

LA POTESTAD CAUTELAR DEL JUEZ DE FAMILIA. SUS ALCANCES Y LÍMITES

THE CAUTELAR POTESTAD OF THE JUDGE OF FAMILY.
THEIR SCOPE AND LIMITS

JOSÉ ALEJANDRO DUQUE VILLA*

RESUMEN: Constantemente se justifica la necesidad de una potestad cautelar amplia en la necesidad de urgencia y celeridad ante las exigencias propias de los conflictos de familia. A través de estas líneas buscamos explicar, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, la armonía que debe existir entre las cautelares y el debido proceso, para posteriormente conceptualizar y analizar someramente ciertas instituciones, a saber, cautelares conservativas, innovativas, tutelas anticipadas y medidas autosatisfactivas, las que se tratan comúnmente todas como medidas cautelares, a pesar de no compartir íntegramente sus características.

Terminaremos, a la luz de lo ya referido, analizando la normativa establecida en la Ley N° 19.968 y en otras disposiciones especiales y relevantes, planteando algunas de las principales discusiones y problemas que ha suscitado su aplicación práctica. En particular estudiaremos el artículo 22 de dicha ley, así como las reglas especiales de aquella en materia de protección o vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, violencia intrafamiliar, la Ley N° 20.066 y la cautela especial de alimentos provisorios establecidos en la Ley N° 14.908.

ABSTRACT: It is constantly justified the necessity of a broad precautionary power in the need of urgency and speed in the face of the demands of family conflicts. Through these lines, we seek to explain, from the perspective of effective judicial protection, the harmony that must exist between precautionary measures and due process, to later conceptualize and analyze briefly certain institutions, namely conservative, innovative precautions, early guardianships and self-satisfactory

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso. Magister en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario, Argentina. Profesor Internacional Visitante en las cátedras de Derecho Probatorio, Teoría General del Proceso y la Cátedra Libre "Perspectiva Internacional y Análisis sobre el nuevo Código General del Proceso", en la Universidad Cooperativa de Colombia. Abogado de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso e integrante de la Unidad de Estudios de dicha institución desde 2014. Abogado de la Unidad de Familia de la Oficina de la ciudad de Quillota.

measures, which are commonly treated as precautionary measures, despite not fully sharing their characteristics.

We will conclude, in the light of the above, analyzing the regulations established in Law 19.968 and other special and relevant provisions, setting out some of the main discussions and problems that have elicited its practical application. In particular, we will study article 22 of this law, as well as the special rules of that law regarding protection or violation of the rights of children, domestic violence, law 20,066 and the special precaution of provisional foods established in law 14,908.

PALABRAS CLAVE: Medidas, cautelares, tutela, debido proceso, límites.

KEYWORDS: Measures, precautionary, judicial protection, due process, limits.

“Existen pruebas de que inadecuadas, incluso pueriles medidas, pueden servir para rescatarnos del peligro”.

Quien me malentienda pensará que al decir medidas me refiero a las cautelares, y al decir peligro, me refiero al de la demora. Como diría Win Wenders, ni tan lejos ni tan cerca.

Las palabras obedecen a la pluma de Kafka, en su relectura de la Odisea de Ulises, y al respecto permítaseme una inadecuada y pueril pregunta, la que me hice cuando me invitaron a escribir en esta prestigiosa revista sobre la potestad cautelar del juez de familia. ¿Por qué a un abogado litigante institucional, miembro de la Corporación de Asistencia Judicial, se le invita a escribir de potestad cautelar, a sabiendas que dirigirá sus palabras a los límites?

Me permito, para responder, evocar la mítica figura de Ulises, atado al mástil, resistiendo los peligros del llamado de las sirenas. ¿Quizás ustedes pretenden eso? Nada más riesgoso pero tentador que el ejercicio de facultades discrecionales, oficiosas, previas o posteriores, novedosas, cualquiera que sea.

¿Es necesario recurrir a la cuerda de cera que ató a Ulises para evitar este majestuoso canto de sirenas?

I. EL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA Y SU RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Concepto de tutela efectiva

La función jurisdiccional no es un fin en sí mismo, lo que de obvio no resulta en evidente, ya que en más de alguna ocasión hemos visto

sistemas que buscan satisfacerse en sus propias normas sin observar el fin garantizador de derechos y libertades del proceso. La función jurisdiccional es un servicio, y está a disposición de los justiciables para que en sus conflictos relevantes puedan encontrar la solución adecuada, ello atendida la expropiación que ha hecho la ley de la resolución de pleitos de relevancia jurídica, mas no debemos olvidar que lo expropiado es la solución y no el conflicto mismo.

Por ello, una democracia se configura desde un marco jurídico cuyas herramientas de protección de los derechos humanos gozan del mismo resguardo que los derechos humanos mismos. En palabras de PÉREZ LUÑO: *“La existencia de un derecho necesita de un sistema de protección, y para establecer este sistema, requiere, a la vez, de la preexistencia de aquél. Lo anterior implica elevar a un rango constitucional a las normas procesales que contienen la regulación de aspectos esenciales del proceso”*¹.

Esta protección se desarrolla a través de un instrumento, que permite a las partes debatir en un ambiente de igualdad ante un funcionario imparcial, debiendo el sistema democrático proporcionar a los justiciables el adecuado acceso y tránsito dentro de los procesos jurisdiccionales².

Esta tutela o protección de acceso y tránsito se ha denominado tutela judicial efectiva, y se ha conceptualizado como *“La noción de derecho a la tutela judicial importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales”*³.

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio (2013): “La fundamentación de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, año 1983, N° 17, Madrid, p. 103, citado por AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, “Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, p. 461.

² Hermosa y lúcida frase se nos ha entregado desde la entrañable Rosario por parte del juez y hoy longevo maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO, “el proceso como último bastión de la libertad”, y en la que nos describe este sin par instrumento y lo sitúa en el podio de las invenciones humanas.

³ GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales*, 11 (2), 229-282. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007> p. 244.

La protección de una determinada situación de relevancia jurídica no solo debe plantearse desde lo sustantivo sino también desde lo procesal. Lamentablemente, desde hace años en nuestro país se han realizado avances del derecho material que no han ido de la mano de progresos en aquellos instrumentos de protección jurisdiccional.

2. Relación entre tutela efectiva y la celeridad procesal

Recuerdo en esta instancia las palabras de uno de los grandes de la literatura universal, William SHAKESPEARE: “¿Quién, si esto no fuese, aguantaría la lentitud de los tribunales, la insolencia de los empleados, las tropelías que recibe pacífico el mérito de los hombres más indignos, las angustias de un mal pagado amor, las injurias y quebrantos de la edad, la violencia de los tiranos, el desprecio de los soberbios? Cuando el que esto sufre, pudiera procurar su quietud con sólo un puñal”. Frase que ha sido simplificada por la siguiente: “La tardanza de la Justicia es uno de esos males de los que el hombre sólo puede librarse mediante el suicidio”.

En materia de familia, la prontitud en la respuesta jurisdiccional se erige como un requisito más patente o más intenso que en otros sistemas. La necesidad de recibir lo acuciante para la subsistencia, determinar quién es el más idóneo para criar y educar un hijo, proteger a aquel que ha sufrido o puede seguir sufriendo violencia, evitando un mal mayor, etc., son razones más que suficientes para buscar una respuesta no solo adecuada sino oportuna.

Si recordamos la génesis del sistema reformado de familia, dos grandes problemas se nos plantearon a quienes operamos de frente al estrado; el primero, la exclusión del letrado, el segundo, la demora. Procesos cuya primera resolución citaba a audiencia muchos meses después eran, siguiendo a Hamlet, no un motivo de suicidio pero si de tremenda desesperanza.

Hoy hemos mejorado, con audiencias en plazos razonables, con apropiada intervención letrada, dejando así las taras iniciales y protegiendo aquel derecho que hemos señalado como de tutela judicial efectiva.

Frente a estos procesos de familia, que hoy se tramitan en tiempos razonables, hemos puesto la potestad cautelar como un subconjunto, del que se espera no solo celeridad, sino ya inmediatez, sin percibir que no todas las peticiones requieren la misma urgencia y que la necesidad de un debido proceso no puede soslayarse, salvo que volvamos a procesos inquisitoriales o retrógrados. Se ha observado por el legislador, y por parte de la doctrina,

a esta potestad como un comodín, el que puede servir en los más distintos casos, fungiendo como solución a problemas de diversas naturalezas.

3. *Relación entre tutela efectiva y medidas cautelares*

Como hemos señalado, la tutela efectiva requiere de un instrumento adecuado de protección y garantía, el que se sustancie en plazos razonables. El proceso de familia, producto de una serie de reformas y gestión administrativa, ha logrado ceñirse a dichos requerimientos. Pero no solo celeridad necesitamos. Las medidas cautelares más que rapidez necesitan oportunidad, buscando que los resultados del proceso se puedan ejecutar. Pretenden proteger a los intervinientes para que la sentencia produzca respecto de ellos el fin esperado por la norma.

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 ello.

II. LA POTESTAD CAUTELAR

1. *Generalidades*

El ejercicio de la facultad cautelar consagrado por el artículo 22 de la Ley N° 19.968⁴, en los términos en los que está formulado, y tal como

⁴ 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”.

lo analizaremos más adelante, puede resultar en una atractiva tentación a desbordar los límites de un debido proceso. Por ello, se hace necesaria, e incluso urgente, la labor delimitadora de las potestades explicitadas en la norma ya referida.

No se trata de evitar aquellas herramientas que permitan una justicia oportuna, sino procurar que el ejercicio jurisdiccional se enmarque dentro de aquello que se ha descrito en distintas legislaciones como justo y racional procedimiento, debido proceso o inviolabilidad de la defensa en juicio.

