

SERIE DE
DOCUMENTOS
MATERIALES
DOCENTES



Curso de formación especializada para

jueces y juezas
de juzgado
de Familia
(curso habilitante)

Autoras

Sara
Covarrubias
Naser

Nel
Greeven
Bobadilla

Autoras

Academia
Judicial
de Chile

Diseño y
Diagramación:
Estudio Real
somosreal.cl

**Material
docente N° 11**
ISBN N°
2021-A-2282
Santiago,
Chile 2020

Sara Covarrubias Naser

Abogada y magíster en Derecho privado, Sara Covarrubias Naser egresó de la Academia Judicial en 1997 y ha sido jueza del Juzgado de Familia de Viña del Mar desde 2005. Ha participado en los análisis de materias de familia del Ministerio de Justicia y DDHH e integró la delegación chilena ante el Comité de los Derechos del Niño, en Ginebra.

Nel Greeven Bobadilla

Magíster en Derecho de infancia, familia y adolescencia y de Derecho internacional de los Derechos Humanos, Nel Greeven Bobadilla es jueza del Juzgado de Familia de Pudahuel. Autora de diversas publicaciones en su especialidad, ejerce la docencia en la Academia Judicial y es relatora de la Corte Suprema de Justicia.

Resumen

El presente trabajo, dirigido especialmente a aquellos que se desempeñan en la judicatura, aborda los procedimientos por medio de los cuales se tramitan las materias que toca conocer a los jueces de familia, a la luz de los principios formativos del procedimiento y los derechos que asisten a las partes, especialmente aquellos contemplados en las convenciones internacionales ratificadas por Chile y que —se encuentran vigentes, así como la jurisprudencia y la política que en materia de género, protección de grupos vulnerables y lenguaje claro— ha impulsado el Poder Judicial.

Palabras clave

Derecho de familia — Principios formativos — Procedimientos — Vulneración de derechos — Violencia intrafamiliar

Índice de contenidos

Introducción	7
1. Fundamentos y objetivos políticos, sociales y jurídicos de la reforma	10
1.1 Principios formativos	13
1.2 Derechos de las personas en el contexto judicial	23
1.3 Las reglas comunes de procedimiento	48
1.4 Recursos	70
2. Prueba en materia de familia	88
2.1 Etapas de la actividad probatoria	89
2.2 Disposiciones generales acerca de la prueba	90
2.3 Los medios de prueba	101
3. Sistemas alternativos de resolución de conflictos	116
3.1 Conciliación	118
3.2 Mediación	121
4. Organización y administración de los tribunales de familia	129
4.1 Jueces	131
4.2 Comité de jueces	131
4.3 Juez o jueza presidente	132
4.4 Consejo técnico	134
4.5 Administrador	139
5. Procedimiento ordinario	145
5.1 Etapa de recepción y control de admisibilidad de la demanda	146
5.2 Esquema del procedimiento	151
5.3 Comparecencia a las audiencias	151
5.4 Audiencia preparatoria del juicio	152
5.5 Audiencia de juicio oral	156
5.6 Observaciones de las partes	159
5.7 Sentencia	161
6. El procedimiento de violencia intrafamiliar	163

6.1	Concepto de violencia	164
6.2	Término del proceso	178
7.	Procedimiento sobre aplicación de medidas de protección de acuerdo a la LTF	185
7.1	Procedimiento	186
7.2	Potestad cautelar en materia de protección de NNA	190
7.3	Medida de separación de sus padres (art. 74 LTF)	192
7.4	Derecho de audiencia con el o la juez (art. 79 LTF)	193
7.5	Deber de información del SENAME (art. 80 bis inc. 1º LTF)	194
7.6	Deber de adoptar medidas inexistentes solicitadas por el juez (artículo 80 bis inc. 2º LTF)	194
7.7	Obligación de informar (art. 76 LTF)	195
7.8	Incumplimiento de las medidas (art. 77 LTF)	195
7.9	Suspensión, modificación y cesación de medidas (art. 80 LTF)	196
7.10	Obligación de visita	197
7.11	Sentencia	198
	Bibliografía	207
	Glosario	212
	Anexos	213

Tabla de abreviaturas

CC	:	Código Civil
CPC	:	Código de Procedimiento Civil
CPP	:	Código Procesal Penal
CDN	:	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDAW	:	Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer
CIDH	:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
COT	:	Código Orgánico de Tribunales
LPA	:	Ley N° 14.908 sobre Abandono de familia y Pago de pensiones alimenticias
LM	:	Ley N° 16.618 de Menores
LTF	:	Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia
LVIF	:	Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar
LMC	:	Ley N° 19.947, de Matrimonio Civil
NNA	:	Niños, Niñas y Adolescentes
OG	:	Observación General
RCP	:	Régimen de cuidado personal
RDR	:	Régimen de relación directa y regular
SENAME	:	Servicio Nacional de Menores

Introducción

En 1992 se creó la Comisión Nacional de la Familia¹, con el objetivo de formular iniciativas legales sobre la familia basándose en diagnósticos preparados multidisciplinarios y a partir de un diagnóstico global que también debía efectuar.

La Comisión hizo entrega de este último en 1993 y en él, los ciudadanos entrevistados señalaron espontáneamente que para mejorar la situación de las familias era necesario “revisar, primero, las leyes respecto a la familia (divorcio, igualdad cónyuges, madres solteras, parejas con problemas, trabajo mujer), a partir de la realidad existente”², quedando en segundo lugar aquellas relativas a medios de comunicación y delincuencia.

Lo anterior se explica porque en dicha época el matrimonio no podía disolverse; la mujer casada bajo sociedad conyugal recién había sido declarada capaz en 1987 y el marido administraba los bienes sociales y propios de la mujer (lo que se mantiene vigente); la ley distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos, lo que imponía una doble carga a las madres solteras (la Ley N° 19.585, que igualó a los hijos, entró en vigencia en 1999); la primera ley de violencia intrafamiliar se encontraba en tramitación (la Ley N° 19.235 entró en vigencia en 1994), y en 1992 la tasa de participación femenina en el empleo era de un 28,1 por ciento.³

En el ámbito judicial, los asuntos relativos a los niños eran conocidos por los juzgados de menores, en tanto aquellas que se referían a adultos eran tramitadas por los juzgados civiles. Esto acarrea numerosos problemas.

En el siguiente link se puede apreciar el gran cambio que significó la creación de los tribunales de familia:

1 Decreto 162, de 1992 del Ministerio de Planificación y Cooperación; Subsecretaría de Planificación y Cooperación.
2 ADIMARK (1993), p. 34.
3 CONTRERAS et al. (2000), p. 7.

Leyes que cambiaron Chile – Creación de los Tribunales de Familia

Los juzgados de menores, creados por la Ley N° 4.447 de 1928, se inspiraban en el sistema tutelar que veía al niño como objeto de protección y no como sujeto de derechos, por lo que gozaba de un mínimo de garantías procesales que no se condecía con los derechos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), ratificada por Chile en 1990.

Por otro lado, el que las cuestiones relativas a adultos y la filiación se tramitaran en los juzgados civiles, significaba que se usaran criterios del derecho común para asuntos que, por su naturaleza, requieren un tratamiento especial y, además, significaba que las causas de una misma familia se vieran por tribunales totalmente diferentes.

Las diferencias de la competencia entre los juzgados de familia y los de menores son:

Juzgados de Menores	Juzgados de Familia
Cuidado Personal	Cuidado Personal
Régimen Comunicacional	Régimen Comunicacional
Alimentos Menores	Alimentos Menores
Patria Potestad	Patria Potestad
Adopción	Adopción
Autorización de salida del país	Autorización de salida del país
Medidas de protección de NNA	Medidas de protección de NNA
Guardas	Guardas
Infracciones penales cometidas por NNA	Infracciones penales cometidas por NNA
	Filiación
	Separación judicial
	Divorcio
	Nulidad de matrimonio
	Separación de bienes
	Violencia intrafamiliar
	Autorizaciones judiciales
	Bienes familiares
	Alimentos mayores
Determinar el discernimiento	

La creación de los tribunales de familia fue una respuesta a estas problemáticas. Sin embargo, el hecho de que las leyes de familia sean escuetas y dispersas, y confluyan en ellas materias que no son propiamente jurídicas sino que pertenecen a otras ciencias sociales, hace que, por un lado, sea visto como un ámbito judicial poco sofisticado y, por el otro, propicia la idea de que no se requiere preparación porque se trataría de materias de poca complejidad⁴. Lo cierto es que ocurre precisamente lo contrario: el escaso número de normas, que además no regulan todos los aspectos del proceso, genera mayor dificultad en su aplicación, puesto que es necesario integrar los vacíos de la legislación, mientras que la confluencia de aspectos psicosociales implica que se debe contar con equipos interdisciplinarios y adquirir conocimientos especializados para comprender a fondo los conflictos y encontrar soluciones adecuadas.

El objetivo que se han propuesto las autoras de este trabajo es intentar sistematizar las normas a la luz de los principios y jurisprudencia, con el fin de orientar en la acertada interpretación de ellas, abordando aspectos psicosociales y de derechos humanos para su adecuada aplicación.

4 FUENTES (2015), p. 959.

1

Fundamentos y objetivos políticos, sociales y jurídicos de la reforma

El 3 de noviembre de 1997, el Presidente de la República envió el proyecto de ley que crearía los tribunales de familia. En el mensaje⁵ se expresa que el proyecto tenía por fin dotar al sistema de administración de justicia de órganos y procedimientos para hacer frente a un especial tipo de contencioso: el de naturaleza familiar, porque el de menores no se condecía con el contencioso familiar ni con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos.

El referido mensaje precisa los problemas que presentaba la judicatura de menores:

Diseño predominante adversarial

Extrema escrituración

Alta mediación

Existencia de gran número de funcionarios no letrados entre el juez y los justiciables

Alta discrecionalidad

El proyecto toma en cuenta que los conflictos familiares son de naturaleza sistémica y que, además, el niño debe ser oído en un proceso interactivo, como sujeto de derechos fundamentales. Respecto de ellos, las nociones habituales del derecho privado, como la culpa o las técnicas de responsabilidad, resultan inadecuadas.

La nueva justicia debía hacerse cargo de que la modernidad ha debilitado a los grupos de pertenencia y que eso lleva una mayor judicialización del conflicto de familia. Esto requería una administración de justicia que fuera socialmente adecuada, ya que es el tipo de conflicto más vinculado a los problemas cotidianos de las personas con menos recursos, junto con el proceso penal, y era la que se prefería perfeccionar.

Así, a través del proyecto se plantearon los siguientes objetivos de política pública:

- a. Establecer la intermediación entre los justiciables y los jueces, enfatizando la oralidad por sobre la escritura, la publicidad y la imparcialidad del juicio jurisdiccional.
- b. Aumentar el acceso a la justicia de sectores tradicionalmente excluidos.
- c. Establecer un órgano jurisdiccional que conozca las infracciones juveniles a la ley penal mediante un procedimiento que garantice el debido proceso.
- d. Instaurar un procedimiento que privilegie las soluciones no adversariales del conflicto familiar, que necesita soluciones cooperativas.

Los objetivos específicos del proyecto, en tanto, fueron:

1. Establecer una jurisdicción especializada con competencia exclusiva en las materias que puedan afectar a las familias, para evitar que se lleven a cabo procedimientos distintos, incluso ante distintos tribunales, para resolver los asuntos que les atañen.
2. Proporcionar a las partes una amplia gama de soluciones cooperativas, no controversiales de resolución de conflictos, como la mediación y la conciliación, con el objetivo de preservar la armonía familiar.
3. Carácter interdisciplinario de la nueva judicatura para tratar el conflicto en su integralidad y ofrecer soluciones sistémicas.
4. Propender a que el juez(a) tenga un conocimiento directo e inmediato de los asuntos, mediante un procedimiento oral, flexible, concentrado, y basado en el principio de la intermediación.
5. Incorporar elementos de modernización comunes al resto de la administración de justicia, para que sea lo más eficaz y eficiente posible.

