

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	13
INTRODUCCIÓN	17

CAPÍTULO I

JUSTICIA DE FAMILIA. EL ROL DEL JUEZ REFORMA PROCESAL A UNA NUEVA JUSTICIA DE FAMILIA

1. Generalidades	21
2. La antigua y la nueva justicia de familia	24
3. Necesidad de contar con una judicatura y un proceso especializado ..	26
3.1. Ámbito constitucional de la familia	27
3.2. Del contencioso de naturaleza familiar	29
4. Facultades y rol del Juez de Familia	32
5. Principios del proceso en la Ley de Tribunales de Familia	36
6. Principios del procedimiento en la Ley de Tribunales de Familia ..	38
7. Aplicación de los principios al procedimiento de familia	40
7.1. Principio de la oralidad	40
7.2. Principio de la concentración	41
7.3. Principio de la desformalización	43
7.4. Principio de la inmediación	43
7.5. Principio de la oficialidad o actuación de oficio	44
7.6. Principio de la colaboración	46

7.7. Publicidad	47
7.8. Interés superior del niño y derecho a ser oído	48

CAPÍTULO II

LAS POTESTADES O MEDIDAS CAUTELARES

1. Breve historia de las medidas cautelares	55
2. La potestad cautelar en la tramitación de la Ley que Crea los Tribunales de Familia.....	60
3. Potestades cautelares del Juez de Familia.....	65
4. Artículo 22 de la Ley 19.968	66
5. Límites a la potestad cautelar; interés superior del niño y del debido proceso	75
5.1. El interés superior del niño	76
5.2. Principio del debido proceso.....	88
6. Límites a los principios precedentemente tratados.....	98
7. Aplicación de los principios a la luz de las potestades cautelares ...	110
8. Potestad cautelar del Juez de Familia	113
8.1. La tutela jurisdiccional	113
8.2. Tutela jurisdiccional definitiva.....	115
8.3. Tutela jurisdiccional provisoria	116
9. Potestad cautelar y medida cautelar en el ordenamiento jurí- dico de familia	117
10. Medidas cautelares del artículo 22 de la Ley 19.968	122
10.1. Texto legal y regulación	122
10.2. Concepto de potestad cautelar y medida cautelar	124
10.3. Legitimación para solicitar las medidas cautelares	128
10.4. Objeto de las medidas cautelares	129
10.5. Oportunidad para solicitar las medidas cautelares.....	130
10.6. Presupuestos para el otorgamiento de una cautela.....	133
10.6.1. Verosimilitud del derecho invocado o <i>fumus bonis juris</i>	134
10.6.2. Peligro en la demora o <i>periculum in mora</i>	137
10.7. La contracautela y su regulación como mecanismo de substitución	145
10.8. Características de las medidas cautelares	152
10.8.1. Instrumentalidad	152
10.8.2. Provisionalidad.....	156
10.8.3. Proporcionalidad	157
10.8.4. Flexibilidad.....	159

10.8.5. Infinitas.....	160
10.8.6. Acumulables	161

CAPÍTULO III

TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES

1. Clasificación general de las medidas cautelares	163
2. Clasificación de las medidas cautelares en cuanto a sus efectos.....	164
2.1. Las medidas cautelares conservativas	164
2.2. Las medidas cautelares innovativas	169
3. Diferencias entre las medidas conservativas e innovativas	172
4. Aspectos procesales o de procedimiento.....	174
4.1. Notificación de la medida cautelar	174
4.2. Oposición de la medida cautelar decretada	177
4.3. Resolución que resuelve la medida cautelar y recursos	178
5. Aplicación y remisión de la potestad cautelar de familia a las normas procesales civiles.....	179
6. Responsabilidad general.....	180
7. Caducidad de las medidas cautelares	181
8. Cese o alzamiento de la medida cautelar.....	182
9. Sustitución, modificación o reducción de la medida cautelar	183
10. Las medidas cautelares y los recursos contra las decisiones.....	184