2. *Concepto*

El primer límite de cualquier institución viene dado por su definición, es decir, los contornos o fines de la misma. Mientras no exista claridad al respecto, la conversación o dialéctica no tendrá mucho sentido.

Debemos reconocer que nuestra disciplina no se caracteriza por la univocidad de los términos. Si decimos “acción”, dependerá si somos procesalistas, penalistas o comercialistas para darle uno u otro sentido; si decimos “proceso”, dentro de los propios procesalistas habrá tantas definiciones como definidores exista.

Desde un somero análisis de la historia u objeto primitivo de la institución, se observa que con la cautela se buscó proteger la acreencia, la que se debe ejecutar frente a un deudor de dudosa solvencia o probable insolvencia y en un proceso no solo lato, sino también costoso. Para ello surge el denominado embargo preventivo, el que, obviamente, no debe decretarse previa audiencia del deudor, salvo que transformemos en inútil una eficiente institución.

Por ello, dentro de alguna clasificación, se ha señalado que el proceso cautelar es aquel que tiene por objeto impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de un proceso, pierda su eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Si bien estamos en materia de familia, la cautela respecto de bienes materiales existe, y resulta fundamental en casos como alimentos, en los que evitar la disposición de bienes del alimentante puede 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.

Ciertamente en nuestro campo de estudio, la protección de la vida e integridad de la persona también se transforma en una situación digna de cautela, ya que del supuesto agresor familiar se hace necesario el alejamiento desde ya, mas no siempre y menos a cualquier costo.

Por ello, veamos algunas definiciones o conceptos de las medidas cautelares:

Para Raúl MARTÍNEZ BOTOS, las medidas cautelares son “*disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo*”⁵.

La Corte Constitucional Colombiana ha expresado en sus fallos:

*“Las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada”*⁶.

PODETTI, ampliando considerablemente la definición, indica que “*las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencia de los jueces*”⁷.

El Tribunal Constitucional español destaca la finalidad precautoria, señalando que

*“Todas las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia”*⁸.

⁵ MARTÍNEZ BOTOS, Raúl (1990): *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 27.

⁶ Expediente D-4974. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 A de la ley 712 de 2001, sentencia de 27 de abril de 2004. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>.

⁷ PODETTI, José Ramiro (1956): *Tratado de las medidas cautelares*, Editorial Ediar, p. 22.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de España. Sentencia 218/1994; 238/1992, fundamento jurídico 3º. hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2735.

El insigne procesalista uruguayo, Eduardo COUTURE ha señalado que “*Son aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo*”⁹.

*3. Para seguir en este fin delimitador,
se hace conveniente un somero recuerdo de las características
que comúnmente se nos presentan de las medidas cautelares*

a. Provisionales: Subsisten solo mientras duran las circunstancias que permitieron su concesión.

b. Accesorias o Instrumentales: Existen en tanto subsista un proceso (denominado principal) por el que, o se discute un derecho incierto (o se discutirá, en el caso de las prejudiciales), o se posibilitará la ejecución cuando ese derecho ya ha sido declarado cierto, o se permitirá el adecuado ejercicio de su defensa. Una vez terminado el proceso termina la cautela, siguiendo el viejo aforismo que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

c. Modificables: No solo su existencia, sino la forma en la que han sido decretadas estas cautelas pueden variar, tomando en consideración las circunstancias del caso, o el surgimiento de nuevas necesidades de cautela o la extinción de las previas. No adquieren, por tanto, el carácter de cosa juzgada, pudiendo ser ampliadas, reducidas, sustituidas y dejadas sin efecto.

d. Caducable: Cuando se decretan previo al proceso, al incumplir la exigencia legal posterior.

e. Generalmente unilaterales. Es decir, se decretan, por su urgencia y necesidad de eficacia, a sola petición del interesado y de los antecedentes que provea, sin escuchar a la otra parte.

f. No son anticipo jurisdiccional. Mientras nos situemos en el campo de las cautelares conservativas, será predicable esta característica. Mas, y como veremos en el avance de este trabajo, esta característica se difumina ante las cautelares innovativas y la tutela anticipatoria.

4. Diferencias entre instituciones

Sabemos que el progreso y desarrollo dogmático o jurisprudencial, unido a una efervescencia legislativa, promueve la génesis de instituciones asociadas

⁹ COUTURE, Eduardo (1976): *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, editorial Depalma, p. 405.

o vinculadas a otras, a veces, no de manera natural sino artificiosa, incluso solo como un recurso político para asegurar, ya una comprensión simple, pero equivocada, ya una mejor acogida social.

Surgen así nuevas cautelas, como la tutela innovativa, más asociada al concepto de dar que de asegurar. Posteriormente, con el concepto de tutela anticipada se devela la creación dogmática que permite obtener exactamente lo que se quiere, mientras se tramita el proceso por el que se discute dicha pretensión. Más allá se encuentran las denominadas medidas autosatisfactivas, uniendo las ideas de dar y de autonomía. Todas surgen dentro del capítulo de las medidas cautelares, no obstante las notables diferencias de cada una.

De aquello surge una serie de problemas, a saber: confusión de conceptos que impide enmarcar o definir las nuevas instituciones surgidas; aplicación de características a la nueva institución, sin que aquellas sean reflejo de esta; utilización de normas comunes para suplir la falta de legislación específica de la nueva institución, sin que exista concordancia estricta entre dicha normativa y aquella creación. Ejemplo de aquello es la aplicación indiscriminada de la regla que obvia la audiencia previa para decretar la medida cautelar, a pesar que podemos no estar asegurando resultados sino concediéndolos; se termina de esta manera contrariando los principios que regulan un debido proceso.

Analícemos someramente estas creaciones, alojadas en el ámbito cautelar, pero con claras y marcadas diferencias:

a. Cautela innovativa

Las medidas cautelares pueden clasificarse en conservativas e innovativas. Las primeras tienen por objeto facilitar el resultado de una futura ejecución forzada. Estas ejecutan la finalidad tradicional de la tutela cautelar, a saber: *“facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”*¹⁰.

Las segundas son excepcionales, ya que buscan modificar el estado de las cosas (de hecho o de derecho) existente antes de la solicitud. Se promueve en este caso la actividad judicial, con el fin que se ordene el cese de una

¹⁰ CALAMANDREI, PIERO (1945): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, p. 56.

actividad contraria a la norma o se retrotraigan sus resultados. Este tipo de medidas exceden lo puramente asegurativo.

En lo que respecta a las finalidades de cada una, mediante la cautela clásica se trata de mantener, de inmovilizar una situación de hecho, evitando los cambios de la misma que pudieran frustrar el resultado práctico del proceso principal; mientras que la cautela innovativa exige 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 hacer algo. Las razones de la innovación o modificación del estado de hecho o derecho surge de la pugna que se plantea entre los tiempos de un proceso, para asegurar el adecuado respeto al “justo y racional procedimiento”, y la necesidad de la obtención pronta y oportuna de lo pedido¹¹.

Algunos autores plantean que la excesiva demora tanto de procesos declarativos como ejecutivos, la inactividad de la parte menos interesada en un cambio de las cosas, la inactividad del juez en el avance del proceso, la disparidad de recursos económicos de las partes, la existencia de litigantes institucionales, etc., son factores que producen dilaciones que deben, en muchos casos, ser morigerados con la existencia de este tipo de cautelares. Estas cautivadoras ideas, cual cantos de sirena, ponen el acento en la celeridad, disponiendo un velo sobre las nuevas creaciones que impiden su concepción nítida. Al respecto la profesora AGUIRREZABAL ha señalado que *“A través de figuras como la medida cautelar innovativa..., se coloca el acento en la eficacia de la protección que se otorga, ya no sólo como manifestación del principio de la economía procesal o como la consideración del proceso como un fin en sí mismo.*

*A pesar del movimiento en favor de la promoción de estas nuevas figuras, en la práctica su desarrollo es mayoritariamente dogmático y jurisprudencial, faltando un desarrollo legislativo y la adecuación de las estructuras procesales tradicionales a estas nuevas formas de tutela, que suponen procesos más sencillos y más rápidos”*¹².

¹¹ Como observamos, no se trata de una discusión entre lo bueno y lo malo de los tiempos procesales, sino como la misma bondad que este plantea para el adecuado respeto del debido proceso, se puede predicar respecto a la obtención de lo pedido. Así, la respuesta adecuada para este pleito debe encontrarse en la solución pronta, pero debida.

¹² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2013): *Revista Chilena de Derecho Privado*, “Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar”, p. 462.

Las letras de la jurista continúan, expresando lo siguiente: *“Así, la tutela cautelar ha sido extendida a figuras distintas de aquéllas que simplemente tienden a asegurar el resultado de la acción, integrándose con mecanismos más dinámicos y menos instrumentales”*¹³.

Si bien, ya hemos expresado que la cautela surge como una forma de asegurar el resultado del juicio y este pueda satisfacer la pretensión del actor en caso de concederse, manteniendo el estatus de las cosas o del derecho, ya desde mucho tiempo atrás se ha expresado la posibilidad de asegurar innovando.

Tomando a uno de los más reconocidos autores argentinos, quien ha sido prolífico en todo este tema de las cautelas urgentes, tenemos a la medida cautelar innovativa como *“una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado... ordenando –sin que concorra sentencia firme de mérito– que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente”*¹⁴.

Desde el mismo punto, de Los Andes nos llega un interesante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, la que ha señalado al conocer de un recurso de hecho:

*“40) Que, en primer lugar, interesa destacar que la cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 316:1833; 320:1633)”*¹⁵.