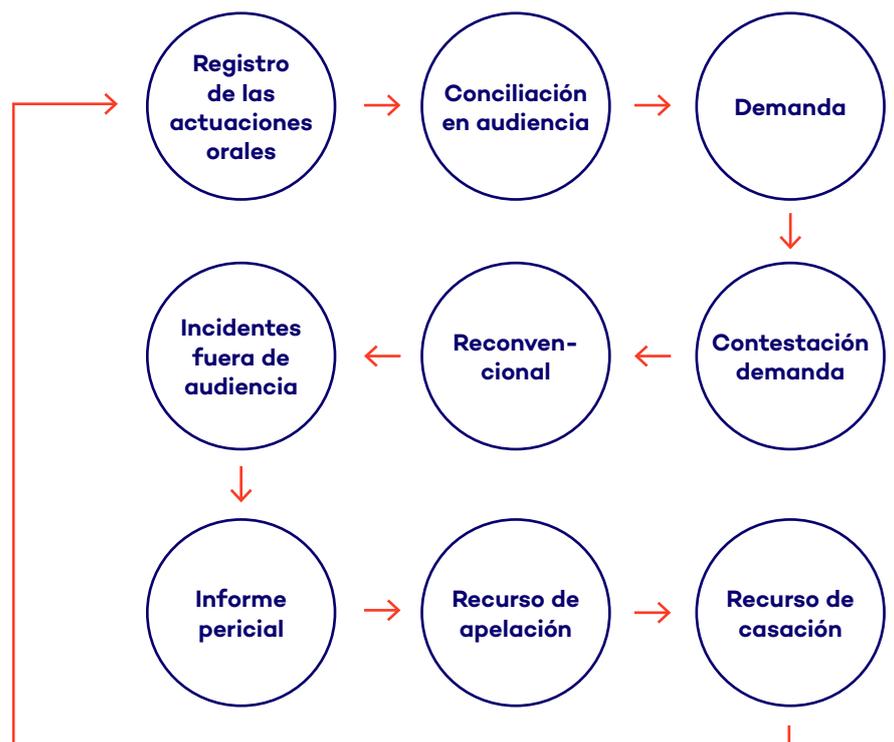
1.1 Principios formativos

Los principios formativos son:



1.1.1 Oralidad

La regla general en los procedimientos de familia es la oralidad, como dispone el artículo 10 inciso primero LTF, cuando señala: “Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley”. Sin embargo, existe una serie bastante larga de excepciones:



El inciso segundo del artículo 10 establece que de toda actuación judicial, audiencia, diligencia probatoria, **se debe guardar registro** a través de un medio idóneo para producir fe, que permita su conservación y reproducción del contenido. Se decidió que este registro fuera mediante la grabación de los audios, lo que si bien garantiza la fidelidad de la información, dificulta el acceso a su contenido puesto que el número de causas que se tramitan hace imposible escuchar el contenido de cada una de ellas. No obstante, igualmente se levanta acta de las actuaciones más importantes y, si se interponen recursos, la sentencia oral debe transcribirse íntegramente.

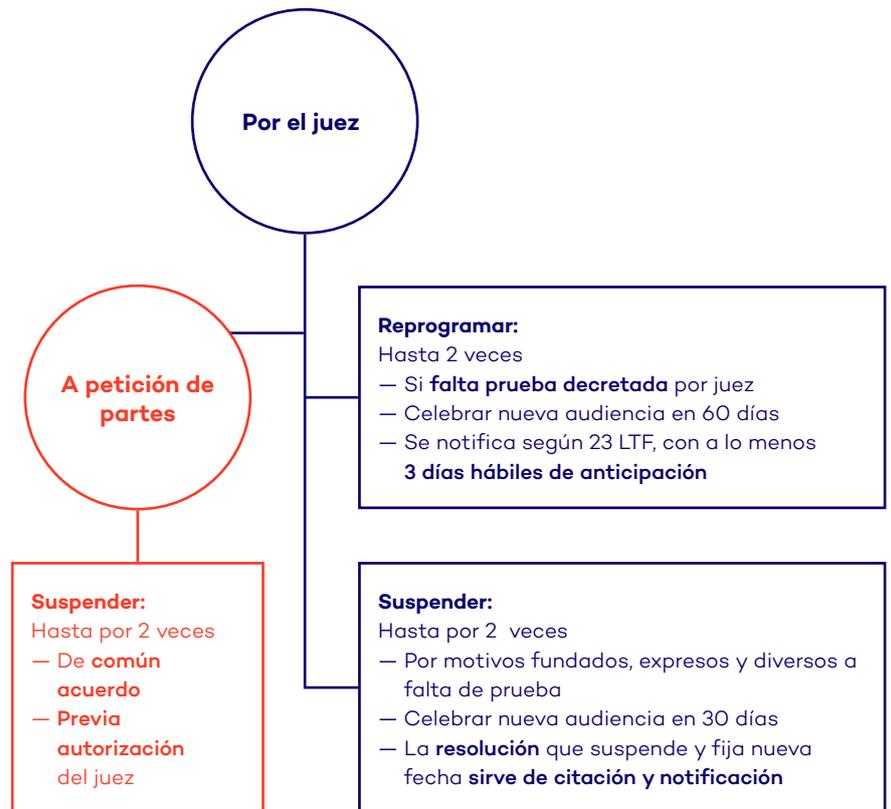
Debe recordarse que, antes de las modificaciones introducidas por Ley N° 20.286 de 2008, tanto la demanda como la contestación (y reconvenzional) podían ser orales, lo que se modificó por las dificultades que se generaron, especialmente porque en dicha época la comparecencia letrada no era obligatoria en materia alguna, mudando a un sistema mixto, aunque predominantemente oral.

1.1.2 Concentración. Reprogramación. Suspensión.

El artículo 11 LTF establece que el procedimiento se desarrollará en audiencias continuas y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. Para lograr este objetivo, el artículo 61 N° 10 LTF dispone que se debe fijar la fecha de audiencia de juicio en un plazo no superior a treinta días.

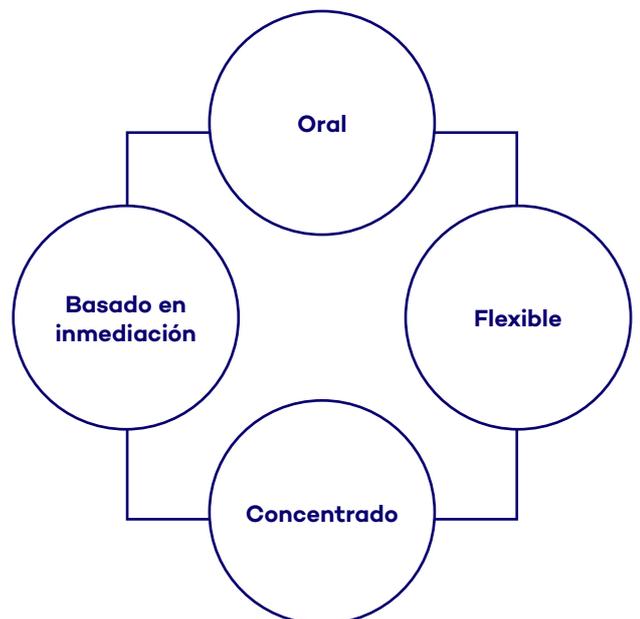
Así también, en el artículo 67 N° 1 se estatuye que la solicitud de reposición deberá interponerse dentro de tres días a menos que dentro de dicho plazo tenga lugar una audiencia, en cuyo caso deberá interponerse y resolverse durante la misma.

Además, las audiencias se pueden reprogramar o suspender:



1.1.3 Inmediación

Según este principio, el o la juez debe tomar **conocimiento directo e inmediato** de todos los asuntos que debe resolver, requiriendo un procedimiento:



No hay delegación de funciones en materia probatoria, no se puede rendir prueba vía exhorto. Se sanciona con nulidad la delegación de funciones.

El propósito es que el tribunal se forme convicción sobre la base de las alegaciones y prueba que personalmente haya recibido (artículo 12 LTF) y no indirectamente, como sucede en el procedimiento escrito.

No hay delegación de funciones en materia probatoria, no se puede rendir prueba vía exhorto. Se sanciona con nulidad la delegación de funciones.

La excepción es el artículo 61 N° 9 LTF, que permite recibir en audiencia preparatoria aquellas pruebas que, excepcionalmente y por motivos justificados, deban rendirse en ese momento, como por ejemplo un testigo imprescindible (porque es el único que conoce los hechos o que mejor los conoce) que debe salir del país. Pero produce la radicación de la causa en el o la juez que la recibió, salvo que se trate de recepción de documental, porque puede volver a reproducirse tantas veces como sea necesario.

1.1.4 Desformalización

Se encuentra regulado en el artículo 9 LTF y persigue la eficacia a través de normas flexibles, orientadas a evitar dilación en trámites innecesarios. No implica eliminar aquellos formalismos que son garantías del debido proceso.

Por ejemplo, no se podría prescindir de la notificación de la demanda puesto que sin ella no hay juicio, pero la ley simplifica la notificación personal subsidiaria y basta que el ministro de fe establezca cuál es su habitación o lugar donde trabaja y que se encuentra en el lugar del juicio, para proceder a notificar conforme los incisos segundo y tercero del artículo 44 del CPC.

También se facilita la notificación a personas cuya individualidad o residencia sea difícil determinar, puesto que el artículo 54 CPC exige que se realicen publicaciones en diario de circulación local o nacional y en el Diario Oficial; en cambio, el artículo 23 inciso cuarto LTF faculta al o la juez para disponer que se practique por cualquier medio idóneo que garantice la debida información del notificado,

para el adecuado ejercicio de sus derechos, es decir, bastaría una notificación telefónica, por ejemplo, siempre que la persona no quede en indefensión.

La extensión de la competencia territorial del artículo 24 LTF es, asimismo, una manifestación de este principio, puesto que los juzgados de familia que dependan de una misma Corte de Apelaciones podrán decretar diligencias para cumplirse directamente en cualquier comuna ubicada dentro del territorio jurisdiccional de dicha Corte, e incluso entre los juzgados de la jurisdicción de Santiago y San Miguel, circunstancias que normalmente requieren exhorto para poder efectuarse.

Por último, el artículo 67 LTF, si bien hace aplicables los recursos ordinarios a la materia, los libra de los formalismos necesarios en el derecho común, como se verá en su oportunidad.

1.1.5 Actuación de oficio

Según el artículo 13 LTF, el o la juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevar el proceso a término con la mayor celeridad, rapidez y eficiencia, complementando así el carácter concentrado del procedimiento, especialmente en los casos que se deban adoptar medidas para dar protección a NNA y a víctimas de violencia intrafamiliar (VIF). El o la juez debe dar curso progresivo al procedimiento:

- a. Salvando los **errores formales** y **omisiones** susceptibles de ser subsanados.
- b. Solicitando a las partes los **antecedentes necesarios** para la tramitación y fallo de la causa.