CAPÍTULO IV

MEDIDAS CAUTELARES ESPECIALES

1. Noción previa.....	185
2. Las medidas de protección.....	186
2.1. Análisis de las medidas cautelares especiales del artículo 71 de la Ley 19.968, Sobre medidas de protección.....	187
2.2. Legitimación activa	191
2.3. Oportunidad para decretar una medida cautelar especial	192
2.4. Duración de la medida cautelar	192
2.5. Procedimiento judicial de las medidas de protección	193
2.6. Audiencia preparatoria	194
2.7. Audiencia de juicio	195
2.8. Sentencia	195

2.9. Medida de separación del niño, niña o adolescente de sus padres o de las personas bajo cuyo cuidado se encuentren	196
3. Procedimiento especial de violencia intrafamiliar	198
3.1. Competencia para conocer actos de violencia intrafamiliar.....	199
3.2. Medidas cautelares en protección de la víctima	200

CAPÍTULO V

APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

1. Aspectos generales	207
2. Concepto	208
3. Características de las medidas prejudiciales y precautorias	209
4. Clases de medidas precautorias	210
5. Importancia de la clasificación	211
6. Análisis de las medidas precautorias del artículo 290 del Código de Procedimiento Civil.....	212
6.1. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda	212
6.2. Nombramiento de uno o más interventores.....	213
6.3. Retención de bienes determinados	214
6.4. Prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados	215
7. Tramitación de las medidas precautorias.....	216
8. Resolución de la medida precautoria	217
9. Notificación de la medida precautoria	218
10. Alzamiento de la medida precautoria	218
11. Caducidad de la medida precautoria	219
12. Las medidas prejudiciales	219
12.1. Reglamentación	219
12.2. Concepto.....	220
12.3. Características.....	220
12.4. Clasificación de las medidas prejudiciales según su finalidad...	221
12.4.1. Medidas prejudiciales preparatorias	221
12.4.2. Medidas prejudiciales probatorias.....	226
12.4.3. Medidas prejudiciales precautorias.....	228
BIBLIOGRAFÍA.....	229

PRÓLOGO

Como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se me ha encomendado la misión de presentar la obra del autor José Luis Hernández Zencovich, quien se desempeña como abogado en la Corporación de Asistencia Judicial en la oficina de litigación de Familia, y cuenta con más de diez años de experiencia en el ejercicio profesional; motivado en que esta publicación tuvo su origen en su tesis para optar al grado de Magister en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

La presentación de la obra reviste una particular trascendencia dado los difíciles momentos que estamos atravesando en materia de familia en nuestro país, en que, por la crisis del sistema, se ha tenido que lamentar la muerte de muchos niños en los hogares de menores durante los últimos años. Por ello, trabajos como el presente nos brindan pequeñas briznas de optimismo al hacer patente que, en nuestros sistemas jurídicos, en especial en materia de familia, se debe tener en consideración la máxima ineludible de que *los niños no pueden esperar*, y debe reaccionarse prontamente con la adopción de las medidas jurídicas que en forma pronta y eficaz puedan brindarle su debida protección.

De allí, que el tema de la obra "*Medidas cautelares en los procedimientos de familia. Debido proceso e interés superior del niño*", nos pone en el tapete, desde una óptica trascendente, la forma en la cual deben conciliarse el principio de interés superior del niño y el debido proceso, con la institución de las

medidas cautelares que deben operar en los casos de urgencia dentro del mismo, para la protección adecuada de los intereses patrimoniales y extra patrimoniales, velándose así con la necesaria eficacia que debe cumplir el derecho.

En el Capítulo Primero, titulado “*Justicia de Familia. El rol del Juez. Reforma Procesal a una nueva justicia de familia*”, se nos describe el marco de la actual justicia de familia, poniéndose énfasis en los diversos principios que inspiran su moderna estructura orgánica y procedimental, la que demoró en implementarse más de treinta y cinco años como nos advierte el autor. Asimismo, resalta el autor, con esa misión el Estado no hace más que velar por el respeto y protección de los derechos fundamentales de la familia, consagrados tanto en nuestra Carta Fundamental como en diversos tratados internacionales, debiendo reconocer las diversas relaciones que la pueden llegar a constituir en la actual sociedad, además del tradicional vínculo matrimonial.