Vemos cómo surge este tipo de cautelas que coinciden en su carácter excepcional, alterando el estado de las cosas (de hecho o derecho), y configurando una nueva situación que, de manera relevante, permitirá asegurar la pretensión que se ha demandado.

¹³ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2013), p. 463.

¹⁴ PEYRANO, Jorge W. (2003): “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en *Medida innovativa*, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 30.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Rol N° 67/2013. Recurso de Hecho. “Expreso Tigre Iguazú SRL c/ La Nueva Estrella SCC y otros / medida cautelar” <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7303262&cache=1500851645746>.

Como hemos advertido, ya autores como CALAMANDREI, CARNELLUTTI, PEYRANO, nos señalan que estas medidas anticipan la petición principal demandada, “*anticipan proveimiento que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia*”. Y no solo eso, no es solo una concepción provisoria. Los derechos que se satisfacen por una de estas medidas, lo son, en palabras de Ángel GARROTE, “*gozados irrevocablemente*”.

b. Tutela anticipada

Se encuentra constituida por en una serie de mecanismos que le permiten al órgano jurisdiccional conceder la protección solicitada, antes del pronunciamiento de una sentencia definitiva. Este tipo de tutela permite a los jueces adoptar medidas para satisfacer o proteger el derecho, cuando hay casos graves y urgentes que lo justifiquen.

Roland ARAZI explica que “*la tutela anticipada presupone la necesidad de satisfacer de manera urgente, total o parcialmente la pretensión que el peticionario formula en el proceso, antes del dictado de la sentencia definitiva por el daño irreparable que originaría cualquier dilación*”¹⁶.

“*Una manifestación exitosa de justicia temprana está dada por lo que se ha dado en llamar tutela anticipada. Existe ésta cuando la matriz del proceso en cuyo seno se reclama su despacho no permite decir que se trata de una hipótesis de justicia temprana. Empero, la concurrencia de factores tales como la urgencia o la evidencia funcionan como aceleradores excepcionales de los tiempos de un procedimiento normalmente más moroso en admitir el desplazamiento de derechos*”¹⁷.

Para una mejor delimitación, corresponde analizar la cercanía o fusión de la cautela innovativa y la tutela anticipada, y al respecto nos atrevemos a señalar que, junto a las similitudes que se predicen de ellas, también se observan importantes diferencias:

i. La medida cautelar se dicta, por regla general, *inaudita altera pars*, con el objeto de evitar que sus resultados se vean frustrados por el aviso previo a la contraria. En el caso de la tutela anticipatoria, parece que, si

¹⁶ ARAZI, Roland, “Tutela Anticipada”, en *Revista de Derecho Procesal*, t. 1, “Medidas cautelares”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 390.

¹⁷ PEYRANO, Jorge W., “El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor evidencia”, en *La Ley 2011-B*, p. 773.

estamos concediendo todo o parte del objeto mediato de la pretensión, debemos escuchar al demandado, ya que, si bien la concesión puede ser provisoria, una vez dada, lo que se goza por ese lapso lo es de manera irrevocable.

ii. Por el mismo objeto de cada medida, el grado de certeza que se exige es distinto. La cautela innovativa, y las cautelares en general, exigen solo verosimilitud. Cuando la tutela se anticipa, y conforme a esos derechos que podrá gozar el demandante previo a la sentencia de mérito, se hace necesario mayor nivel de convicción.

iii. La profesora Aguirrezabal también observa una diferencia en las razones que la fundamentan, señalando que en la innovativa es la urgencia, mientras que en la tutela anticipada es el abuso del derecho y el largo tiempo de sustanciación de todo proceso¹⁸.

iv. Lo excepcional de las cautelas innovativas pasa a ser extraordinario en la tutela. No es habitual que, mientras se espera la respuesta jurisdiccional a través de una sentencia de mérito, se modifique la situación de hecho o jurídica, buscando resguardar el cumplimiento de los resultados del juicio. Menos frecuente aún, es dar lo pedido antes que se resuelva en definitiva. A pesar de lo anterior, y con muy buena técnica legislativa, el carácter extraordinario se desvanece frente a ciertas instituciones que exigen una respuesta inmediata, ya que buscan resguardar derechos tan caros como la vida y la subsistencia, y no de cualquiera, sino particularmente de los más vulnerables, los menores de edad, y respecto de los cuales no solo la ley, sino que la moral exige cumplimiento pronto.

En atención a casos muy específicos, la exigencia legal se satisface con muy pocos pero determinados antecedentes, como en el caso de alimentos demandados por un hijo de su padre, siendo la obligación moral de cumplimiento tan intensa que el legislador genera un sistema de pronta satisfacción, estableciendo legislativamente una tutela anticipatoria, señalando la institución que ampara (alimentos), a quien ampara (hijos), a quien obliga (padres), a cuanto obliga (mínimos y máximos legales), todo generando un sistema de presunciones que facilitan la concesión de estas medidas, pero que no olvidan la necesaria posibilidad de defensa del demandado.

¹⁸ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2013), pp. 466-467.

c. Medidas autosatisfactivas

Consisten en el otorgamiento inmediato del derecho que se pretende, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho.

Jorge PEYRANO sostiene que *“La medida autosatisfactiva es un procedimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable no siendo necesario entonces, la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento; no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma”*¹⁹.

Esta institución procesal ha surgido al alero pretoriano. Las razones de su génesis, similares a las de las cautelas innovativas, se encuentran en la demanda de un tratamiento urgente respecto a ciertos conflictos jurídicos y a una respuesta oportuna y eficaz.

III. LA POTESTAD CAUTELAR EN LA LEY N° 19.968

Desde la legislación que motiva las presentes letras surge el artículo 22 de la Ley N° 19.968²⁰.

La oficiosidad de la Ley N° 19.968 otorga al juez de familia una abundante gama de posibilidades, tanto formales como materiales. El juez puede manejar sin mayores contrapesos el *iter* procesal, regulando los tiempos del proceso. Cuenta con importantes facultades materiales, entre las que destaca el ofrecimiento de prueba y la exclusión de la ofertada por las partes.

¹⁹ PEYRANO, Jorge W. (1998): *Régimen de las medidas autosatisfactivas, Nuevas propuestas*. Ed. La Ley, p. 968.

²⁰ Aquel artículo tuvo su fuente u origen en el siguiente, que es la primitiva propuesta legislativa en orden a establecer la potestad cautelar genérica del juez de familia: “Artículo 34.- En cualquier momento del juicio y desde el momento de la presentación de la demanda o denuncia, el juez, de oficio o a petición de parte, en caso que la gravedad de los hechos así lo requiera, podrá, mediante resolución fundada, decretar cualquier medida cautelar que estime indispensable para la protección de un derecho, siempre que exista peligro fundado de lesión o amenaza del mismo. En especial, podrá adoptar cualquier medida destinada a garantizar la seguridad física o psíquica de los involucrados, y su subsistencia económica, así como la tranquila convivencia del grupo familiar”.

Pues bien, siguiendo esta clasificación, nos parece atinentes las palabras de Iván HUNTER AMPUERO: *“Ahora bien, no obstante reconocer que la separación entre potestades procesales y materiales es la summa divisio, se pueden observar ciertas facultades que no encuadran en forma pura dentro de las potestades formales o materiales; me refiero a la potestad cautelar general del Art. 22 de la Ley y a ciertas facultades de promover la mediación y la conciliación (art. 61 N^{os}. 4 y 5), que están destinadas a resguardar el peligro que una sentencia tardía puede significar para los justiciables o a poner pronto remedio al conflicto mediante soluciones autodeterminadas”*²¹.

Al respecto, pasaremos al estudio pormenorizado del artículo 22 y sus implicancias.

1. Existencia de una potestad cautelar genérica

Nos responderemos acá, antes que la interrogante si esta norma fija la regla general en materia de cautelares en la ley de familia, si establece la potestad de dictar medidas cautelares, innominadas y atípicas, no solo en el caso de ser solicitadas por las partes, sino principalmente, cuando el juez lo estima pertinente y lo decide, siendo de esta manera este quien establece los requisitos y características de las cautelares que genere.

El Mensaje Presidencial que da origen a la tramitación de la ley de familia señala al describir los contenidos esenciales del proyecto, en especial de la potestad cautelar, lo siguiente:

*“Potestad cautelar. Con el objeto de posibilitar la adopción de medidas urgentes cuando la situación lo amerite, se otorga al juez de familia una potestad cautelar amplia, que puede ejercer tanto de oficio como a petición de parte”*²².

a. ¿Cómo entender la función cautelar sin explicitar las potestades que implica, las que debiese desarrollar necesariamente el legislador?

El artículo 22 inicia con su epígrafe que refiere no a la función jurisdiccional específica sino al poder que se ejerce. En palabras de RUAY SÁEZ: *“Sin*

²¹ HUNTER AMPUERO, Iván (2007): “Poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), 20 (1), p. 211.

²² *Mensaje Presidencial*, Título III, letra e), Biblioteca del Congreso Nacional, página web www.bcn.cl, p. 12, de 2030.

lugar a dudas es evidentemente distinto consagrar una función, en general, a tipificar una potestad. En el caso de la noción de función se pretende asignar o describir la realización de determinada finalidad, adoptando dicha enunciación un carácter netamente descriptivo de un ser que ya es, por decirlo de alguna manera. La función no describe por sí misma las tareas encomendadas, ni las facultades, potestades o autorizaciones con las que contará determinado agente para la realización misma de la función. En ese sentido, es posible afirmar que la función es una consagración ideal genérica de un determinado ser, en tanto descripción abstracta del ámbito de acción, pero en ningún caso la expresión función ha de contener autorizaciones expresas ni tácitas para desarrollar la misma. En otras palabras, una cosa es decir que determinado agente cumplirá determinada función, y otra muy distinta es qué comprendemos por la realización efectiva de dicha función, y aún más lejos, el ‘cómo’ se llevará a cabo la función en cuestión. Sólo es este último ámbito el que se puede asociar a la consagración de potestades, que tal como señalamos precedentemente, se encuentra encomendado de manera exclusiva al legislador, conforme a nuestro orden democrático”²³.