Asimismo, el principio se manifiesta en diversas normas:

Ley	Artículo	Concreción
<p>Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia</p>	<p>Artículo 21</p>	<p>El juez(a) puede declarar el abandono si las partes no concurren a la audiencia ni piden nueva fecha, con excepciones.</p>
	<p>Artículo 22</p>	<p>El juez(a), 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.</p>
	<p>Artículo 25 inciso final</p>	<p>Los tribunales podrán declarar de oficio las nulidades no convalidadas (<i>contrario sensu</i>).</p>
	<p>Artículo 29 inciso 3°</p>	<p>El juez(a) podrá ordenar que se acompañen todos los medios de prueba de que tome conocimiento que considere necesarios.</p>
	<p>Artículo 31</p>	<p>El juez(a) podrá excluir pruebas impertinentes, sobreabundantes o que hayan sido obtenidas con infracción a las garantías constitucionales.</p>
	<p>Artículo 54-1 inciso final</p>	<p>El juez(a) deberá declarar de oficio su incompetencia.</p>
<p>Ley N° 19.947 que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil</p>	<p>Artículo 85 inciso 3°</p>	<p>El juez(a), en cualquier momento, podrá adoptar las medidas que crea convenientes para el resguardo del interés superior del niño y su derecho a ser oído en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio y solucionar de mejor manera las rupturas o conflictos matrimoniales.</p>
	<p>Artículo 31</p>	<p>Al declarar la separación judicial, el juez(a) deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27. En la sentencia el juez(a), además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto.</p>
	<p>Artículo 90</p>	<p>Llamar a conciliación sobre alimentos, relación directa y regular, cuidado personal, aunque no se lo hayan solicitado.</p>
<p>Ley N° 19.620 de Adopción de Menores</p>	<p>Artículo 13</p>	<p>El procedimiento que tenga por objeto declarar que un menor es susceptible de ser adoptado, se iniciará de oficio por el juez(a), a solicitud del Servicio Nacional de Menores o a instancia de las personas naturales o jurídicas que lo tengan a su cargo.</p>

1.1.6 Colaboración

Según el artículo 14 LTF, en el procedimiento y en la resolución del conflicto deben buscarse las soluciones que supongan la **menor conflictividad posible** entre las partes, privilegiando aquellas acordadas por las partes (conciliación, avenimiento o mediación) y respetando así la autonomía de estas, quienes deben actuar de forma libre e informada. Sin embargo, la participación del o de la juez es **activa**.

El artículo 61 LTF, en el número 4 señala que el o la juez puede promover la sujeción del conflicto a **mediación** (que se regula pormenorizadamente en los artículos 101 y siguientes). Pero es en el numeral 5 que se le ordena promover la **conciliación**, en que su participación es más dinámica puesto que debe proponer las bases de esta.

La **colaboración** también preside el procedimiento de violencia intrafamiliar, puesto que conforme al artículo 96 LTF, para que el o la juez pueda suspender condicionalmente la dictación de sentencia, las partes deben llegar a ciertos acuerdos, ya sea respecto de sus obligaciones familiares o reparatorias o de adopción de cautelares y, para lograr esos acuerdos, incluso pueden recurrir a la mediación.

En el procedimiento de aplicación de medida de protección, antes de dictar sentencia, el o la juez debe procurar que las partes acuerden la forma más conducente a la situación que afecta al NNA, según el artículo 75 LTF.

1.1.7 Publicidad/Protección a la intimidad

En el texto original de la ley, el principio era el de **protección de la intimidad** tanto de las partes como de los NNA, pudiendo prohibirse la difusión de datos e imágenes o disponerse que todas o algunas de las actuaciones del proceso fueran reservadas.

No obstante, esto fue modificado por la Ley N° 20.286, porque “no es poco frecuente la jurisprudencia que, no obstante el claro tenor del artículo 8° de la Constitución Política de la República introducido por la reforma de la Ley N° 20.050, estima que en materia de judicatura de familia no regiría el principio de publicidad de los actos y

resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus fundamentos y procedimientos que utilicen, y se ciñen a un criterio secretista. La indicación en estudio pone remedio a este problema”⁶.

El texto actual del artículo 15 consagra la **publicidad** como regla general y su objetivo es que las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal puedan ser conocidos por todos los ciudadanos, como **instrumento de control** de la labor de los jueces y demás participantes en el proceso. Las excepciones son:

Ley	Artículo	Concreción
Código Civil	Artículo 197	El proceso, en las acciones de filiación, será secreto hasta que se dicte sentencia de término, y sólo tendrán acceso a él las partes y sus apoderados.
Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia	Artículo 15	A petición de parte, cuando exista peligro grave de afectación del derecho a la privacidad de las partes, especialmente de NNA, el juez(a) podrá disponer: a) Impedir acceso a sala de audiencias de determinadas personas, b) Ordenar salida de la sala de audiencias, c) Impedir acceso de público general en la práctica de diligencias específicas.
Ley N° 19.957 que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil	Artículo 86	La mediación se rige por el principio de confidencialidad, es decir, el mediador deberá guardar reserva de todo lo visto y escuchado durante el proceso y estará amparado por el secreto profesional. La violación de la reserva será sancionado conforme al artículo 247 del Código Penal. El proceso será reservado, a menos que el juez(a), fundadamente y a petición expresa de los cónyuges, resuelva lo contrario.



En norma alguna se señala que las audiencias con NNA son reservadas, ni siquiera en los tratados internacionales; sin embargo, en su Observación General N° 12, el Comité de los Derechos del Niño señala, en primer lugar, que “en algunas situaciones, la expresión de opiniones puede implicar riesgos. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los niños con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que los niños sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa de su participación”⁷, lo que puede implicar **decretar la reserva** en los casos concretos en que se estime que ese riesgo puede presentarse.

1.1.8 Contradicción

Si bien este principio no está señalado expresamente en la LTF, forma parte del debido proceso, dado que el contradictorio es el único escenario donde se permite a las partes actuar en un **plano de igualdad**. A ambas partes se les conceden:

- a. Los mismos **derechos**
- b. Las mismas **posibilidades** y
- c. Las mismas **cargas procesales**.⁸

7 Comité de los Derechos del Niño (2009), párr. 134.

8 PÁEZ (2008), p. 20.

Esto es crítico en las medidas cautelares, puesto que la ley permite que se lleven a efecto antes de la notificación a la contraria, sin embargo, la contradicción posterior debe admitirse para no vulnerar el derecho a defensa⁹. Las medidas cautelares en materia de familia no sólo buscan conservar el patrimonio o *statu quo*, por tanto van más allá de las mínimamente invasivas y pueden adelantar en todo o parte la sentencia.

La regla general es que se decretan con conocimiento de la otra parte (lo que se extrae del uso de la expresión “aún antes de notificarse” de que se sirve el inciso segundo del artículo 22 LTF). La excepción es que se decreten sin audiencia de la contraria, cumpliendo tres requisitos:



Dado que afectan **intereses personales** que perturban todo el núcleo familiar, para decretarlas debe:

1. Existir **probabilidad y verosimilitud** de que un derecho pueda ser vulnerado (*fumus boni iuris*).
2. Existir **peligro en la demora** (*periculum in mora*)¹⁰.

9 ORTELLS (2000), p. 283 y ss.

10 PÁEZ (2008), p. 34.

1.2 Derechos de las personas en el contexto judicial

El proceso de familia es especial porque no sólo se refiere a aspectos jurídicos y económicos, sino que involucra las relaciones entre los distintos componentes de las familias, sus sentimientos, su bienestar físico y mental y, entre ellos, se producen desigualdades de poder que los afectan y que los principios buscan corregir.

1.2.1 Introducción

Los poderes judiciales iberoamericanos organizaron conferencias con el fin de dar plena vigencia a los derechos humanos, con la ley como fundamento de paz y respeto mutuo, y un poder judicial que sea instrumento de cohesión social, igualdad, no discriminación y fortalecimiento democrático¹¹. Al final de cada una, emitieron declaraciones conjuntas dirigidas a mejorar distintos aspectos del quehacer judicial, entre las que destacan algunas que se revisarán a continuación.

1.2.2 Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia (Cancún, 2002)¹²

Este instrumento señala, en su preámbulo, que “la eficacia de la justicia, sin duda, está vinculada a la accesibilidad, a la información, a la transparencia, e, incluso, a la simple amabilidad en el trato”.

La carta se aplica a todo justiciable y asegura, en general, acceso a la información y trato respetuoso, lo que incluye la respuesta oportuna. En particular, establece que:

- a. Los actos de comunicación (incluidos los orales) usen un lenguaje sencillo y comprensible.
- b. Las sentencias y resoluciones se redacten con un lenguaje comprensible para sus destinatarios, con sintaxis y estructuras simples.

11 Cumbre Judicial (2014), párr. 4.

12 Cumbre Judicial (2002), preámbulo.

- c. Se dispongan formularios gratuitos para el ejercicio de derechos cuando no se requiere patrocinio de abogado.
- d. Las personas pertenecientes a pueblos originarios puedan utilizar su propia lengua y se les posibilite entender el sentido y significado de las actuaciones judiciales.
- e. Las personas con discapacidad tienen derecho a contar con intérpretes o medios tecnológicos para comprender el proceso.
- f. Se debe garantizar el uso de intérprete para los extranjeros que no comprendan el idioma oficial del país.

La justicia es responsable ante el ciudadano, pudiendo formular quejas y recibir respuestas a ellas y exigir responsabilidad por el error judicial.

1.2.3 Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas (Santiago, 2014)¹³

Este instrumento se divide en varias secciones relativas a distintos grupos protegidos. La idea central es realizar ajustes razonables para hacer más accesible la justicia a estos grupos especialmente protegidos.

1.2.3.1 En el caso de los NNA

Señala que existe una obligación reforzada y prioritaria de:

- a. Actuación oficiosa para la protección integral del NNA
- b. Exhaustividad para atender la causa de pedir
- c. Brindar la asistencia y la representación necesarias para el ejercicio de sus derechos.

Esto puede implicar una modificación de las reglas de congruencia, porque cuando el o la juez se percate de cualquier riesgo o peligro para la integridad y desarrollo del NNA, deberá tomar de manera oficiosa

todas aquellas acciones que estén a su alcance para **salvaguardar la seguridad y restitución de sus derechos**. Esta obligación será aplicable aun cuando no formen parte directa de la litis de que se trata.

Se debe estudiar exhaustivamente los elementos para **definir la verdadera causa de pedir** de los NNA y las acciones necesarias para el resguardo de sus derechos.

Asimismo, se debe brindar un **trato diferenciado** a los NNA considerando sus particularidades, debiendo contar con representación adecuada, lo que incluye la designación de un abogado especializado en forma gratuita, así como una persona de apoyo para brindarle asistencia.

El derecho los NNA a ser oídos no es un fin en sí mismo, sino un medio para el efectivo ejercicio de sus derechos. La participación de los NNA debe llevarse a cabo en un lenguaje sencillo y comprensible y se les proporcionará intérprete gratuito si lo necesita. Los NNA **no están obligados a declarar**.

El NNA debe **ser informado** de las etapas del juicio, de la trascendencia de su participación y opinión sobre la situación, así como de las medidas disponibles, sus derechos, posibilidades de obtener reparación y programas de justicia restaurativa.

En las decisiones se debe **tomar en cuenta el impacto** que tendrá en el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo de los NNA.

Se debe adoptar una **posición pro niño** en las medidas de protección.

Se debe permitir a los NNA **expresarse libremente**, formular cuidadosamente las preguntas, usar materiales de apoyo y aplicar estrategias para el manejo del estrés.

La participación de los NNA debe ser **grabada** en audio e imagen, explicándoles que así se hará y será guardada en forma **confidencial**, pero otorgando copia de ella a su representante y a las partes.

