, será detentado por su abuela”

Es posible visualizar que no existe ninguna referencia que permita suponer que la integridad de la niña se encuentre gravemente vulnerado, por lo que consecuentemente no resulta adecuado ni prudente adoptar determinadas medidas cautelares, puesto que la doctrina nacional e internacional han identificado los requisitos de procedencia de las mismas, como bien sabemos el *Fumus Boni Iuris* y el *Periculum In Mora* no habiéndose verificado aquello.

4.3 En cuanto a la improcedencia de calificar habitualidad de un maltrato solo con la declaración de la supuesta víctima

Asimismo, pareciera relevante analizar el siguiente fallo en el cual denunciante interpone denuncia de VIF en contra de su ex cónyuge¹¹⁹, manifestando, en síntesis, que "ese mismo día, el denunciado habría concurrido a su domicilio a buscar al hijo en común de 11 años, insultándola y tratándola de loca e inestable, generándose una pelea a gritos desde la reja de su casa, situación presenciada por su hijo, quien se puso a llorar". El tribunal A Quo, dictó una resolución mediante la cual se declaró incompetente y ordenó remitir los antecedentes a la Fiscalía Local, por revestir el maltrato denunciado caracteres de habitualidad, sin perjuicio de lo anterior y con el mérito de los antecedentes allegados al proceso, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley N° 19.968, dispuso como medidas cautelares: (i) la prohibición de acercamiento del denunciado a la persona de la denunciante, y (ii) la entrega del número de teléfono prioritario del plan cuadrante.

En base a lo anterior, el denunciado dedujo recurso de apelación puesto que el artículo 14 del citado estatuto prevé:

¹¹⁹ Causa Rol 2155-2020 Apelación C.A. de Santiago, 05/10/2020.

"El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste"

Señalando además que para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria.

Por otra parte, en lo que atañe las cautelares dispuestas, es posible colegir que no existe ninguna referencia que permita suponer que la integridad física y psíquica de la denunciante se encontraba efectivamente en peligro, en términos de arriesgar ser víctima de un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, por lo que consecuentemente no resulta adecuado ni prudente adoptar determinadas medidas cautelares, no habiéndose identificado los requisitos generales sin los cuales la interposición de una medida cautelar no se hace admisible y aplicable a saber *Fumus Boni Iuris* y *Periculum in Mora*.

CONCLUSIONES

La procedencia de las medidas cautelares dependen en definitiva de tres condiciones, siendo dos de ellos presupuestos objetivos el *Fumus Boni Iuris* y el *Periculum In Mora* que objetivan el requerimiento y lo tornan procedente. El otro presupuesto subjetivo, denominado Contracautela es aquel que tiene como finalidad garantizar al afectado por los perjuicios eventuales que sufra.

Cualquiera que sea el objetivo cautelar, es ineludible acreditar que el derecho que se esgrime cuenta con el respaldo y los fundamentos suficientes para tener una expectativa de una sentencia favorable. *El Fumus Boni Iuris*, se convierte en el presupuesto principal, porque sería arbitrario conceder una cautelar sin este requisito.

Bien sabemos, que la apariencia fundada se refiere a la posibilidad jurídica de lograr un pronunciamiento final que le conceda el éxito, sin que sea esa verosimilitud sea el motivo de la pretensión cautelar, sino el respaldo que la sostiene.

En este sentido, cuando el juez da curso a una demanda o un requerimiento en el cual se pide una medida cautelar, o en una acción anterior, vendría siendo un juicio provisorio que toma en cuenta las probabilidades de éxito ante la base de las certezas objetivas que surgen de los hechos y el derecho, *prima facie*, aplicables. CALAMANDREI lo explica cómo, un juicio de investigación sobre el derecho. La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que esa existencia el derecho aparezca verosímil, sea, para decirlo con mayor claridad basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal, declarará el derecho en el sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar¹²⁰.

La verosimilitud del derecho se trataría de una decisión inmediata que se toma ante la pretensión dispuesta con la demanda o en un incidente.

¹²⁰ CALAMANDREI. (1996). p. 56.

La Sentencia cautelar se apoya en un derecho que se considera suficiente. Es un juzgamiento *prima facie* que incluso se puede llegar a considerar como contrario a derecho, puesto que se prejuzgaría la causa principal. Sin embargo, bien sabemos que lo provisorio del examen de admisión no juzga los hechos de la causa, sino la necesidad de asegurar los resultados futuros de allí, es que nace la instrumentalidad del proceso cautelar.

Ahora bien, lo que sigue es deducir si el conocimiento preliminar tiene un fin en sí mismo que permita decretar medidas provisionales de oficio, puesto que si el objetivo es resguardar la vigencia del pronunciamiento final, de modo que pueda ser ejecutable, esto podría ser de interés para el tribunal, sin necesidad que sea solicitado por la parte.