La juridicidad, y su corolario constitucional, que exige norma para el ejercicio de los poderes estatales, entra en directo conflicto con una posible interpretación laxa del artículo 22, la que consideraría que *“la consagración de la función propiamente tal acarrearía de manera lógica, pero implícita, la consagración de una potestad cautelar genérica. Con esto se dejaría atrás la rígida y estática legalidad, posicionando coherentemente al juez en su posición de actor principal en el Proceso conforme al principio de impulso procesal de oficio”²⁴.*

A pesar que consideramos que definitivamente hay una vulneración del referido principio de juridicidad, la norma es lo suficientemente amplia para entender que el legislador ha dotado al juez de familia de amplios poderes cautelares, sin especificarlos más que en su oportunidad y requisitos, los que, de todos modos, configuran límites que deben ser respetados.

b. ¿Cómo entendemos, entonces, el epígrafe: “Potestad cautelar”?

A diferencia de lo que se expresa en el artículo 444 del Código del Trabajo, que refiere a “función cautelar”, el artículo 22 nos remite a las po-

²³ RUAY SÁEZ, Francisco (2015): “La función cautelar del juez en el proceso laboral. ¿Consagración de una potestad cautelar genérica?”, en *Revista Ius et Praxis*, año 21, N° 2, pp. 450-451.

²⁴ RUAY SÁEZ, Francisco (2015), p. 451.

testades, es decir, se nos anuncia que la norma que sigue nos expondrá los poderes con los que cuenta el tribunal, el juez de familia, para el ejercicio de la función de aseguramiento propio de la cautela.

Más que una afirmación, como lo expone RUAY SÁEZ, nos planteamos la siguiente interrogante: ¿es posible considerar, para el juzgador, una atribución potestativa tan amplia en nuestro ordenamiento sin contrariar lo prescrito en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado?

Nuestra respuesta se mueve dentro de los parámetros de una sociedad democrática, y en la que la deliberación conforme a los procedimientos de la carta fundamental, dispone la esfera de atribuciones y poderes de los órganos del Estado. Así, considerando a aquella como la fuente de potestades, la interpretación amplia del 22 pugna con ella.

Todavía más, la aplicación de una interpretación laxa de la norma en comento, como fuente de una potestad cautelar genérica, trae una serie de dificultades adicionales:

i. Un conflicto lidia con el principio de igualdad, ya que será difícil fundar, no solo una cautela en el caso particular, sino explicar el porqué en una causa sí se concede y en la otra no, o el porqué en un caso será conservativa y en otra innovativa, o el señalamiento de la inexistencia de cautela para ese caso particular; en el otro la creación pretoriana de una nueva cautela. Ejemplo de lo anterior observamos en las más disímiles resoluciones que resuelven la petición de fijar régimen comunicacional provisorio, cuando este se ha solicitado conjuntamente con la demanda²⁵. En el caso de alimentos, ¿no deberían obtener todos los hijos demandantes medidas cautelares respecto de los bienes de su padre o madre que no está al día en sus pagos?

ii. De la apertura de una puerta de estas dimensiones, surge no solo la posibilidad del juez de conceder las más diversas cautelas, en los más diversos casos, configurando supuestos, requisitos y características, sino la facultad a las partes de pedir las y obtenerlas. Surgen actuaciones que aprovechan la amplitud interpretativa, y mal utilizan las cautelares, buscando obtener pronto, y sin contrapesos, lo pedido. Este abuso ha puesto a quienes han diseñado este escenario amplio cautelar a crear dogmáticamente instituciones que las morigeren o sancionen, surgiendo así las denominadas medidas anticautela-

²⁵ Algunos tribunales resuelven: “Reitérese la solicitud en la audiencia respectiva”; en otros casos: “No ha lugar por falta de antecedentes”; en otros: “Traslado”. Si se observa, se consideran las más disímiles respuestas, más conceder lo pedido es, lisa y llanamente, buscar una aguja en un pajar.

res²⁶, las que no deben confundirse con la contracautela (presupuesto para el surgimiento de una precautoria), sino que buscan proscribir el ejercicio excesivo, inadecuado o abiertamente abusivo de la potestad cautelar.

Pues bien, como nuestro trabajo no apunta a generar una discusión en torno a *lege ferenda* sino a *lege lata*, nos corresponderá revisar pormenorizadamente el artículo 22 de la ley que crea los tribunales de familia, con un propósito evidente: utilizar la propia norma y sus requisitos y condiciones como referentes en la aplicación de la potestad cautelar, evitando que ella se erija como una limitación injustificada a la esfera de libertades de los justiciables.

2. Análisis del artículo 22

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

La disposición comienza señalando su carácter residual: las medidas que aquí se facultan, lo son sin perjuicio de otras que puedan preverse en leyes especiales, por ejemplo, en materia de violencia intrafamiliar (Ley N° 20.066) o la de alimentos (Ley N° 14.908) o en el Código Civil, en el artículo 141.

¿Este carácter implica que esta norma se presenta o releva como supletoria de todas aquellas otras que específicamente tratan cautelas? De su tenor la respuesta solo puede ser afirmativa, desde que se inicia en la consideración de no perjudicar la aplicación de la normativa especial.

Ya que la disposición solo separa las cautelas prescritas en leyes especiales, ¿qué sucede con las cautelas que específicamente se configuran en la propia ley de familia? Desde una interpretación contextual, esta norma se erige como complementaria de aquellas que establecen medidas en la propia Ley N° 19.968, aportando a su configuración.

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

Discurrimos acá respecto a la oportunidad en que el tribunal puede dictar una medida cautelar.

Primeramente puede serlo en cualquiera etapa de un procedimiento ya iniciado. Así, podrán pedirse y decretarse en primera instancia, en segunda instancia o en etapa de casación. No se vedan momentos procesales para su concesión.

²⁶ Llamativo es que los mismos que han ofertado en el mercado jurídico una potestad cautelar genérica, de fuente jurisprudencial, solo sujeta a las necesidades de la pronta respuesta, ahora proporcionen el antídoto ante los abusos de aquella.

De conformidad al artículo 61 numeral 3 de la Ley N° 19.968, en audiencia preparatoria el juez también puede disponer medidas cautelares, ya sea de oficio o a petición de parte. Para el caso que dichas tutelas se hubiesen decretado previamente, el tribunal deberá resolver si las mantiene. Surge la duda que se presenta si el tribunal, ante medidas concedidas, no resuelve en la citada audiencia sobre su mantención. ¿Significa aquello que quedan sin efecto *ipso iure*?

También podrán decretarse antes de iniciado el proceso. En este punto surgen las denominadas medidas prejudiciales²⁷⁻²⁸, aplicándose al respecto las normas del Título IV del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil (artículos 273 a 289).

Tomando en consideración las reglas del Código procedimental, corresponde preguntarnos lo siguiente:

a. ¿Rige respecto de quien pide estas medidas la obligación prescrita en el artículo 280 del Código²⁹, en orden a interponer la demanda dentro del término de diez días de concedida?

b. ¿Se mantiene la exigencia de, junto a la demanda, pedir que se mantengan las medidas decretadas?

²⁷ En lo relativo a la denominación, se observa una imprecisión, ya que no son medidas previas, separadas ni anteriores al ejercicio jurisdiccional, sino que se constituyen en un procedimiento judicial, previo al principal por el que se busca la atribución definitiva de los derechos.

²⁸ Al respecto recordemos los distintos tipos de estas medidas: *Medidas Prejudiciales Preparatorias*: son aquellas que tienen por objeto obtener los datos o antecedentes necesarios para entablar una demanda. Son las contempladas en los artículos 273 N°s. 1 al 4, 282 y 285 del CPC. *Medidas Prejudiciales Probatorias*: son aquellas que tienden a obtener pruebas anticipadas para un próximo juicio, atendido a la dificultad o imposibilidad de contar con las fuentes probatorias posteriormente, como aquellas contempladas en el N° 5 del artículo 273 y en los artículos 281, 284 y 286 del CPC. *Medidas Prejudiciales Precautorias*: son aquellas destinadas a asegurar, en forma previa a la iniciación del juicio principal, el resultado de la acción que se va a entablar, y la correspondiente ejecución forzada si procediere. Se encuentran reguladas en el artículo 279 CPC y refieren a la establecidas en el artículo 290 y a las de creación jurisprudencial de la parte final del artículo 298.

²⁹ *“Artículo 280 (270). Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados. Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento”.*

c. ¿La presunción de dolo que prescribe el artículo 280 del CPC aplica al proceso de familia?

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

La decisión de ejercer la potestad cautelar pertenece al juez, ya sea a petición de una de las partes o por iniciativa propia. No está limitado por el principio dispositivo en esta materia.

En este ámbito el juzgador debe actuar con suma prudencia, pues el ejercicio de estas facultades podría afectar la imparcialidad necesaria en todo juicio, ya que, bajo los parámetros ya señalados, no erramos al decir que la ley le ha dado al juez de familia la facultad de decidir sobre una cautela que él mismo puede promover y configurar, sin estar sujeto a la existencia de un proceso pendiente ni a hechos que delimiten un conflicto.

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

La propia ley ha establecido que se debe tener en cuenta tanto la verosimilitud del derecho invocado como el peligro de la demora.