En cuanto a la valoración de sus dichos, el protocolo señala:

- a. Debe tomar en cuenta sus derechos y su **grado de desarrollo**, particularmente al momento de estudiar aparentes contradicciones en el mismo.
- b. Debe considerar los **criterios de credibilidad establecidos**, que orientarán la valoración judicial.
- c. Debe considerar las **condiciones** en las que fue tomada dicha declaración y su **posible afectación** sobre la actuación de los NNA.

El o la juez debe **resguardar la privacidad de la actuación infantil** ante cualquiera que no sea parte del juicio, tanto respecto de su identidad cuanto de las actuaciones en que se encuentren presente los NNA, en especial que estas últimas se lleven a cabo en un recinto privado sin acceso a terceros o personas que puedan intimidarlo, y que los NNA no escuchen cosas que no le atañen directamente. Sólo deben presenciar la actuación aquellos que por ley tienen derecho, pero sin intervenir.

En cuanto a las pruebas periciales practicadas a los NNA, es necesario tomar en consideración:

1. Los conocimientos con los que cuenta el perito en infancia dentro de la materia de su pericia.
2. Si el perito conoció el expediente del juicio y antecedentes generales de los NNA.
3. Si se sostuvo una interacción previa con los NNA para establecer un ambiente de confianza.
4. Si contempla la narrativa libre de los NNA, anotando en la mayor medida posible el registro textual de lo dicho por ellos.
5. Si contiene los resultados de las pruebas aplicadas y no únicamente haciendo referencia a las conclusiones obtenidas a partir de las mismas.

Las conclusiones deben basarse **explícitamente** en los hallazgos de las sesiones con los NNA, expresando los sustentos de lo concluido. Debe existir **congruencia** entre la metodología y las conclusiones.

También se debe explicitar si la información se obtuvo de **fuentes diversas** a los NNA, como información aportadas por familiares u otros adultos cercanos al niño.

1.2.3.2 En el caso de personas, comunidades y pueblos indígenas

Se les debe tratar en condiciones de **igualdad** y sólo se podrán hacer diferencias objetivas y razonables con miras a la protección de sus propios derechos¹⁴.

Se les debe informar sus derechos, entre ellos a un traductor y defensor que conozca su lengua y cultura, y hacer las **ajustes necesarios** que les permitan una mejor comprensión de los procedimientos, debiendo el juzgador hacer lo posible para comprender la cultura del justiciable y la desigualdad estructural que padecen.

El criterio para determinar la calidad de indígena es la **autoidentificación**.

En las decisiones se tendrán **debidamente** en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados, así como las normas internacionales de derechos humanos.

Se recomienda consultar a peritos antropólogos expertos sobre el pueblo indígena involucrado, a fin de conocer el **sistema cultural** de la persona y su **sistema normativo**.

1.2.3.3 En el caso de personas con discapacidad

Las personas con discapacidad han sido tradicionalmente rechazadas, estigmatizadas y objeto de discriminación múltiple, y no han gozado de autonomía para adoptar sus propias decisiones. La judicatura debe garantizarles un acceso pleno a la justicia, con apego al debido proceso judicial y restituir a las personas en el ejercicio de sus derechos cuando les han sido violentados.

14 Cumbre Judicial (2014a), pp. 103-297.

Se sugiere abordar la discapacidad desde un modelo social y de derechos humanos en todas las actuaciones en que intervengan, sin prejuicios ni estereotipos, sin ideas de proteccionismo y dependencia. La judicatura se debe asegurar que la sentencia no traiga consecuencias negativas para la persona, ni menoscaben sus derechos o los logros alcanzados durante el juicio, debiendo adoptar los ajustes razonables necesarios para el efectivo ejercicio de sus derechos considerando las barreras del entorno.

Se debe evitar el lenguaje ofensivo y discriminatorio y velar por que las resoluciones judiciales se redacten en un lenguaje inclusivo y respetuoso de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Para implementar las medidas contempladas en el protocolo no se requiere una acreditación oficial de la discapacidad, especialmente si es el objeto central de la litis. Se debe proceder a verificar mediante pruebas periciales la situación de discapacidad ante la autoidentificación y la duda del o la juez.

Se recomienda aplicar los estándares siguientes:

- Debe preferirse la interpretación que **proteja de mejor manera** sus derechos.
- Ante barreras **físicas y actitudinales**, deben adoptarse los **ajustes** necesarios.
- Se sugiere privilegiar el **reconocimiento** como **sujetos de derecho** de las personas con discapacidad psicosocial.
- Tomar en cuenta la **diversidad** y evitar dilaciones.
- Respecto de la accesibilidad específica, esto es, la igualdad de oportunidades y facilidad de acceso físico, se debe actuar bajo la premisa de **accesibilidad universal**.
- Se debe también garantizar **accesibilidad a la información**, lo que constituye una obligación de **diligencia** y **resultado**.
- Se debe contar con peritos adecuados y consultar a los involucrados si se han adoptado las acciones necesarias, creando **vínculos de confianza** con las personas con discapacidad.

Se opta por un sistema de apoyo para la toma de decisiones y no de sustitución de la voluntad, estableciendo salvaguardas para evitar el abuso.

- Se recomienda el **uso de técnicas** que eviten confusión, sorpresa o tensión en la persona.
- Se reconoce la **personalidad** y **capacidad jurídica** de toda persona con discapacidad, centrándose en la voluntad, deseos y derecho a opinar de la persona y no de su tutor.
- Se opta por un sistema de apoyo para la toma de decisiones y no de sustitución de la voluntad, estableciendo salvaguardas para evitar el abuso. Los jueces y juezas deben abstenerse de continuar aprobando nuevos casos de interdicción de personas con discapacidad y adoptar el **modelo de apoyo** en la toma de decisiones.
- Se sugiere, finalmente, no emplear palabras en diminutivo o un tono de voz sobreactuado, sino actuar con naturalidad a través de un lenguaje sencillo, “evitando la pérdida del rigor técnico exigible en el servicio de justicia”.

1.2.4 Protocolo de Actuación Judicial para casos de Violencia de Género contra las Mujeres (Santiago, 2014)¹⁵

El protocolo se basa en el concepto de **tutela jurídica efectiva**, esto es, “la posibilidad de reclamar ante los órganos jurisdiccionales la apertura de un proceso sin obstáculos procesales, obteniendo una sentencia de fondo motivada y fundada en un tiempo razonable, garantizando la ejecutoriedad del fallo”. Y expone las reglas generales de actuación judicial que a continuación se reseñan.

Deben tomarse todos los datos necesarios para el inicio del procedimiento y para ello, la **atención** debe ser:

- **Inmediata:** en el menor tiempo posible, la persona será escuchada personalmente por el o la juez y esta actuación será grabada.
- **Integral:** se debe brindar asistencia legal, social, psicológica y médica, en sala separada que garantice privacidad.

- **Coordinada:** debe estar presente el Ministerio Público para el inicio de la acción penal, si corresponde, y solicitarse los servicios forenses que correspondan, especialmente médicos (sobre existencia de golpes, ubicación y descripción de los mismos, tiempo de recuperación) y psicológicos (acciones sufridas por la mujer y sus hijos, si ello la intimidó, menoscabó su autoestima, tenían por fin controlarla, si la debilitó psicológicamente con cuadros depresivos).
- **Interinstitucional:** se coordinarán las diferentes instituciones llamadas a actuar.
- **Sostenible durante todo el proceso:** se recibirá la declaración de la víctima como prueba anticipada, se harán evaluaciones médicas y psicosociales y se actuará en presencia de un abogado de la defensa penal pública para velar por la observancia de los principios constitucionales.

Deben adoptarse medidas inmediatas e integrales para una **protección efectiva**. La víctima será atendida dentro de un plazo no mayor a **tres horas**, efectuándose el **informe médico y psicológico**. Asimismo, el o la juez debe otorgar las **medidas de protección** que procedan para evitar el riesgo y romper el círculo de violencia: alejando a la persona víctima del agresor y cautelando su subsistencia, señalando la persona que debe cumplirlas, plazo perentorio para ejecutarlas e informar el cumplimiento e implementar una oficina del poder judicial encargada del cumplimiento. Para ser efectiva, esta protección deberá ser interinstitucional, coordinada y sostenible durante todo el proceso: la inobservancia de lo anterior estará sujeta a responsabilidades civiles y administrativas.

Deben implementarse **mecanismos ágiles de notificación**, con el fin de no retardar el procedimiento. A la víctima se le notifica en el mismo acto y al demandado se le ubicará por las fuerzas de orden, conminándolo por escrito a presentarse al tribunal en 24 horas, bajo sanción de tenersele por notificado.

Se debe prevenir la **revictimización** de las personas afectadas. Para ello se tomará una sola declaración a la víctima, bajo la fórmula de prueba anticipada, para luego enviarla de forma inmediata a realizar los peritajes que correspondan.

Para la aplicación de normas internacionales en resoluciones judiciales, el protocolo señala que se deben usar:

- a. Convenciones, Declaraciones y protocolos del Sistema Universal,
- b. Convenciones, Declaraciones y protocolos del Sistema Interamericano,
- c. Declaraciones emanados por la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Se deben adoptar **mecanismos de acceso a la justicia con respecto a la diversidad cultural**, identificando las comunidades étnicas o lingüísticas de la víctima y, según corresponda, convocando a un intérprete y a profesionales de medicina y psicología que hablen el idioma de la víctima.

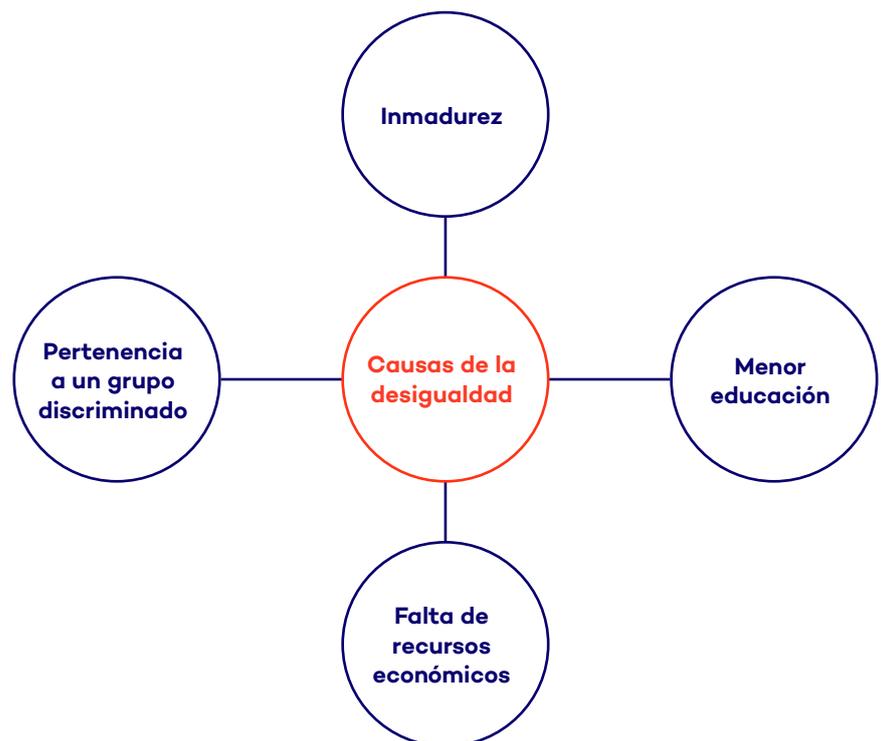
Se debe excluir la **aplicación de medios alternativos**: “Durante la tramitación del proceso penal para determinar la responsabilidad del denunciado, está prohibido cerrar un caso por conciliación de la víctima con el denunciado o acta de Mediación celebrada ante cualquier funcionario. Tampoco es permitido archivar un caso o suspender la investigación por aplicación de otras medidas tales como el criterio de oportunidad”¹⁶.

