MOCIÓN

Modifica la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, con el objeto de ampliar la potestad cautelar en el procedimiento especial para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes

Considerando:

1.- Que el artículo 22 de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, señala lo siguiente:

"Artículo 22.- 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."

OFICINA CAMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS CHILE 21-12-2022 14:40 VIRTUAL

2.- Que dicha norma resulta complementada por los artículos 71 y 92 que regulan, respectivamente, la misma potestad cautelar en el caso de los procedimientos especiales para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes y para el conocimiento de los actos de violencia Intrafamiliar.

Más recientemente, se incorporaron, además, los artículos 92 bis y 92 ter, referidos al monitoreo telemático.

3.- Que, como el citado artículo 22 lo esboza, la dogmática procesal ha clasificado las medidas cautelares, desde la perspectiva de sus efectos, en dos clases, conservativas e innovativas.

Aquéllas tienen por objeto facilitar el resultado de una ejecución forzada futura. Por tanto, procuran mantener el estado actual de cosas. Éstas, en cambio, apuntan a modificar la situación de hecho o de derecho existente.

Se ha sostenido que, de alguna forma, la cautela innovativa resulta más intrusiva, en tanto se ordena, aún sin que exista una sentencia, que una persona haga o deje de hacer algo, evidentemente, en muchos casos, contra su voluntad. Lo anterior, en aras de precaver un riesgo mayor.

Del mismo modo, los tratadistas clasifican dichas medidas, dependiendo de la forma en que se encuentran establecidas, en nominadas e innominadas, según si han sido establecidas y reguladas expresamente por el legislador o se permite al juez aplicar, según su prudente arbitrio, la que estime eficaz.

4.- Que si se analizan las disposiciones citadas a la luz de dichas clasificaciones puede concluirse que los tribunales de familia disponen de potestad para establecer medidas conservativas e innovativas.

Ello fluye de la declaración explícita del inciso primero del artículo 22 y de la revisión del catálogo de las contempladas en los artículos 71 y 92.

Ahora bien, desde la perspectiva de su amplitud, el artículo 22 consagra, también en forma manifiesta, la posibilidad de las cautelas innominadas, al señalar *que "el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del*

OFICINA CAMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS CHILE 21-12-2022 14:40 VIRTUAL

derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes."

Lo mismo se revela del artículo 92, cuyo encabezado remarca que el juez de familia podrá adoptar cualquiera de las que se detallan, *"sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes".*

Sin embargo, en el caso del procedimiento de protección de niñas, niños y adolescentes, se opta por una fórmula más restrictiva, pues el inciso final del artículo 22 indica:

"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."

A ello se agrega que el citado artículo 71 indica que *"el juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares"*, tras lo cual se listan una serie de alternativas posibles.

5.- Que tal disparidad de criterios resulta cuestionable. Al respecto, Estrada (2018)[1] concluye que el citado inciso final del artículo 22 sería inconstitucional, en tanto expresa una diferencia "arbitraria, irrazonada y quebranta el principio constitucional de igualdad ante la ley", pues "no se divisan las bases para establecer que un adulto puede requerir un amplísimo espectro de posibilidades cautelares y que, en cambio, un niño solo deba ser amparado bajo el estrecho arsenal de herramientas protectoras del artículo 71.".

Sostiene, asimismo, que la restricción de la protección a un acotado número de medidas infringe el deber de protección especial que recae sobre el Estado que debe adoptar "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención" (artículo 4 de la Convención).

[1] Estrada, Francisco; Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas; en Revista de Estudios de la Justicia. N° 28, 2018. Pg. 22.

OFICINA VIRTUAL CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS CHILE 21-12-2022 14:40

En el mismo sentido, Duque (2017)[2] observa que en la ley N° 19.968 “se haya establecido una potestad cautelar de tal magnitud que le permite al juez importantes facultades para diseñar las medidas cautelares, pero en un tema de suma urgencia y en el que el interés superior de niños, niñas y adolescentes se hace más patente, las tutelas sean numerus clausus. ¿Qué razón puede surgir de aquello? Podemos señalar que en el proyecto que da inicio a la tramitación legislativa de la que sería la ley de familia, la norma no era taxativa. Solo por indicación se estableció aquella condición. La historia de la ley no entrega mayores razones para este cambio.”