Vemos surgir los presupuestos generales de las cautelas en el Código de Procedimiento Civil chileno, los que, como tales, se erigen como necesariamente previos a su dictación.

i. Peligro de la demora: Implica reconocer que de la espera se puede producir un daño que el derecho considera no se debe soportar.

El tiempo surge como necesario para el desarrollo adecuado del proceso, mas puede ese mismo surgir como el principal obstáculo a la adjudicación oportuna de los derechos. Por ello, para evitar una justicia tardía, la cautela surge como indispensable remedio, mas debe siempre prever y explicitar el daño que la demora implica.

Evidente que en materia de familia los tiempos pueden jugar en contra, por lo que la celeridad permitirá evitar sentencias vacías de efectos. Pensemos en el proceso de violencia intrafamiliar, en el que el presunto agresor se encuentra no en disposición de acercarse a la víctima, no cerca, sino dentro de su esfera más íntima, el hogar. La no concesión de una cautelar, como la salida del denunciado y prohibición de acercamiento implica el riesgo serio e inminente que la violencia no solo continúe, sino que se agrave producto de la denuncia misma.

Un juicio de alimentos también ve complicados sus fines por la tardanza de la sentencia. Para ello, y buscando cautelar un derecho fundamental,

como es la vida, se procura que el alimentario cuente con, a lo menos, los recursos indispensables para su subsistencia a través de los alimentos provisorios.

Como vemos en los ejemplos descritos, se anticipa un problema que ya trataremos en extenso, más que asegurar los resultados de la acción, se concede provisoriamente lo pedido, ya que el peligro apunta no tanto a la infructuosidad de la sentencia, sino al peligro en la tardanza.

ii. Verosimilitud del derecho que se invoca: En este punto, siguiendo las ideas 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”*³⁰⁻³¹.

Al conceder estas medidas, que no solo buscan conservar para asegurar sino innovar y hasta anticipar, se requiere una cierta medida de verosimilitud en lo que se pide.

¿Son el peligro de la demora o la verosimilitud del derecho que se invoca los únicos presupuestos a tener en cuenta para decretar una medida cautelar? ¿Podría el juez observar la necesidad que se rinda la denominada contracautela o caución en los casos que procedan?

En lo específico de cautelares innovativas, autores como Maite AGUIRREZABAL, Beatriz RUZAFÁ y Jorge PEYRANO incluyen como presupuesto para su concesión la posibilidad que se consume un perjuicio irreparable³², es decir, el no otorgamiento de la medida influirá de manera determinante en la sentencia, considerando la futura ejecución como ineficaz. Requisitos

³⁰ CALAMANDREI, Piero (1945), p. 56.

³¹ Un interesante debate, pero que excede los límites de este trabajo dice relación con la asimilación de los conceptos de probabilidad y verosimilitud. Dicho símil planteado por Calamandrei, y que ha sido desarrollado por autores como Daisson Flach (multifuncionalidad del concepto de verosimilitud), ha sido criticado por el jurista de Pavia Taruffo, quien desestima el vínculo que pueda existir entre los conceptos de verosimilitud y probabilidad. Estas ideas del maestro italiano son reforzadas por Daniel Mitidiero, planteando a la verosimilitud como una dimensión específica en la valoración de la prueba para el caso que se pretenda otorgar una medida anticipatoria. Al respecto ver esta interesante discusión en el trabajo de Renzo CAVANI, publicado en *Colección Grandes temas del nuevo CPC*, bajo la coordinación de Fredie Didier Jr., “Verosimilitud, probabilidad: ¿da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero”. Capítulo 43, pp. 807-825.

³² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2013), pp. 459-473; RUZAFÁ, Beatriz, “Notas sobre la medida innovativa y el daño irreparable”, en PEYRANO, Jorge y BACARAT, Edgard, *Medida innovativa*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni.

serán entonces de dicho perjuicio, su carácter actual, su intensa magnitud y extensión.

¿Bastan estos requisitos, y la forma como son entendidos en cuanto a una precautoria, cuando tratamos de anticipos de tutela o medidas auto-satisfactivas?

Claramente los requisitos descritos obedecen a la idea de cautela tradicional. Por ello hoy se ha discurrido sobre la idea de intensificar las exigencias cuando la tutela ingresa de manera determinante en el patrimonio, no ya para asegurar sino para conceder. Esta es la idea que, por ejemplo en Argentina, viene configurándose desde el proceso “Camacho Acosta”, por el que la Corte Suprema trasandina ha determinado que el grado de certeza exigible para dar lugar a una tutela anticipatoria es superior a la verosimilitud que se requiere tradicionalmente para las medidas precautorias.

Así se ha mencionado que, más que verosimilitud, se exige evidencia, o dicho de otra manera, una demostración que resulta evidente que al peticionario le asistirá la razón. El profesor PEYRANO nos señala una serie de requisitos que, a la vez, demuestran que nos encontramos en dicho caso, a saber: *“a. existencia de jurisprudencia vinculante u obligatoria que defina la materia debatida; b. existencia de precedentes reiterados y sostenidos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se hubieran pronunciado inequívocamente sobre los derechos debatidos; c. existencia de una causa de puro derecho y respecto de la cual militan precedentes judiciales y doctrinarios recibidos, que tornan indudablemente predecible el desenlace del litigio; d. un accionar de la demandada signado por el abuso del derecho de defensa y el palmario propósito de retardar maliciosamente la marcha del procedimiento”*³³.

Respecto a los tiempos, cuando superamos la cautela tradicional e incursionamos en el campo de las tutelas anticipadas, se menciona como requisito el “grave peligro en la demora”. El daño que se pretende evitar debe ser de tal gravedad, que no basta con acreditar que se producirá aquel si no se acoge la tutela, sino que además ese daño es de tal entidad que obliga a dar con urgencia. Tanto la gravedad del daño como su irreparabilidad, son las circunstancias que posibilitan al juzgador decretar este tipo de tutela.

³³ PEYRANO, Jorge W., “Las resoluciones judiciales diferentes. Anticipatorias, determinativas, docentes, exhortativas e inhibitorias”. Publicado en La Ley 05/12/2011, 1.

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

La potestad cautelar se configura en la facultad del juzgador, no solo de dictar las tutelas tradicionales, aquellas que miran al aseguramiento del juicio principal, permitiendo que se cumplan sus resultados, sino que también en la posibilidad de decretar las cautelares innovativas. Las conservativas responden a la finalidad tradicional de la tutela cautelar, a saber, aquellas que sirven para *“facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”*³⁴⁻³⁵.

Las innovativas han sido señaladas como *“una diligencia excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la solicitud”*³⁶. Estas medidas superan el concepto de aseguramiento tradicional para obligar, para resguardar los resultados de la acción, antes de la dictación de la sentencia, a hacer o ejecutar un acto o a dejar de hacerlo, en el sentido opuesto a la situación existente.

Esta norma surge como una novedad en nuestro ordenamiento, configurando legislativamente aquello que ya la doctrina vino desarrollando por muchos años y superando el clásico concepto de lo cautelar. Mas hacemos nuestras las prevenciones que MARÍN GONZÁLEZ ha señalado al respecto: *“Se pueden conceder todas aquellas que de acuerdo con las circunstancias de cada caso sean procedentes. Lógicamente ellas deben estar en estricta armonía con el daño que se pretende evitar. Así, por ejemplo, la suspensión de la patria potestad, la autorización de salida de un menor del país, la prohibición de comercialización de un bien de la sociedad conyugal, una declaración de interdicción, etc., son todas medidas plausibles de conceder si son útiles para resguardar un inminente daño”*³⁷.

f. Respecto a las innovativas, la ley exige supuestos adicionales para concederlas: *Estas últimas solo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando*

³⁴ CALAMANDREI, Piero (1945), p. 56.

³⁵ El Título V del Libro II del CPC nos muestra medidas cautelares que buscan conservar la situación fáctico o jurídica de hecho y/o de derecho.

³⁶ PEYRANO, Jorge W., “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en PEYRANO, Jorge y BARACAT, Jorge, *Medida innovativa*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, pp. 19-42.

³⁷ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2006): “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, p. 24.

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

i. En cuanto a las situaciones urgentes: Si la situación a considerar no tiene dicho carácter, no se cumplirá el requisito para conceder la cautela innovativa. Por ello, si la decisión es aplazable, o no necesita de una decisión inmediata, no corresponderá decretar una de estas medidas. Es una derivada más del carácter excepcional de estas medidas.

ii. Respecto al interés superior del niño, niña y adolescente: Como requisito copulativo a la urgencia se encuentra la exigencia del interés superior del niño, niña o adolescente³⁸.

Sabemos que este principio, consagrado también en la ley de familia en su artículo 16, busca garantizar *“a todos los niños, niñas y adolescentes... el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías”*.

Es desde esta perspectiva que el legislador permite la aplicación de las cautelares innovativas, para evitar cualquier daño en los niños, niñas y adolescentes, disponiendo con premura las actuaciones que modifiquen el estado de hecho o de derecho que pueda perjudicar a alguno de aquellos.

iii. En cuanto a la inminencia del daño, surge la duda si aquel ya no se encuentra inserto en el peligro de la demora. Aproximándonos al tema, es posible plantear que ambos están en relación de género a especie. El peligro de la demora, como supuesto, permite la aplicación de la cautela conservativa; mas respecto a las innovativas, el legislador ha determinado la necesidad de aumentar la exigencia, donde el peligro o riesgo del paso del tiempo se concretiza en un daño inminente, el que se busca evitar modificando la situación o estado de las cosas previas a la concesión de la medida. Por ejemplo, en un juicio de violencia intrafamiliar, en que el denunciado está próximo a obtener un arma de fuego y ha realizado todos los trámites

³⁸ Así, el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño expresa lo siguiente: *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”*.

administrativos para aquello, el juez puede decretar se suspenda dicha entrega. Para ello bastará asilarse en los supuestos tradicionales de lo cautelar y, en específico, deberá acreditar el peligro que de la demora seguiría el no tomar una decisión en ese sentido. Respecto a la determinación judicial de retener un arma que ya estuviera en manos del ofensor, a pesar de estar en el catálogo de posibles cautelares, e interpretando armónicamente el artículo 22 con el 92 de la Ley N° 19.968 y Ley N° 20.066, el juez deberá acreditar cómo dicha medida evita el daño inminente en la integridad física o síquica de la víctima.