Se deben dictar todas aquellas medidas que tiendan a la **reparación integral** de la víctima: derivarla a albergues, ser beneficiada por programas sociales, ordenar tratamiento psicológico, proveer asistencia médica, hospitalaria y medicamentos, y todas las acciones necesarias para restaurar su proyecto de vida.

Se debe proveer **gratuidad** en las costas judiciales y en la representación de las víctimas.

1.2.5 Derechos específicos

En general, el principio que rige en materia de familia es el de **protección a los débiles**, cuyo objetivo es obtener la **igualdad real de las partes**. Con ese fin, la ley impone ciertos deberes al juez o la jueza en favor de personas que se encuentran en una situación de desigualdad o desamparo fáctico por:



Esto se concreta en la ley en diversas normas: el artículo 19 LTF, que establece la **representación** de los NNA; el artículo 29 LTF, que regula las **facultades de investigación de oficio** del juez o jueza de familia; el artículo 22, 71 y 92 LTF y 7 LVIF, que permiten la aplicación de **medidas cautelares de oficio**, y el artículo 3 LMC, que establece el **interés superior** de los NNA y la **protección del cónyuge más débil** como principios que el o la juez de familia debe tener presente al resolver.

1.2.5.1 Principio de protección del cónyuge más débil

Este principio está establecido en el artículo 3 inciso primero LMC: “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”.

Como dice Lepin, “la ley entiende que uno de los cónyuges (más débil) queda en una situación de desmedro económico frente al otro cónyuge (más fuerte) al momento del término del matrimonio, ya sea por divorcio o nulidad, que se traduce en sus escasas posibilidades de negociación”¹⁷.

La protección del cónyuge más débil se manifiesta, como principio, en el deber de socorro (artículo 131 CC); patrimonio reservado (artículo 150 CC); pacto de separación total de bienes (artículo 1715 inciso segundo CC); la posibilidad de sustituir el régimen durante el matrimonio (artículo 1723 CC); las limitaciones a la administración del marido (artículo 1749 CC); la acción de separación judicial de bienes (artículos 152 y siguientes CC); la renuncia a los gananciales (artículo 1781 CC); la mujer hará primero las deducciones en la liquidación de la sociedad conyugal (artículo 1773 CC); el beneficio de emolumentos (artículo 1777 CC); participación en los gananciales y los bienes familiares (artículos 141 a 149 CC); alimentos para el cónyuge que se encuentra en estado de necesidad (artículo 321 y siguientes CC y en la LPA); compensación económica (61 a 66 de la LMC).¹⁸

La Corte Suprema lo relaciona en forma constante con el concepto de menoscabo, indicando: “El menoscabo aparece como la carencia de medios del cónyuge beneficiario para enfrentar su vida separada y futura, dada por la disparidad económica de los cónyuges, porque durante la vigencia del matrimonio uno de ellos se privó de realizar una actividad lucrativa o remunerada o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, por privilegiar el cuidado del hogar y/o de los hijos, quedando en un plano de desigualdad respecto del otro que no se vio afectado en este aspecto. Así puede entenderse que este elemento dice relación con un empeoramiento de la situación que durante el matrimonio tenía el cónyuge afectado, de allí entonces que la reparación que se impone por la ley busca corregir el desequilibrio o disparidad entre las partes a fin de que puedan enfrentar la situación futura e individual de cada uno de ellos, protegiéndose de esta manera al que ha tenido la condición de más débil. Este detrimento

17 LEPIN (2013), p. 519.

18 LEPIN (2013), p. 524 y ss.

se torna relevante al terminar el matrimonio, con la declaración de nulidad o de divorcio, pues, con ello, finalizan una serie de obligaciones y deberes que compensaban de alguna manera este desequilibrio durante la vigencia del mismo”¹⁹.

1.2.5.2 Principio de prevalencia del interés superior del NNA



20

Este principio rector, muy criticado por la doctrina por ser un concepto jurídico indeterminado y usado para justificar las más variadas decisiones, en un intento por concretizarlo ha sido definido por Cillero²¹ como aquel que tiene por objeto garantizar a todos los NNA que se encuentren en el territorio nacional el **ejercicio y goce pleno y efectivo** de sus derechos y garantías. Esto es, la plena satisfacción de todos sus derechos.²²

Su correcta aplicación, señala el autor, especialmente en sede judicial, requiere el análisis conjunto de todos los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución, asegurando:

- a. la **máxima satisfacción** de los derechos que sea posible, y
- b. la **menor restricción** de ellos

19 CS rol N° 12.639-2019, de 20 de abril de 2020.

20 Chilectra (2001), p. 79.

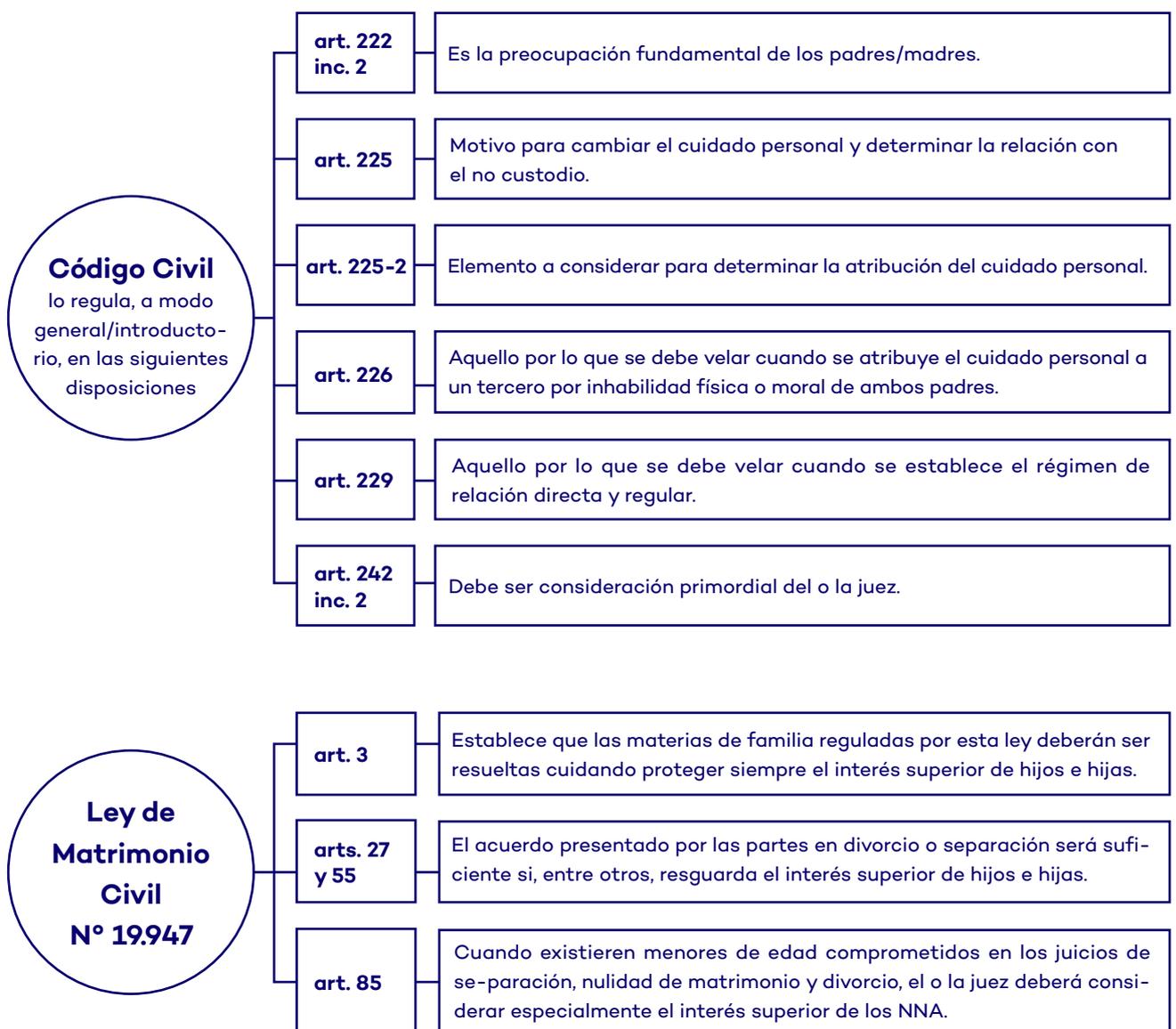
21 Recogido en términos similares en la Observación General N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Yean y Bosico vs. República Dominicana (2005).

22 CILLERO (1999), p. 54 y ss.

- c. después de considerar el número de **derechos afectados** y su importancia relativa.

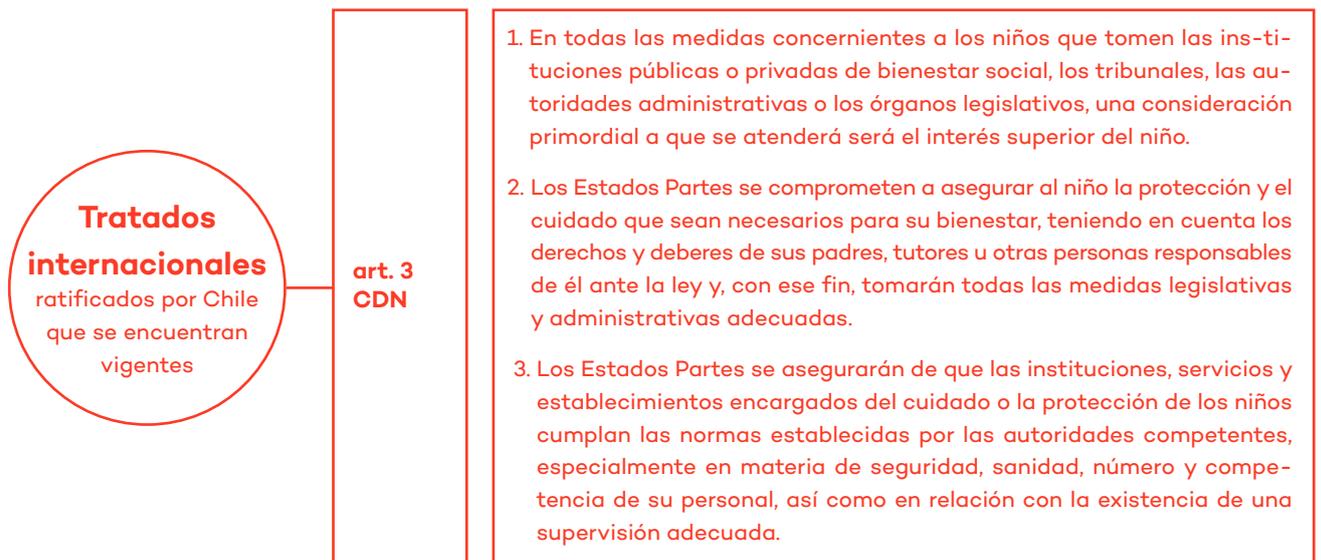
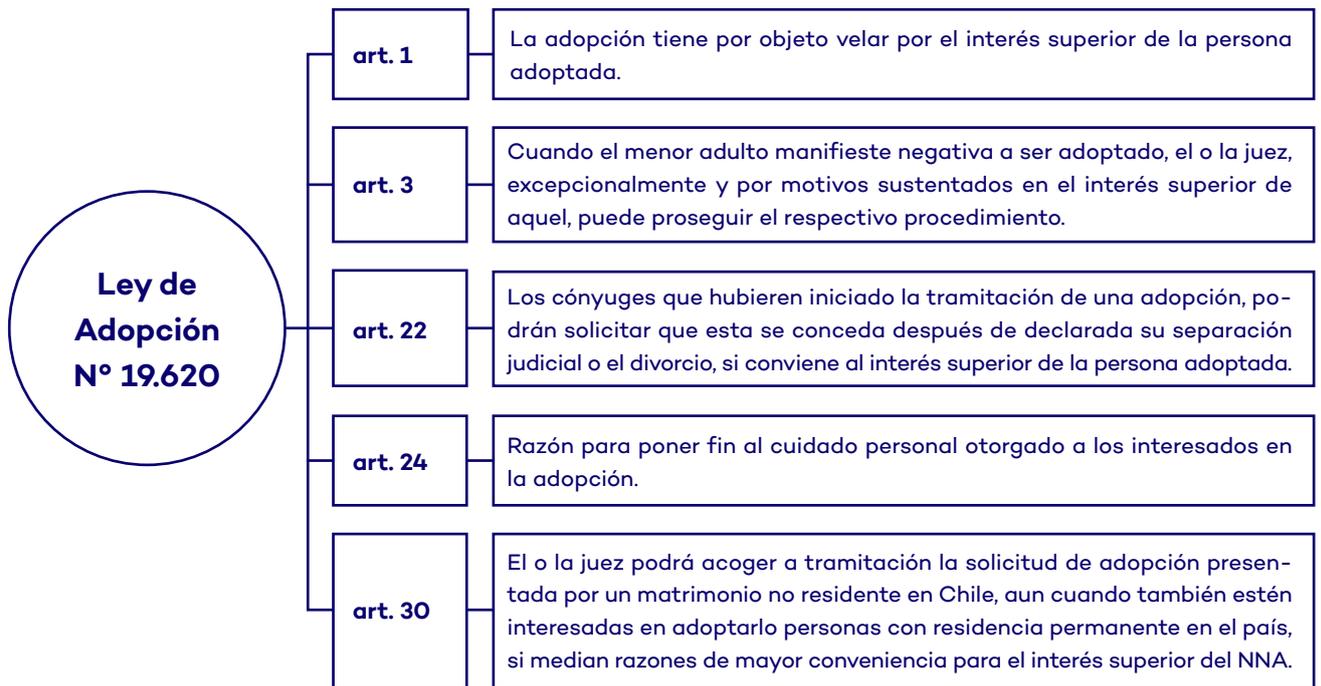
Se trata de un principio jurídico garantista, es decir, de un derecho que **permite ejercer otros derechos**. En tal sentido, obliga a la autoridad y constituye un **límite a su poder**.^{23 24}