Así como sin el *Fumus Boni Iuris* no es posible decretar medidas cautelares, también el *Periculum in Mora* se fundamenta en ella. El motivo irreparable da motivos suficientes para decretar lo que se solicita, ya sea para conservar el estado en que se encuentra o para pedir otras situaciones irreversibles, puesto que este último requisito se debe acreditar objetivamente.

Así como en la verosimilitud se habla de prueba manifiesta de producción innecesaria por ser evidente o no exigir actividad en tal sentido, en el *periculum in mora* la acreditación del riesgo no supone el deber de investigar y demostrar la persistencia del estado litigioso es el motivo central que se funda la admisión.

Si bien una de las características principales de las medidas cautelares es la no existencia de un contradictorio que pone en duda la garantía de bilateralidad en los procesos, creemos que en materia familiar es necesario una reforma que se pronuncie al respeto, porque muchas veces se adoptan dichas medidas cautelares sin establecerse los presupuestos de *Periculum In Mora* y *Fumus Boni Iuris*, atendido que en muchos casos se busca no alterar la situación de hechos de niños, niñas y adolescentes o del más débil.

En nuestro país, debiese existir una distinción respecto al procedimiento aplicable en lo que respecta a las medidas cautelares en materia de familia; así en el procedimiento ordinario perfectamente podría ser posible resolver dichas medidas sin escuchar a la otra parte, no así, en el procedimiento cautelar especial (previsto para obtener una medida cautelar en denuncias de medidas de protección o respecto de VIF), puesto que la solicitud de medida

cautelar, debiese ser puesta en conocimiento de la parte demandada o denunciada durante el término de un plazo determinado; exigiendo que previamente se interponga la demanda principal, ya que la solicitud cautelar debiese ser notificada a la parte demandada, así como de la resolución que la admite, lo que implícitamente significa que no existe la posibilidad de que se conceda una medida cautelar anticipada o fuera de proceso, para así al menos poder escuchar a todas las partes, puesto que debido a la crisis en que muchas veces se ven expuestas las familias, puede suceder que se cometan actos con el fin de perjudicar a un miembro de la familia sin importar el sujeto de derecho al cual se podría dañar, por lo que debería primar en estos asuntos el interés superior del niño, niña y adolescente.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA LÓPEZ, Katterine. Tesis. Análisis del Art. 615 CPC: caso especial de procedencia de una medida cautelar tras la obtención de una sentencia favorable. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú. Año 2016.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia. Santiago. Legal Publishing Chile. Año 2011.

BALLARIN, Silvana Raquel. Relaciones entre padre e hijos. Medidas vigentes en los procesos de filiación: alimentos provisorios durante el juicio de reclamación. Año 2033.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: “El debido proceso civil”, en *La Constitucionalización del Derecho Chileno*.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CHIOVENDA, JOSE. Principios de derecho procesal civil. [en línea], tomo II, libro segundo, Madrid, editorial Reus. Año 1925.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo. La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción.

CORRAL TALCIANI, Hernán. Bienes familiares y participación en los gananciales. Año 2011.

DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. Los daños causados como consecuencia de actuaciones judiciales. Estudios de Derecho Privado. Madrid, Civitas, 1980.

DUQUE VILLA, José. La potestad cautelar del juez de familia. Sus alcances y límites. Revista de estudios judiciales. Año 2017.

EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia. *Revista Chilena de Derecho*. Año 2020.

FERNÁNDEZ, José Manuel. Ley de Violencia Intrafamiliar, el bien jurídico protegido y el patriarcado: Un estudio preliminar, Año 2019.

FUENTES MAUREIRA, Claudio. Los dilemas del juez de familia. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Año 2015.

GARCIA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo. El derecho a la tutela judicial y al Debido Proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. Estudios Constitucionales, Año 2013.

GARCÍA, Eduardo. Medidas cautelares. Introducción a su estudio. 2º edición, Bogotá: Temis-Ediciones jurídicas Radas, Año 2005.

GIMENO, Senda. “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” Poder Judicial. Número especial I, España.

GREIF, Jaime. Medidas Cautelares. Editorial Rubinzal . 2002.

GONZÁLEZ CASTILLO, Claudia. Dos problemas de la filiación en la jurisprudencia de familia: la acción de reclamación cuando el supuesto padre ha fallecido y la legitimación activa de la impugnación. Año 2012.

HALABI ZUÑIGA Tomas Ignacio y SANGUINETTI FUENTEALBA Katia Fernanda. Medidas cautelares en los procedimientos de Familia. Año 2019.

HERNANDEZ SENCOVICH, Jose. Las potestades cautelares del juez de familia ¿debido proceso o interés superior del niño?. Tesis para optar al grado de magíster en derecho privado. Universidad de Chile. Año 2014.