Estas exigencias son demostrativas del carácter excepcional de las medidas cautelares innovativas y, por ello, siempre deberán estar suficientemente fundamentadas, lo que, lamentablemente, es de poca ocurrencia en el foro.

g. 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 regla es que estas medidas –sean innovativas o conservativas– puedan producir sus efectos previa notificación a la contraria, con el objeto que esta pueda ejercer los derechos que la aplicación de la medida le merezca. Excepcionalmente la medida cautelar puede decretarse sin escuchar a la contraria (*inaudita altera pars*).

Los requisitos para que surta efectos sin notificación son:

i. Razones graves: Estas razones no dicen relación con la gravedad intrínseca a la concesión de la medida, lo que ya se encuentra descrito y exigido en los presupuestos de toda cautela, y más específicamente de las cautelares innovativas, sino con la necesidad de dictarla sin escuchar a la otra parte. Por ejemplo, la salida del ofensor del hogar común. Si fuese necesario notificar previamente, podríamos exponer a la víctima a nuevas agresiones.

ii. Explicitación del tribunal: El tribunal expresamente deberá decretar que las medidas cautelares produzcan sus efectos sin necesidad de notificación a la otra parte.

La norma contiene un plazo de caducidad, cinco días desde que la medida se decreta sin que la notificación se efectúe. El plazo puede ampliarse. Es evidente y concordante con nuestro ordenamiento que la solicitud de ampliación lo sea previo al fin del plazo.

Una vez que ha sido notificada, surge el derecho de la contraparte para oponerse a la concesión de la medida y, no existiendo disposición que señale cómo se tramita esta, parece razonable la aplicación del artículo 26 de la Ley N° 19.968.

Surge la pregunta: ¿cuántas veces puede solicitarse la ampliación?: a. La regla constitucional exige respetar las normas de un justo y racional procedimiento; b. Dentro del debido proceso surge la necesidad de la bilateralidad de la audiencia; c. La ley puede restringir, cuando la Constitución lo ha permitido, ciertas garantías, pero dicha restricción debe cumplir ciertos requisitos; d. De todas maneras esas limitaciones deben interpretarse restrictivamente; e. Bajo estos supuestos, pareciera razonable que la posibilidad de ampliar este plazo es única.

En cuanto a la cantidad de días por los que se puede ampliar, es cierto que el legislador no lo dijo; pero basados en el parámetro de cinco días, pareciera que el máximo ampliable es otros cinco días, por los mismos argumentos ya señalados y, especialmente, porque de concederse un plazo mayor, pareciera un nuevo plazo y no una ampliación.

h. En todo lo demás, se aplican como normas supletorias las contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Como sabemos, el Título IV refiere a las medidas prejudiciales y el Título V de las medidas precautorias.

Tomando en consideración que la regulación cautelar de la ley de familia es exigua, esta supletoriedad toma un importante rol en el trabajo interpretativo y de integración.

Ya hemos planteado diversas interrogantes que surgen de la aplicación supletoria de estas normas, quedando por ahora con dichos recursos dado los límites de nuestro trabajo.

i. 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.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para el caso que sean gravemente vulnerados, cuentan con un procedimiento especial, establecido desde el artículo 68 de la Ley N° 19.968.

Llama la atención que como regla en esta ley, 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.

Pues bien, las medidas cautelares que se pueden dictar en este caso son las que prevé el artículo 71³⁹. Estas pueden, siguiendo la regla general, dictarse antes de o respecto de un proceso ya iniciado.

³⁹ 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; 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.

En cuanto a los legitimados para iniciar el procedimiento, tenemos primeramente al propio juez, ya que él puede dictarlas de oficio⁴⁰. En cuanto a los demás, la gama de posibilidades se amplía, ya que la ley reconoce a la autoridad pública o a cualquier persona como habilitados para promover la concesión de una tutela en procedimiento de protección.

Las distintas medidas que observamos, y que son aquellas que el legislador ha determinado como las únicas aplicables en procesos de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, se nos muestran como variadas y disímiles. Así, la mayoría no se relaciona con cuestiones patrimoniales; algunas apuntan a conservar el estado de las cosas y otras a innovar. Lamentablemente, y también producto del sistema proteccional y los tiempos de juicios ordinarios, algunas de estas medidas se configuran en una suerte de tutelas anticipadas que, permiten al litigante utilizar estos procesos proteccionales, evitando los de lato conocimiento.

Como ejemplos de cautelar conservativas aparecen las prohibiciones descritas en las letras f), g) e i) del artículo 71. Respecto a las innovativas, tenemos los supuestos de las letras c), d) y h).

Las letras b) y e) se nos plantean, producto de la práctica forense, como un atajo frente a un procedimiento ordinario, operando como verdaderas tutelas anticipadas, a veces, a vista y paciencia de los magistrados, quienes, con potestades suficientes para ello, ven fungir un proceso de lato conocimiento por uno de carácter proteccional sin tomar cartas en el asunto.

Ante disputas respecto al cuidado personal de un niño, niña o adolescente, se ha utilizado las normas excepcionales del Párrafo primero del Título IV como vía rápida para la obtención de lo que se pretende, a saber, modificar quién se hace cargo de los cuidados de un hijo. Se evita el proceso ordinario, la contradicción, los tiempos adecuados, limitando el derecho de defensa e impidiendo que el juzgador analice en cada una

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”.

⁴⁰ Para el caso que el juez dicte cualquier medida cautelar antes de iniciado el procedimiento, y de conformidad al penúltimo inciso del artículo 71 Ley N° 19.968, se debe fijar de inmediato fecha para la realización de audiencia respectiva, la que deberá desarrollarse dentro de los cinco días de decretada la tutela.

de las instancias, los planteamientos de fondo de las partes, tomando una decisión razonada.

También por la vía de vulneración de derechos se busca restringir y hasta suspender una relación directa y regular decretada judicialmente, a través de la petición y obtención sumaria de la cautela establecida en la citada letra e).

Respecto a estos procesos proteccionales, evitando los excesos relatados *ut supra*, y como importante aporte a la debida interpretación del mismo, surge el artículo 8 de la Ley N° 19.968, el que da competencia a los juzgados de familia para conocer: “7) *Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores*”. Dicho artículo 30 refería, antes de la dictación de la ley que crea los tribunales de familia, en un lenguaje propio de décadas pasadas, a la circunstancia de “recogerse” a un menor por hechos que no alcanzan el nivel delictual, y la posibilidad de aplicar ciertas medidas, las que no son sino un esbozo de lo que posteriormente vendría a ser el artículo 71 ya señalado. Con la reforma, el citado artículo 30 nos refiere a ciertas medidas vinculadas a la asistencia a programas e internación de niños, niñas y adolescentes.

Advertimos con claridad que el tribunal no debe conocer cualquier asunto en los que a niños, niñas o adolescentes se les amenace o vulnere en sus derechos, sino que aquello tenga el carácter de gravedad suficiente.

Si a ello sumamos la norma del inciso segundo del artículo 68 de la Ley N° 19.968, que expresa que “*La intervención judicial será siempre necesaria cuando se trate de la adopción de medidas que importen separar al niño, niña o adolescente de uno o ambos padres o de quienes lo tengan legalmente bajo su cuidado*”, observamos que el legislador considera la intervención judicial en casos de trascendencia. A *contrario sensu*, podría interpretarse que, cuando no es una de esas medidas de separación, la intervención jurisdiccional ya no es necesaria⁴¹.

⁴¹ Es en este sentido que discurre el mensaje que da inicio al proyecto de ley que crea un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez (Mensaje N° 950-363 de 21 de septiembre de 2015), disponiendo sobre el particular, al referirse a las medidas de protección, lo siguiente: “*El proyecto habilita al Ministerio de Desarrollo Social para adoptar las medidas de protección respecto niños que han sufrido limitación o privación de sus derechos. Actualmente, el ingreso a los programas de protección se efectúa a través de órganos judiciales que no están relacionados con la generación de políticas públicas ni tienen incidencia en el contenido de tales programas. Ello torna*

IV. REGLAS RELATIVAS A ACTOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Junto a las normas del Párrafo segundo del Título IV ya citado, se encuentran las reglas de la Ley N° 20.066, las que regulan las consecuencias de los actos de violencia intrafamiliar.

En nuestro derrotero surge el artículo 92⁴², el que provee de las medidas cautelares de protección a la víctima y grupo familiar de actos de violencia

insuficientes los esfuerzos programáticos, sacrificando recursos del sistema. El proyecto, avanzando en el espíritu de la Convención, entrega protagonismo a la Administración del Estado en la adopción y ejecución de las medidas de protección de derechos; reservando a los tribunales el establecimiento de la medida que signifique la separación del niño de su familia y entorno”.