Se encuentra contenido en las siguientes normas:



23 CILLERO (1999), p. 59 y ss.

24 En el mismo sentido se pronuncia la Corte IDH (2002), párr. 56 y ss.



La Corte Suprema, en jurisprudencia constante²⁶, ha dicho sobre este principio que “el concepto de ‘interés superior del niño’ puede situarse como un hito dentro del avance progresivo global del reconocimiento jurídico a la protección general a los Derechos Humanos, focalizados, en la especie, de manera concreta, al ámbito del individuo en proceso de desarrollo hacia la adultez, el que toma un giro de especial relevancia en el mundo jurídico y político al reemplazar la clásica fórmula de protección utilizada por el derecho de la modernidad –que opera mediante la sistematización de catálogos de prohibiciones– por una de carácter programático, que fomenta y promueve a nivel de Estados, la adopción de acciones positivas directas por la vía de cambios legislativos”.

“En otras palabras, como plantea la doctrina, ‘el estado de la cuestión de los derechos del niño, de este modo, transita, desde las definiciones normativas negativas, en cuanto prohíben los actos dañosos, a las exigencias positivas, impuestas directamente a los Estados para asegurar el bienestar integral del niño, contexto que justifica la introducción de este concepto jurídico de su interés, que sitúa al niño en una doble posición: en cuanto sujeto específico de derechos, y objeto de su protección’ (González, Nuria y Rodríguez, Sonia: *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional*, UNAM, México, 2011, p.75). **Sexto:** Que, asimismo, esta Corte ha sostenido que el proceso de reconocimiento de los derechos de la infancia por declaraciones internacionales, tiene su colofón con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989. Pues en efecto, se afirma que dicho instrumento no sólo produjo un quiebre en la lógica de la protección por la vía de los catálogos de prohibiciones, que asumieron las legislaciones internas al introducir obligaciones de carácter internacional, que vinculan directamente a los Estados para adoptar actitudes positivas de protección, mediante el mandato de otorgar tutela efectiva a las exigencias contenidas en el sistema protector de la infancia, sino que, además, trajo una profunda innovación; pues, a diferencia de los instrumentos anteriores, que más o menos se limitaban a reafirmar los derechos que se reconocían, la

26 CS roles N° 32.128-2015, 38.044-17 y 6.219-2018, entre otros.

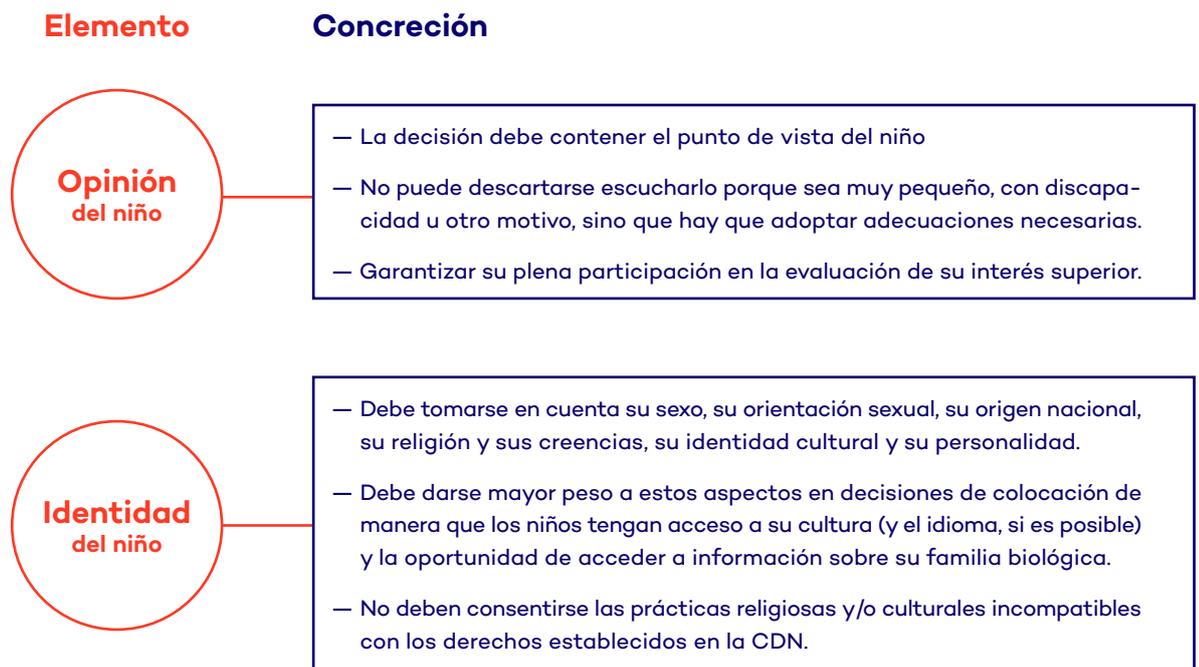
Convención de 1989 se encargó de especificarlos, constituyéndose dicho instrumento como una fuente de derechos propia, que vinculada con la protección de los Derechos Humanos, reclama fuerza normativa autónoma e independiente, proyectándose, además, una nueva concepción del interés superior del niño, que superando su estatuto de mera declaración de intenciones, se convierte en norma vinculante, en criterio y principio, aplicable de manera concreta (Cillero, Miguel: ‘El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño’, en revista *Justicia y Derechos del Niño* N° 1, Unicef/ Ministerio de Justicia, Santiago, 1999). El artículo 3° párrafo 1 del instrumento internacional en referencia, señala que: ‘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’.

Como se observa, la utilización expresa del concepto del interés superior del niño implica un reconocimiento del consenso universal sobre los derechos del niño, consagrando los mecanismos de protección de la infancia, en cuanto una extensión precisa y concreta de aquellos relativos al resguardo general de los Derechos Humanos. La fórmula del interés superior del niño, adquiere así, un nuevo significado en la Convención, pues, por un lado, es elevado al carácter de norma fundamental y se le otorga un rol jurídico que se proyecta a todo el aparataje estatal, en cuanto precepto ‘rector-guía’ de sus actuaciones, y por otro, y al mismo tiempo, se constituye como una exigencia de comportamiento global en el contexto internacional, planteando así, un mínimo ético universal que los actores sociales deben asumir. Sin embargo, como previene Miguel Cillero, tal composición, no la hace una idea vaga. Si bien, el interés superior del niño, por su generalidad conceptual, puede adolecer de cierta ambigüedad, la propia Convención lo coloca en un contexto normativo claro, propio y específico, y dentro de la lógica del sistema conformado por la demás normativa internacional, regulación que le otorga una concepción jurídica precisa que reduce ‘razonablemente la indeterminación’ y que es ‘congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica’ (ob. Cit., p. 45)”.

En cuanto a su aplicación al caso concreto, la Corte²⁷ expresa que debe utilizarse en dos sentidos:

- como **criterio de control**, para constatar que el ejercicio de los derechos y obligaciones correlativas respecto de los niños sea correctamente efectuado; y
- como **criterio de solución**, para dirigir la decisión hacia la buena solución, que será aquella que coincida con su interés, concreta y sistemáticamente apreciado.

No obstante, sigue siendo difícil aplicar este concepto a la situación de un NNA en concreto, por ello es útil analizar los elementos que la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño recomienda para su determinación²⁸:



27 CS rol N° 6.219-2018, de 31 de octubre de 2018.

28 GREEVEN y VALENZUELA (2019), p. 28 y ss.

Elemento

Concreción



**Preservación
del entorno
familiar
y mantenimiento
de las relaciones**

- El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio, incluyendo a los padres biológicos, adoptivos o de acogida, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.
- Se debe prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar.
- La separación de los padres debe ser siempre el último recurso.
- La separación debe ser previamente evaluada por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados, con la colaboración judicial apropiada.
- Antes de determinar la separación, se debe dar apoyo a los padres para que cumplan sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar su capacidad para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño.
- Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres.
- La discapacidad de los padres no es justificación de la separación, a menos que la asistencia que la familia requiere no sea suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono o para la seguridad del niño.
- Los niños no deben ser ingresados a acogimiento alternativo innecesario.
- En caso de ser necesario, el acogimiento alternativo debe hacerse de forma que se respeten los derechos del niño.
- En caso de ser separado, mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres y otros referentes significativos de modo regular.
- En las decisiones de separación, debe establecerse el régimen de comunicación.
- La preservación de la unidad familiar debe tenerse en cuenta al determinar reunificación familiar migratorio.
- Es contrario al interés superior del niño que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos.
- El juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso.
- Al juzgar a los padres u otros tutores que hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el niño o los niños afectados.

Elemento

Concreción

Cuidado, protección y seguridad

- Los términos “protección” y “cuidado” deben interpretarse en sentido amplio, no como una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, “para proteger al niño de daños”), sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño.
- El bienestar del niño abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.
- El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no las satisfacen, se deben tomar medidas para que cree lazos afectivos seguros.
- La seguridad es el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes, así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupeficientes, la explotación laboral, los conflictos armados, etcétera.
- Al tomar decisiones se debe evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento y, también, la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.