6.- Que, en efecto, al analizar la historia de la ley N° 19.968 se advierte que el Mensaje revela la intención de entregar a los jueces una amplia potestad cautelar, que puede ejercer tanto de oficio como a petición de parte.[3]

Si bien ello concitó un firme respaldo en las comisiones de la Cámara de Diputados, hubo voces críticas, como la de la ex Diputada señora Cubillos, que expresó en la Sala, entre las materias que, a su juicio requerían un mayor análisis, lo siguiente:

“En segundo lugar, la necesidad de limitar las amplias facultades discrecionales que se otorgan al juez para imponer medidas cautelares, definir sistemas de notificación y en relación con varios otros aspectos del procedimiento. Sería importante revisar esos aspectos para fijar marcos legales y exigir resolución fundada.”[4]

Probablemente, dicha objeción fue la que se tuvo en cuenta durante el trámite legislativo del proyecto en el Senado. De esta forma, tras el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, una indicación del Ejecutivo propuso modificar el artículo 22 incorporando el inciso final:

---

[2] Duque, José Alejandro, La potestad cautelar del juez de familia. Sus alcances y límites, en Revista de Estudios Judiciales Nº 4, Ediciones DER, 2017. Pg. 128.

[3] Historia de la ley N° 19.968, Biblioteca del Congreso Nacional. Pg. 8.

[4] Historia de la ley N° 19.968, Biblioteca del Congreso Nacional. Pg. 426.

OFICINA CAMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS CHILE 21-12-2022 14:40 VIRTUAL

“Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el párrafo I del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 42.”.

Del mismo modo, el Ejecutivo sugirió modificar el artículo 42 (que, posteriormente, pasó a ser 71) haciendo más restrictivas las medidas cautelares aplicables al procedimiento de protección, con la mención a que “*el juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:”*

El debate no aclara con mayor profundidad el motivo de estas restricciones.

7.- Que lo anterior no había tenido hasta ahora mayor relevancia, toda vez que habitualmente se había interpretado extensivamente el artículo 71, aplicando las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y, particularmente, el principio rector del interés superior, mencionado precisamente a propósito de este tema, en el inciso primero del artículo 22.

Sin embargo, más recientemente, las Cortes de Apelaciones han recogido un criterio más restrictivo, admitiendo solo aquéllas medidas cautelares descritas expresamente en el artículo 71 y, consecuentemente, han revocado decisiones que imponían alimentos provisorios o normado la relación directa y regular.

Ilustrando esta inconsistencia Estrada explica “La letra e) del artículo 71 señala como posible medida cautelar la suspensión de un determinado régimen relacional, pero ni esa letra ni ninguna otra contempla el establecimiento de un régimen relacional como cautelar. Esa medida habría que demandarla por la vía ordinaria, ¿pero qué sucede si quien requiere es alguien que no es titular según el artículo 229 del Código Civil? Un hermano, por ejemplo, o el ex conviviente del padre o madre biológico. En tal caso no se podría imponer como cautelar ni como régimen provisional en un juicio ordinario. Esa es una abierta vulneración a la Convención.”

8.- Que, en razón de lo señalado, creemos necesario introducir una modificación a la ley N° 19.968 que amplíe las medidas cautelares aplicables en el caso del procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de los

OFICINA
CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS
CHILE
21-12-2022
14:40
VIRTUAL

derechos de los niños, niñas o adolescentes, haciéndolas concordantes con lo dispuesto tanto en el inciso primero del artículo 22 como en el artículo 92 de dicho texto y, restaurando, por tanto, el espíritu del Mensaje que dio origen a dicho cuerpo normativo.

Por lo anterior, las diputadas y diputados que suscriben, venimos en presentar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único.- Modifícase la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, de la siguiente forma:

1.- Elimínase el inciso final del artículo 22.

2.- Incorpórase, en el inciso primero del artículo 71, la siguiente letra i) nueva:

“i) Las medidas establecidas en el artículo 92 que resulten aplicables y, en general, aquéllas que el juez estime indispensables para la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.”



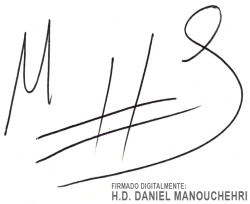
ANA MARIA BRAVO CASTRO
Diputada de la República
Distrito N°24

OFICINA
CAMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS
CHILE
21-12-2022
14:40
VIRTUAL

OFICINA
CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS
CHILE
21-12-2022
14:40
VIRTUAL



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. ANA MARÍA BRAVO C.



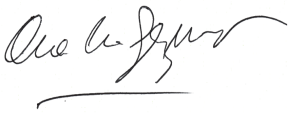
FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. DANIEL MANOUCHEHRI L.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. DANIEL MELO C.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. EMILIA SCHNEIDER V.



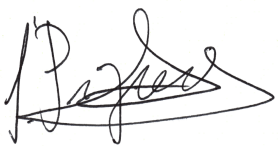
FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. ANA MARÍA GAZMURI V.



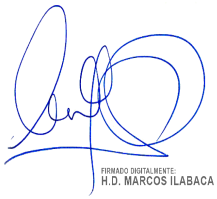
FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. DANIELLA CICARDINI M.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. NATALIA ROMERO T.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. LORENA PIZARRO S.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. MARCOS ILABACA C.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. HOTUITI TEAO D.