⁴² Artículo 92.- Medidas cautelares en protección de la víctima. El juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar. Cautelará, además, su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para tal efecto, en el ejercicio de su potestad cautelar y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes, podrá adoptar una o más de las siguientes:

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

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 y podrán, asimismo, ampliarse, limitarse, modificarse, sustituirse o dejarse sin efecto, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento del juicio. El juez, para dar protección a niños, niñas o adolescentes, podrá, además,

intrafamiliar. Volvemos acá a una cautela amplia, que permite al juez aplicar una o más de las medidas que prescribe el artículo referido “...y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes”.

Acá encontramos cautelares dirigidas también a lo patrimonial, ya de carácter conservativo como innovativo. Así aparece una cautela tradicional, como lo es la prohibición de celebrar actos y contratos, manteniendo así el patrimonio de quien le afecte la tutela, evitando la distracción de bienes; también surge la fijación de alimentos provisorios, innovando de la situación anterior, entregando al alimentario los recursos suficientes para satisfacer sus necesidades, luego de acaecidos los actos de violencia y que motivan la aplicación de esta tutela.

En el mismo sentido innovativo se nos presenta el numeral 4, por el que se puede decretar un régimen provisorio de cuidado personal, solo relativo a los padres.

Diversas situaciones se originan desde estas medidas, pero una de ellas, y que puede implicar un nuevo exceso en la utilización inadecuada de estas cautelares, está dada por la signada en el numeral 1, ya que desde la posibilidad de restringir la presencia del ofensor en el hogar común, se ha erigido como una nueva posibilidad de tutela anticipada, por la que se lograría la salida de uno de los integrantes del grupo familiar, que es lo querido, a través de la denuncia de actos de violencia. De esta manera se desnaturalizaría la medida.

La norma de la Ley N° 19.968 se vincula con el artículo 7 de la Ley N° 20.066, el que prescribe la exigencia de decretar medidas de protección o cautelares, con el solo mérito de la denuncia, cuando exista una situación de riesgo inminente de maltrato.

La norma, respecto a esta situación de riesgo, establece algunos aspectos dignos de consideración:

- i. No exige que el maltrato se haya llevado a cabo, basta la situación de riesgo inminente;
- ii. Presume situaciones que constituyen riesgo inminente, a saber:

adoptar las medidas cautelares contempladas en el artículo 71, cumpliendo con los requisitos y condiciones previstas en la misma disposición. Tratándose de adultos mayores en situación de abandono, el tribunal podrá decretar la internación del afectado en alguno de los hogares o instituciones reconocidos por la autoridad competente. Para estos efectos, se entenderá por situación de abandono el desamparo que afecte a un adulto mayor que requiera de cuidados.

– Cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor, es decir, se haya amenazado a la víctima con ocasionarle algún menoscabo;

– Cuando concurren además, respecto del ofensor, *“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”*.

– También se presume que existe 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”*.

– Se considera 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°”*.

– Si bien no lo plantea explícitamente como una situación de riesgo inminente, el legislador obliga al juez a cautelar, de manera especial, cuando se trata de cierto tipo de víctimas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad: *“los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable”*.

Estas presunciones simplifican la labor jurisdiccional al momento de fundar las cautelas decretadas, mas surgen algunas dudas respecto a su aplicación:

i. En cuanto a la primera presunción, la intimidación de causar daño, aparece como configuradora tanto del acto de violencia (típicamente una amenaza) como de la presunción. El hecho descrito que sirve para presumir es exactamente el mismo que ha servido para determinar el acto de violencia. Parecería razonable que, con buena técnica legislativa, el acto de presumir se basara en un hecho cierto pero distinto al acto que configura el ilícito mismo o establecer derechamente que, ante la amenaza, el juez deberá dictar cautelas con la sola denuncia.

ii. Surge la duda si el inciso segundo regla una sola presunción con dos requisitos copulativos o dos presunciones distintas. La incertidumbre surge

de la expresión “o cuando concurran además”, la que, al utilizar conceptos conjuntivos y disyuntivos a la vez, plantea el problema.

Estas medidas podrán decretarse por un período que no exceda de 180 días hábiles, los que podrán renovarse solo una vez más y hasta por igual plazo, es decir, podremos tener cautelares hasta por 360 días hábiles. Si consideramos que desde ya un tiempo a esta parte, los procesos familiares, en particular los de violencia intrafamiliar tienen duración mucho menor a dicho término, los límites de la ley parecen excesivos y permiten evadir los trámites de un proceso ordinario y contentarse con la obtención de la cautela, y dejar de procurar la sentencia de mérito ya que, lo querido ya se logró⁴³.

Y sea de oficio o a petición de parte, y en cualquier momento del juicio, estas medidas podrán ampliarse (si la concedida no fuese suficiente para el fin buscado al decretarla); limitarse (si la concedida excede lo que se busca y termina restringiendo derechos innecesariamente); modificarse (si la concedida, del modo en que se decreta no cumple los objetivos); sustituirse (si la concedida no ha resultado eficaz y es necesario decretar otra) o dejarse sin efecto (si la concedida ha dejado de ser necesaria).

En el caso que la violencia afecte a niños, niñas o adolescentes, se establece la posibilidad al juez de adoptar las medidas cautelares prescritas en el artículo 71 de la Ley N° 19.968, cumpliendo con los requisitos y condiciones previstas en la misma disposición. En este caso, si hemos advertido que el juez de familia podía dictar las cautelares del artículo 92, “...sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes”, parece redundante o innecesaria la remisión señalada.

Surge una medida especial en el inciso siguiente: “*Tratándose de adultos mayores en situación de abandono, el tribunal podrá decretar la internación del afectado en alguno de los hogares o instituciones reconocidos por la autoridad competente*”. La pregunta es si esta medida obedece a los mismos parámetros que las demás cautelares o se erige como una facultad jurisdiccional distinta, ya no provisoria sino definitiva, y si su mantención seguirá las consecuencias de la sentencia definitiva que se dicte.

⁴³ Nótese como un sistema de cautela amplia, con posibilidad de tutelas innovativas y anticipadas, puede derivar, en el ejercicio práctico, en una suerte de medidas autosatisfactivas, por la que el peticionario, una vez obtenido lo querido, no tenga más interés en el proceso que su eternización.

V. LA ESPECIAL TUTELA EN LA LEY N° 14.908 RELATIVA A LOS ALIMENTOS PROVISORIOS

Reiteramos que la potestad cautelar del artículo 22 de la Ley N° 19.968 tiene caracteres muy amplios, reconociendo la existencia no solo de las conservativas tradicionales sino también de las innovativas. Dentro de estas últimas consideramos que, con mala técnica, se han tratado algunas que, más que asegurar resultados, entregan estos antes de la dictación de la sentencia de mérito. Un ejemplo palmario de esto se da en los denominados alimentos provisorios.

Históricamente estos fueron decantando en lo que hoy recoge la Ley N° 14.908, con todas sus modificaciones. Recordemos que en algún momento ni siquiera estuvieron regulados específicamente. Después se estableció que, mientras se tramitaba el proceso por alimentos, podían concederse provisoriamente desde que se ofreciera “fundamento plausible”. Se estableció que se decretarían si se acreditaba el título para pedir y que no existiera manifiesta incapacidad para proveer.

Hoy la ley ha modificado aquello, permitiendo tutelar la necesidad alimenticia (derecho a la subsistencia y, en definitiva, a la vida) desde que se traba la *litis*, estableciendo el legislador una serie de presunciones, incorporadas a través de la Ley N° 19.741, y exigiendo al juez pronunciarse respecto a ellos desde un inicio.

Los alimentos provisorios así considerados son un ejemplo palmario de lo que se ha denominado tutelas anticipadas, ya que su concesión no asegura resultado alguno, sino que buscar dar a quien lo pide, *in limine*, sin esperar el resultado de la sentencia de mérito, ni, en el mejor de los casos, esperar la tramitación de un incidente, como lo fue antes de la dictación de la Ley N° 19.741.

Sin perjuicio de ello, pero dada la importancia tanto cuantitativa como cualitativa en los procesos familiares relativos a alimentos, el legislador se preocupó de separar esta tutela de las otras cautelas, evitando se rijan directamente con las disposiciones del artículo 22, y dotándola de una serie de normas y regulaciones que permiten su adecuada aplicación, la oportuna concesión, el debido derecho a defensa y a impugnación.

Quizás otras materias, como la relación directa y regular, también deberían tener un modelo similar, estableciendo presunciones, mínimos, exigencias jurisdiccionales, etc.

Como los problemas que abarcan los alimentos provisorios exceden los límites de este trabajo, solo mencionaremos algunos, dejando su tratamiento particularizado para trabajos posteriores.

i. Un primer tema está dado por la debida interpretación del concepto “pronunciarse”. ¿Se cumplirá la exigencia legislativa con la resolución judicial que se pronuncia señalando no concederlos?, es decir, ¿la voluntad legislativa fue, lisa y llanamente, que el juez se refiera a concederlos o no, o que debía decretarlos cumpliendo los requisitos y con el auxilio de las presunciones legales?

Si analizamos el estado de las cosas previo a la Ley N° 19.741, el juez tenía la facultad de dictar alimentos provisorios desde que se le ofreciera fundamento plausible. Además, en la misma ley, dentro de su historia, uno de los pilares de la misma fue “*Hacer imperativa la fijación de alimentos provisorios con el solo mérito de la demanda, si existen los fundamentos legales para ello*”⁴⁴.

La idea de la modificación fue facilitar y acelerar la fijación de alimentos provisorios, mejorando la situación previa a la ley, por lo que, interpretar la norma como obligación de pronunciarse sobre ellos, señalando si los concede o no, en vez de decretarlos, implica hacer ineficaz las modificaciones que se han realizado a la Ley N° 14.908, y desatender el espíritu de las reformas.