Situación de vulnera- bilidad

- Son situaciones de vulnerabilidad del niño tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etcétera.
- La determinación de su interés superior debe referirse, también, a otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas.
- Cada niño es único y cada situación de vulnerabilidad debe evaluarse de acuerdo con su condición única.
- Debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y adoptar los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño.

Elemento

Concreción

Derecho del niño a la salud

- Si hay más de un posible tratamiento para una enfermedad o si el resultado es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y tener en cuenta la opinión del niño en función de su edad y madurez.
- Se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundado.
- Los adolescentes, tanto dentro como fuera de la escuela, deben acceder a información adecuada esencial para su salud y desarrollo, a fin de que puedan elegir comportamientos de salud adecuados, especialmente sobre uso y abuso del tabaco, el alcohol y otras sustancias, las dietas, la salud sexual y reproductiva, los peligros de un embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual.
- Los adolescentes y niños más pequeños con trastornos psicosociales tienen derecho a ser tratados y atendidos en la comunidad en la que viven, en la medida posible, evaluando su interés superior para internar.
- La salud del niño y las posibilidades de tratamiento pueden formar parte de una evaluación y determinación de su interés superior con respecto a otros tipos de decisiones importantes (por ejemplo, la concesión de un permiso de residencia por razones humanitarias).

Derecho del niño a la educación

- La educación no es sólo una inversión de futuro, sino también una oportunidad de esparcimiento, promoción del respeto y la participación y el cumplimiento de las ambiciones.
- El acceso a educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, afecta el interés superior:
- Los Estados Partes deben tener docentes y otros profesionales de diferentes áreas relacionadas con la educación que estén perfectamente capacitados, así como un entorno propicio para los niños y métodos de enseñanza y de aprendizaje apropiados.
- Fomentar las habilidades del niño para superar las limitaciones que pueda acarrearle cualquier situación de vulnerabilidad, responderá a su interés superior.

1.2.5.3 Principio de la autonomía progresiva del NNA. Participación en el juicio.

Este principio se deduce de lo establecido en el artículo 5 CDN: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local,

de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Originalmente, se entendía como un derecho de los padres a la no intromisión del Estado en la crianza y educación de los hijos, sin embargo el Comité de los Derechos del Niño lo ha interpretado en las siguientes observaciones generales:

- OG N° 14: a medida que los NNA maduran, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior.²⁹
- OG N° 12: cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el NNA, más deben los padres u otras personas responsables³⁰:
 - a. Transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos.
 - b. Más adelante, en un intercambio en pie de igualdad.
 - c. Esta transformación no tendrá lugar en un punto fijo del desarrollo de los NNA, sino que se producirá paulatinamente a medida que se alienta a los NNA a aportar sus opiniones.
 - d. Incluir a los NNA, incluso los pequeños, en los procesos de adopción de decisiones:
 1. De modo conforme a la evolución de sus facultades.
 2. Suministrándoles información sobre los tratamientos que se propongan y sus efectos y resultados.
 3. Lo anterior, en particular, de manera apropiada y accesible para los NNA con discapacidades.

29 Comité de los Derechos del Niño (2013), párr. 44.

30 Comité de los Derechos del Niño (2009), párr. 79, 84, 100, 134 letras g) y h).

4. Promover las oportunidades en favor del derecho del niño a ser escuchado, habida cuenta de que su participación es un instrumento para estimular el futuro desarrollo de la personalidad y la evolución de las facultades de los NNA.
5. Los adultos necesitan preparación, conocimientos prácticos y apoyo para facilitar efectivamente la participación.
6. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los NNA con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa de su participación.

Tomando en consideración todos estos aspectos, se puede decir que la autonomía progresiva se identifica con el **ejercicio autónomo de derechos fundamentales por los NNA**. Así, Marisa Herrera³¹ señala que “todos los actores deben respetar el ejercicio de sus derechos por parte de los propios niños, niñas y adolescentes cuando éstos están preparados para poder llevarlos adelante por sí mismos. Esta afirmación trae consigo una doble consideración. Por un lado, atender al grado de madurez o desarrollo cognitivo de los niños, niñas y adolescentes para respetar sus individualidades y características personales, y por el otro, atender también el tipo de acto, acción o situación que se trate, en la inteligencia de que un cierto grado de madurez podría ser suficiente para ejercer un derecho pero no otros que involucran la necesidad de una mayor capacidad de comprensión sobre las consecuencias más o menos gravosas de sus actos”.

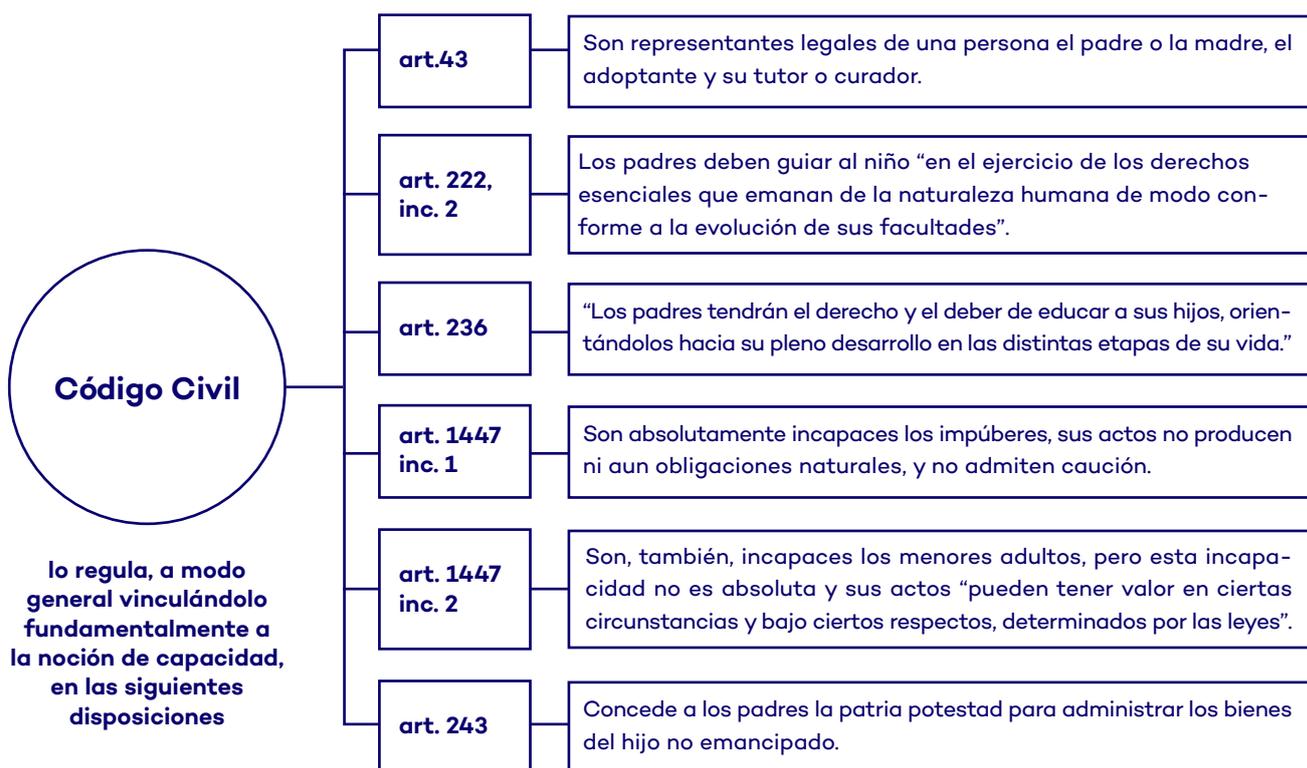
Barcia³² matiza este concepto, aclarando que “en todo caso, como una respuesta parcial a la pregunta precedente, se puede señalar que el principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño y del adolescente trae aparejada como consecuencia el desarrollo de su personalidad por etapas. La primera en manifestarse sería el derecho

31 HERRERA (2015), p. 43 y ss.

32 BARCIA (2013), p. 14 y ss.

del menor a ser oído. El peldaño siguiente en esta graduación del ejercicio de los derechos del niño, exige que en ciertos actos, además de la voluntad del o de los representantes de éste, deba concurrir la voluntad del menor para completar su capacidad de ejercicio, como, por ejemplo, sucede en el Derecho comparado en los artículos 162.3º del CCE y 156 del Código de Familia de Cataluña. Finalmente, este principio se desarrolla completamente a través del reconocimiento de una esfera de autonomía del menor, en aquellos campos en que éste posea las condiciones de madurez que el acto exige. Sin embargo, aun en los casos que el adolescente cuente con la madurez suficiente, la entidad del acto puede ser de tal relevancia para su futuro, que se desestime su capacidad”.

En el derecho chileno no existe una recepción directa de este derecho, sin embargo, se puede encontrar en las siguientes normas:



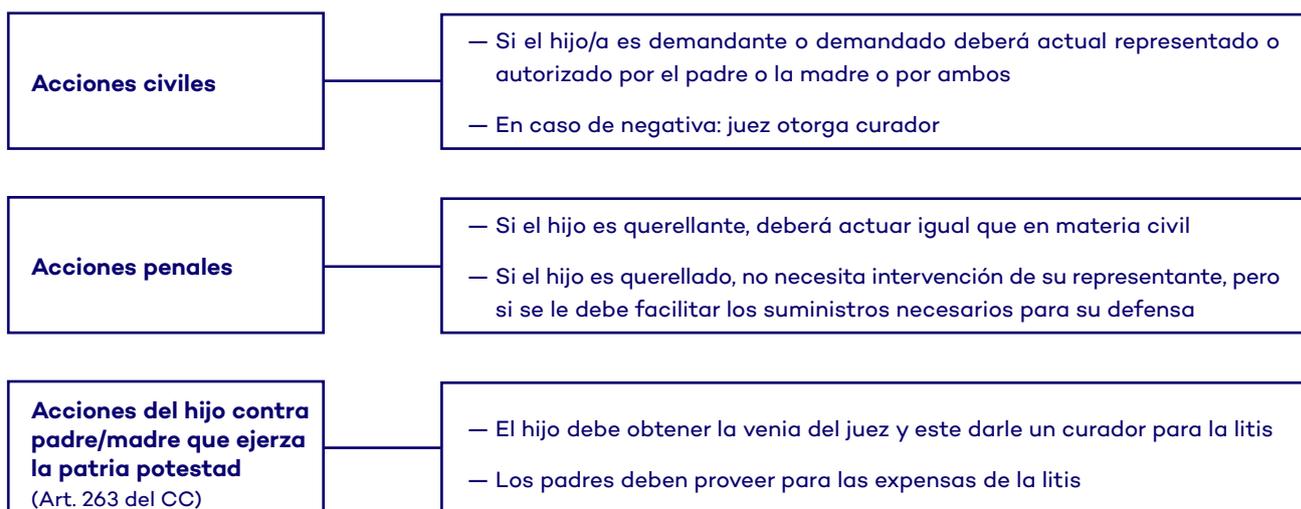
Se podría considerar que respecto al menor adulto hay un cierto reconocimiento de la autonomía progresiva, pero sólo en lo referido al ámbito patrimonial, puesto que siendo relativamente incapaz puede actuar representado o autorizado e, incluso, puede realizar

ciertos actos sin autorización: aquellos actos judiciales y extrajudiciales respecto de su peculio profesional (excepto enajenar o gravar bienes raíces) y puede otorgar testamento, reconocer hijos, entablar la demanda de divorcio por sí mismos. Con todo, queda un amplio margen de actos no comprendidos en estas normas.