La particularidad de los vínculos de familia que tienden a permanecer en el tiempo y a lo largo de toda la vida de las personas, en especial los que se originan con motivo de la filiación, hace que se afronte la regulación de los conflictos en estas materias poniéndose énfasis en el logro de la mayor calidad y consenso de las parte en la búsqueda de soluciones para alcanzar relaciones armoniosas y permanentes, apareciendo la heterotutela como la *última ratio* a ser utilizada para imponerse en tales materias, sin olvidar nunca la especial debilidad en la cual puede encontrarse alguna de las partes en esas relaciones.

De acuerdo con ello, es que resulta de especial trascendencia delimitar el rol y las facultades que debe poseer el juez en los procesos de familia, como asimismo tener presente los diversos principios que ha de respetar y tratar de lograr su máxima realización en los procesos que se desarrollen ante dichos tribunales, en especial, el interés superior del niño y su derecho a ser oído.

En el Capítulo Segundo, titulado “*Las potestades o medidas cautelares*”, se realiza un análisis de la evolución de las medidas cautelares, su consagración en los procedimientos ante la Ley de Tribunales de Familia, el análisis de lo previsto

en el artículo 22 de la Ley N° 19.968, y los límites del ejercicio de esa potestad ante el interés superior del niño y el debido proceso.

Especial relevancia reviste el análisis del artículo 22 de la Ley N° 19.968 para dilucidar su concepto, legitimación para solicitarlas, objeto, oportunidad, presupuestos que deben concurrir para su otorgamiento, sus características, y la contracautela.

En el Capítulo Tercero, titulado “*Tipo de Medidas Cautelares*”, se nos reseñan las diversas especies de las mismas, y se abordan los aspectos de procedimiento que cabe contemplar en su otorgamiento.

En el Capítulo Cuarto, titulado “*Medidas Cautelares Especiales*”, se realiza el análisis de las medidas contempladas en los artículos 71 y 92 de la Ley N° 19.968.

Finaliza la obra con el Capítulo Quinto, titulado “*Aplicación de las medidas precautorias civiles*”, en el cual se analiza cómo pueden ser recogidas esas medidas que se encuentran reguladas en el Código de Procedimiento Civil en los procedimientos de familia.

Para quien prologa esta obra, constituye un evidente motivo de satisfacción apreciar el aporte que representa para la doctrina nacional el encontrarnos en presencia de un estudio sobre una materia en la cual son bastante escasos los trabajos existentes, confiando en que esta no será sino la primera de muchas otras con la cuales podremos contar en el futuro en una temática que se encuentra en permanente evolución.

En este caso, se podrá apreciar de su lectura una conjunción de lo que es la visión doctrinaria del tema con la aplicación de la jurisprudencia nacional, la que es posible de alcanzar con madurez solo por aquellos que realizan cursos de perfeccionamiento con posterioridad a la obtención del título profesional, enriquecida con la experiencia alcanzada a lo largo de su ejercicio.

La creciente publicación de obras en materia de familia en nuestro país en estos últimos años resulta de vital importancia, porque la posiciona en el destacado lugar que debe tener en nuestra sociedad y permite su necesaria actualización para la mantención de su vigencia como del importan-

te papel que debe cumplir para el desarrollo de las personas. Asimismo, el desarrollo de diversos cursos, trabajos, y tesis en materia de familia por los profesores y estudiantes de pre y post grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, así como de sus publicaciones en diversos medios, indudablemente contribuyen y demuestran su preocupación en estas materias, constitutiva de una de las bases esenciales de nuestra sociedad.

CRISTIÁN MATURANA MÍQUEL
Profesor de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Julio de 2017.