Todavía más, la existencia de las presunciones le otorga al juez de familia el sustento necesario para fijarlos, bastando acreditar el título que habilita para demandarlos, es decir, demostrando la legitimidad para pedirlos, y teniendo en cuenta que la propia ley ha dejado a resguardo el derecho del alimentante para oponerse a los alimentos ya decretados.

ii. Otro tema que ha generado debate se relaciona con los medios de impugnación a la resolución que decreta los alimentos provisorios. El artículo 4 de la Ley N° 14.908 establece la ya referida obligación judicial de pronunciarse respecto a los alimentos provisorios. Esta misma norma le da al alimentante un plazo fatal de cinco días para oponerse. Unos incisos después señala que, decretados los alimentos provisorios, se podrá recurrir

⁴⁴ La Comisión de Familia que estudió la que, a la postre sería la Ley N° 19.741, estableció como uno de los pilares de la futura reforma: “*Hacer imperativa la fijación de alimentos provisorios con el solo mérito de la demanda, si existen los fundamentos legales para ello*”. Historia de la Ley 19.741, en Biblioteca de Congreso Nacional file:///C:/Users/HOPx2-151/Downloads/HL19741%20(1).pdf, pp. 26 y 27.

de reposición con apelación subsidiaria. Según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley N° 19.968, el plazo para dicho recurso es de tres días.

¿Cómo armonizar estas normas que, ante los alimentos provisorios decretados, permiten oponerse al alimentante y permiten también recurrir de reposición con apelación subsidiaria a ambas partes?

Pensemos la dificultad que puede suscitarse si, fijados estos alimentos, el alimentario repone apelando subsidiariamente. El juez rechaza la reposición, o solo la acoge parcialmente, y se elevan los autos para la apelación, y posteriormente el juez recibe la oposición del alimentante, la que se puede acoger o rechazar dados sus fundamentos, pudiendo el agraviado reponer apelando. Así, podríamos juntar apelaciones o fallos que pueden resultar contradictorios.

Una forma de solucionar estos inconvenientes, sin restringir los derechos de las partes, y ordenando la interposición de oposiciones y recursos, es aquella que ha surgido de la práctica jurisdiccional y que señala que lo primero es la facultad del alimentante de oponerse a los alimentos provisorios, debiendo, antes que todo, esperarse el plazo de los cinco días para aquello y, una vez vencido este plazo sin interponerse o resuelta la oposición, surgirá la oportunidad para reponer apelando en subsidio de los alimentos provisorios decretados, sean los originales o los modificados tras la oposición.

iii. ¿Y si en audiencia se promueve algún incidente respecto de los alimentos provisorios? Podría solicitarse el cese, aumento o rebaja de los alimentos ya decretados. Una vez resueltos, surge la discusión si son apelables o no, atendido lo prescrito en el mismo artículo 26, que establece la inapelabilidad de las resoluciones dictadas en audiencia, frente al artículo 67, que otorga el recurso a las resoluciones que refieren a las medidas cautelares. En caso de entender que procede, ¿cómo se desarrolla procedimentalmente esta apelación si nos encontramos en audiencia oral, y el recurso, según el artículo 67, debe interponerse por escrito y con los requisitos que allí se señalan, y según el artículo 4 de la Ley N° 14.908, debe interponerse en el carácter de subsidiario de la reposición?

Aquí la labor jurisprudencial, entendida esta de una forma amplia, ha permitido, bajo el presupuesto de una interpretación pro-recursiva, evitando privar a las partes del ejercicio legítimo de un derecho, encontrar una solución. Para ello se ha recurrido al artículo 189 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, en su redacción original, el que señala que “(...) *En los procedimientos o actuaciones para las cuales la ley establezca la oralidad, se*

podrá apelar en forma verbal siempre que someramente se señalen los fundamentos de hecho y de derecho del recurso y se formulen peticiones concretas, de todo lo cual deberá dejarse constancia en el acta respectiva". De esta manera, se permitiría apelar en audiencia.

Otra forma de solucionar esta dificultad se ha encontrado en la reserva que el abogado realiza en la misma audiencia para, dentro del plazo que el tribunal establezca, normalmente tres días, interponer el recurso por escrito y con todas las formalidades legales⁴⁵.

CONCLUSIONES

La dogmática y jurisprudencia, particularmente la argentina en este caso, han desarrollando un campo que, si bien se conoce desde los albores del derecho procesal, solo en las últimas décadas ha germinado con una rapidez y profusión raramente vista con otras instituciones procesales.

La celeridad erigida como principio, con todo el debate que ello conlleva, ha determinado el sustento necesario para la creación de medidas que escapan a lo propiamente cautelar y, dejando de lado lo meramente asegurativo, pasan a dar, y hasta conceder antes de la sentencia de mérito, lo pedido por el actor.

En este fragor creativo se ha utilizado la medida precautoria como receptáculo para toda esta nueva institucionalidad cautelar, sirviendo tanto para la cautela innovativa como para la tutela anticipada.

En nuestra legislación, el artículo 22 de la Ley N° 19.968 sirve como fundamento de una potestad cautelar genérica, con los inconvenientes que ya hemos señalado relativos a la descripción como potestad. Surgen así las cautelas nominadas e innominadas, las tutelas conservativas e innovativas, la tutela anticipada y el germen de la medida autosatisfactiva, todas ellas sustentadas sobre la base del peligro de la demora y la verosimilitud del derecho. Esta técnica legislativa debe ser mejorada a través del trabajo jurisprudencial y dogmático, que le permita a los jueces hacer exigencias mayores en la medida que ya no se asegure, sino que se conceda lo pedido,

⁴⁵ Este tema ha sido desarrollado de manera interesante por GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2011): "Recurso de apelación sobre los alimentos provisorios dictaminados en audiencia de proceso de alimentos", en *Ius et Praxis*, 17(1), 205-230. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100009>.

incorporando conceptos como el de evidencia o *fumus boni iuris* denso (PEYRANO) y el de irreparabilidad del perjuicio cuando nos encontremos frente a la anticipación de la tutela.

El ejercicio desarrollado en la Ley N° 14.908, relativo a los alimentos provisorios, surge como ejemplo de buena técnica, desarrollando la tutela anticipada, estableciendo presunciones y adecuado ejercicio de defensa. Aquello da seguridad a los justiciables, permitiendo conjugar la necesidad de una respuesta oportuna con las reglas del debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Referencias:

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. “Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2013, pp. 459-473.
- “Recepción de la medida cautelar innovativa y su delimitación con otras formas de tutela cautelar”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UPB*, año 2015, pp. 35-66.
- ARAZI, Roland. “Tutela Anticipada”, en *Revista de Derecho Procesal*, T. 1, *Medidas cautelares*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, año 1945.
- CAVANI, Renzo. “Colección grandes temas del nuevo CPC, bajo la coordinación de Freddie Didier Jr., “Verosimilitud, probabilidad: ¿da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero”. Capítulo 43, pp. 807-825.
- COUTURE, Eduardo. *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Editorial Depalma, año 1976.
- HUNTER AMPUERO, Iván. “Poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XX, N° 1, julio de 2007, pp. 205-229.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, año 2006.

- MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*, editorial Universidad, Buenos Aires, año 1990.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. “La fundamentación de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, año 1983, N° 17, Madrid, p. 103, citado por AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. “Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2013, N° 21.
- PEYRANO, Jorge W. “El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor evidencia”, en *La Ley* 2011-B.
- “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en *Medida innovativa*, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe, año 2003, Editorial Rubinzal-Culzoni.
 - “Las resoluciones judiciales diferentes. Anticipatorias, determinativas, docentes, exhortativas e inhibitorias”. Publicado en *La Ley* 05/12/2011, 1. PEYRANO, Jorge W. *Régimen de las Medidas Autosatisfactivas, Nuevas Propuestas*. Ed. La Ley, 1998.
- PODETTI, José Ramiro. *Tratado de las medidas cautelares*, Editorial Ediar, año 1956.
- RUAY SÁEZ, Francisco. “La función cautelar del juez en el proceso laboral. ¿Consagración de una potestad cautelar genérica?”, en *Revista Ius et Praxis*, año 21, N° 2, año 2015.

Páginas web:

- Historia de la Ley N° 19.968, Mensaje Presidencial, título III letra e), Biblioteca del Congreso Nacional, desde página web www.bcn.cl.
- Mensaje N° 950-363, de 21 de septiembre de 2015, N° boletín 10315-18, desde la página web de Cámara de Diputados: www.camara.cl.
- GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2011): El recurso de apelación sobre los alimentos provisorios dictaminados en audiencia de proceso de alimentos. *Ius et Praxis*, 17 (1), 205-230. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100009>.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal

constitucional chileno. *Estudios constitucionales*, 11 (2), 229-282. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>, p. 244.

Expediente D-4974. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 A de la ley 712 de 2001, sentencia de 27 de abril de 2004. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Rol 67/2013 Recurso de Hecho. “Expreso Tigre Iguazú SRL c/ La Nueva Estrella SCC y otros / medida cautelar” <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7303262&cache=1500851645746>.

Sentencia del Tribunal Constitucional de España. Sentencia 218/1994; 238/1992, fundamento jurídico 3°. hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2735.

Bibliografía adicional:

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Las cautelas procesales en colección textos de jurisprudencia*, Editorial Universidad de Rosario, primera edición, año 2010.

– *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*. Editorial Juris. Primera edición, Rosario, Argentina, 2007.

– *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Primera edición, Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina, año 2008, tomos 1 y 2.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. XII, año 2006, pp. 50-66.

COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Roque Desalma Editor, Buenos Aires 1958.

GUILHERME MARINONI, Luis; PEREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, Editorial Legal Publishing Chile, año 2010.

TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta. Tercera edición, año 2009, Madrid.