HERNÁNDEZ, Gabriel. Medidas cautelares en procesos arbitrales, Revista Estudios Socio- Jurídicos, Bogotá; Universidad del Rosario (2007).

HERNÁNDEZ, José. Medidas cautelares en el procedimiento de familia. Editorial Hammurabi. 2017.

HORVITZ, I. LÓPEZ, J. 2008. Derecho procesal penal chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación. 2. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Edición 2000.

HUNTER AMPUERO, Iván. 2007. Poderes del juez de civil: Algunas consideraciones a Propósito del juez de familia. Revista de Derecho Valdivia, Año 2007.

HUNTER AMPUERO, Iván. 2010. El Principio dispositivo y los poderes del juez. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Año 2010.

HUNTER AMPUERO, Iván. Las potestades probatorias del juez de familia. Editorial Legal Publishing. Año 2008.

LEPIN MOLINA, Cristián y ARAYA PAREDES, Ignacio. Potestad Cautelar del Juez de Familia. Revista de Derecho de Familia, Año 2014.

LÓPEZ DÍAZ, Carlos. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Santiago. Editorial El Jurista. Año 2005.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan. Tratado de las Medidas Cautelares. 2da edición. Editorial jurídica de Chile. Año 2016.

MARTI MARTI, Joaquim. Las Medidas cautelares en los procesos de filiación. Año 2009.

MARTÍNEZ ARAUJO, Alejo. Medidas Cautelares 1º edición. Editoriales nacionales. Año 2019.

MATURANA MIQUEL, Cristián. Medidas cautelares en los procedimientos de familia, Editorial Hammurabi. Año 2017.

MONROY PALACIOS, Juan. Bases para la formación de una teoría cautelar. Año 2002.

MONTERO AROCA, Juan. El derecho jurisdiccional. Tirant lo Blanch. 2016.

NÚÑEZ ÁVILA y Raúl y CORTES ROSSO, Mauricio. Derecho Procesal de Familia, la primera reforma procesal en Chile. Año 2012.

OLGUÍN ROBLEDO, Macarena. El procedimiento de adopción de las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes. Memoria. Universidad de Chile. Año 2018.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Las Medidas Cautelares*, 1ª edición, Editorial La Ley, Madrid, Año 2000.

PEREIRA ANABALÓN, Hugo (1993) "Embargo y cautela en el proceso chileno", en Gaceta Jurídica.

PEYRANO, Jorge. Medida Cautelar Innovativa. Editorial De palma, Año 1981.

PORRAS HERNÁNDEZ, Emilio. Medida cautelar innovativa y resolución anticipatoria. [en línea] Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Año 2005.

QUEZADA, José. Medidas Prejudiciales y precautorias. Editorial Digesto Segunda edición, Año 1997.

VALENTÍN FERRADA, Luis. La falta de imparcialidad de los jueces, como causa de un grave quebrantamiento institucional. Primera Parte.

Normas Citadas

Ley N° 19.968 (30/8/2004), Crea los Tribunales de Familia.

Ley N° 20.066 (7/10/2005), Establece Ley de Violencia Intrafamiliar.

Ley N° 14.908 (30/05/2000), Establece Ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias).

Código Procesal Penal (12/10/2000).

Código de Procedimiento Civil (30/8/1902).

Jurisprudencia

Causa n° 328/2019 (Familia). Resolución n° 22 de C.A. de Temuco, 04-11-2019

Causa n° 809/2020 (Familia). Resolución n° 15 de C.A. de Concepción, 04-11-2020

Causa n° 161/2014 (Familia). Resolución n° 17821 de Corte de Apelaciones de Valdivia, de 8 de Septiembre de 2014

Causa Rit P 5714-2021. Centro de Medidas Cautelares de Santiago. Caratulado “Santander Barraza”.

Causa ROL 2155-2020 Apelación C.A de Santiago. 05-10-2020.

Causa n° 244/2019 (Familia). Resolución n° 12 de C.A. de Puerto Montt, 27-01-2020.

Causa 3517/2016, 20 de Marzo de 2017. Corte de Apelaciones de Santiago.

Causa n° 157/2020 (Familia). Resolución n° 9 de C.A. de Rancagua, 22-04-2020

Causa N° 99365-2020, (Familia) Apelación de Amparo, Corte Suprema - sala Cuarta Mixta, 26-08-2020

Causa n° 524-2021 (familia) Apelación C.A. de Rancagua, 21/12/2021

Causa n° 2155-2020 (familia) Apelación C.A. de Santiago, 05/10/2020

Causa n° 241-2020 (familia) Apelación C.A. de Santiago, 13/05/2020

Causa n° 67-2020 (familia) Apelación C.A. de Concepción, 06/05/2020

Causa n° 811-2020 (familia) Apelación C.A. de Santiago, 07/04/2020