El proyecto de ley sobre Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez (Boletín 10315-18) contenía en su artículo 7 una definición de autonomía progresiva indicando que “todo niño, en conformidad a la ley, podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia a la evolución de sus facultades, su edad y madurez. Los padres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente bajo su cuidado deberán prestarles orientación y dirección en el ejercicio de sus derechos. Las limitaciones a la capacidad de los niños para ejercer sus derechos se entenderán siempre de manera restrictiva y deberán establecerse por ley”.

Uno de los aspectos que más resistencia generó fue, precisamente, el de consagrar este derecho en la legislación, dado que se estimó que debilitaba la autoridad parental³³.

En el ámbito judicial, existen las siguientes normas³⁴:

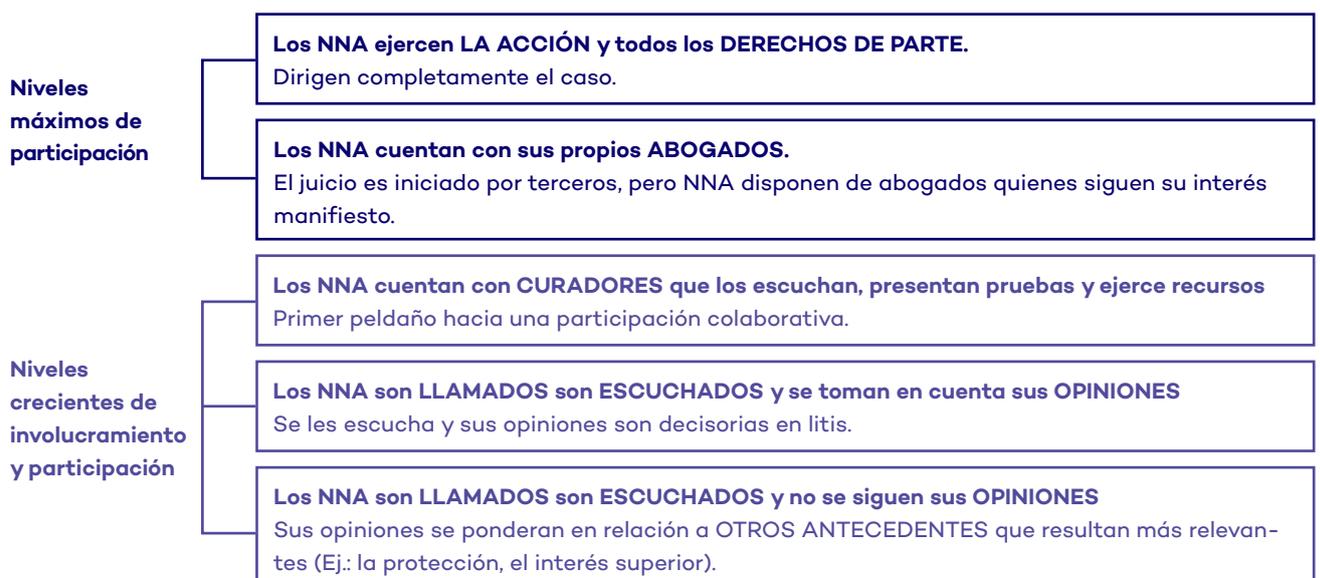


33 Cámara de Diputados (2019), p. 19 y ss.

34 GREEVEN y VALENZUELA (2019), p. 34 y ss.

Respecto de la última de estas normas, la Corte de Apelaciones de Concepción, en la causa rol N° 190-2014, siguiendo un criterio que ha repetido posteriormente³⁵, señaló que “ante la ausencia de un representante legal de la demandante, creemos aplicable por analogía la norma del artículo 263 del Código Civil, en cuanto el juez(a) debe autorizar a la actora para litigar en contra del supuesto padre, designándole un curador para la litis, criterio interpretativo que adoptamos considerando el evidente derecho a conocer su propia identidad que posee la menor y su interés superior que obliga a garantizarle el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías (art. 16 Ley 19.998), para lo cual, el tribunal debe nombrarle un curador ad-litem que sea abogado de la Corporación de Asistencia Judicial, conforme al artículo 19 de ley precitada”, lo que abre indudablemente la puerta a la litigación personal del NNA, lo que de hecho permite el artículo 58 de la LMC.

En cuanto a los niveles de participación que el NNA puede tener en juicio, no existiendo una norma general que lo regule y siguiendo la doctrina asentada por Arstein (1969), Schofield & Thoburn (1996), Lansdown (2013) y otros sobre escalas de participación infantil, es dable afirmar que tales niveles pueden ser los siguientes³⁶:



35 Por ejemplo, en causa rol N° 31-2018, rechazándose el recurso de casación en el fondo que se dedujo en su contra en causa rol N° 25.198-2018 seguida ante la Corte Suprema.

36 GREEVEN y VALENZUELA (2019), p. 37.

Niveles
bajos de
participación

Los NNA son LLAMADOS por mera formalidad

No se toma en cuenta sus opiniones (no se valoran), no interesan mayormente, pero “se cumple con el trámite”, se cumple con la forma.

Los NNA son LLAMADOS a participar en AUDIENCIA

Sus opiniones se consideran, pero indirectamente “conforme lo indicado en documental y/o en los escritos.

Los NNA NO SON TOMADOS EN CUENTA

No interesan sus opiniones en la litis: los adultos son quienes saben “qué es mejor para ellos” (adultocentrismo).

En todo caso, el ejercicio de este derecho involucra grandes dilemas para el o la juez, puesto que debe involucrar al NNA en el proceso (sea en el nivel que sea), pero no vulnerarlo más; debe escucharlo, pero no interrogarlo; debe protegerlo, pero a la vez respetar los derechos preferentes de los padres y, en ocasiones, protegerlo de ellos. Una manera de afrontar este desafío es la formación especializada y permanente, así como contar con apoyo psicológico para afrontar el desgaste que produce.

1.3 Las reglas comunes de procedimiento

La LTF ha establecido reglas generales que se aplican tanto para el procedimiento ordinario como para los especiales, a saber: acumulación de todas las materias de competencia de los juzgados de familia; normas relativas a la comparecencia en juicio y la suspensión de las audiencias; casos en los que procede el abandono del procedimiento; la potestad cautelar de la judicatura; su competencia territorial; la nulidad de los actos procesales; la forma de interponer y resolver los incidentes; las facultades de los jueces o juezas en audiencias, y establece normas supletorias para los procesos que regula esta y otras leyes sobre temas de familia.

1.3.1 Acumulación necesaria

La LTF establece de manera transversal la **obligatoriedad de acumulación** de las diversas causas de familia relativas a unas mismas partes, para solucionar **integralmente** los diversos conflictos que los pueden aquejar.

Así, el artículo 17 LTF dispone la acumulación de dos o más procedimientos de familia que estén en tramitación actual y sometidos a un mismo procedimiento, hasta la realización de la audiencia preparatoria. En esta acumulación, los jueces y juezas de familia deberán tener siempre en consideración el interés superior de los NNA, por ejemplo, la demanda de cuidado personal declarativa interpuesta por la madre y la de relación directa y regular interpuesta por el padre. De esta manera, los NNA serán escuchados una sola vez y por una misma persona.

La acumulación puede proceder incluso entre causas que no estén sometidas al mismo procedimiento, siempre que se encuentren en la misma etapa procesal, hasta la audiencia preparatoria, en los siguientes asuntos:

- a. **Violencia intrafamiliar (art. 9 inc. final LVIF 2005):** el o la juez en la sentencia definitiva fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de las hijas e hijos, si los hubiere, y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes. Esto último es importante, porque no significa que el o la juez deba incluir de oficio todas esas materias, sino que a solicitud de parte, ya sea acumulando el proceso ya iniciado o mediante la presentación de una demanda nueva.
- b. **Materias previstas en los números 1, 2 y 7 del art. 8 LTF:**
 - Nº 1) Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los NNA;
 - Nº 2) Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con este una relación directa y regular;
 - Nº 7) Todos los asuntos en que aparezcan NNA gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la LM.

- c. **Separación judicial:** el artículo 23 LMC estatuye que, a falta de acuerdo, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que el procedimiento judicial se extienda a todas las materias concernientes a la relación entre los cónyuges y la de estos con sus hijas o hijos, tanto en el plano personal como patrimonial.

Al revés, conforme al artículo 29 LMC, en cualquier procedimiento que pretendan regularse las materias enumeradas en el artículo 23 LMC, o con ocasión de una denuncia de violencia intrafamiliar producida entre los cónyuges o entre alguno de estos y sus hijos, puede demandarse la separación judicial.

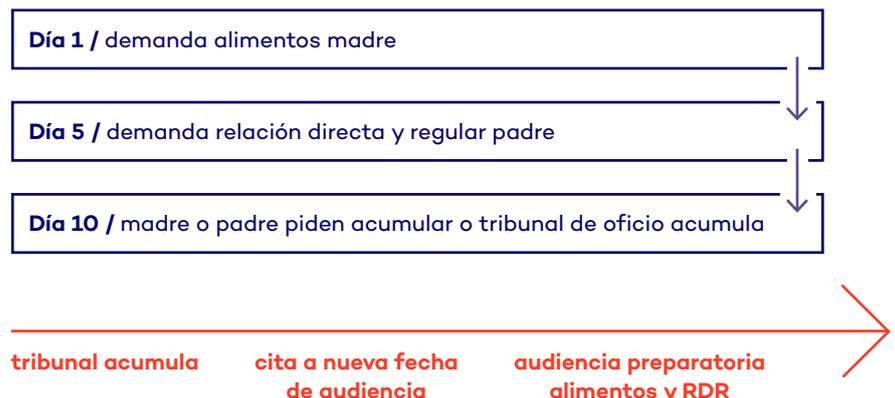
El artículo 31 LMC establece de manera obligatoria que, al declarar el tribunal la separación judicial matrimonial, se deben resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21 (alimentos, cuidado personal y régimen comunicacional), salvo que ya estén reguladas o no procediere su regulación judicial. Incluso va más allá y ordena liquidar el régimen patrimonial existente entre los cónyuges, si se hubiere pedido (demandado) y rendido la prueba necesaria.

Finalmente, en su artículo 89, la LMC ordena que en las causas por separación, nulidad o divorcio, si no estuvieren resueltas antes de la presentación de alguna de aquellas acciones, “deberán deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconventional” las materias de alimentos, cuidado personal de los hijos o su relación directa y regular y todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, para ser resueltas en una sola sentencia o en un sólo procedimiento.

En consecuencia, en todos los procedimientos de la Ley de Matrimonio Civil, separación judicial, nulidad del matrimonio o divorcio, debería agregarse, si no estuvieren previamente resueltos, todas las materias que a consecuencia de la ruptura familiar pudieren necesitar de una regulación, salvo que los cónyuges las acuerden, como sucede en el divorcio por mutuo acuerdo, y siempre que sean sometidas al conocimiento del tribunal, de lo contrario se incurriría en *ultra petita*.

- d. **Artículo 48 ter de la Ley de Menores:** establece que con ocasión de la demanda de alimentos a favor de las hijas y/o hijos, o entre los cónyuges adicional a aquella, o de cuidado personal o de relación directa y regular, siempre que no exista previamente una resolución judicial que regule dichas materias o que apruebe un acuerdo, cualquiera de las partes puede pedir pronunciamiento (sentencia) sobre cada una de esas materias, **aunque no hubieren sido incluidas** en la demanda respectiva o deducidas por vía reconvenzional. Así: “El tribunal hará lugar a esa solicitud, a menos que no se den los presupuestos que justifican su regulación. Para estos efectos, las acciones que hubieren dado lugar a la interposición de la demanda se tramitarán conforme al procedimiento que corresponda, mientras que las demás se sustanciarán por vía incidental, a menos que el tribunal, de oficio o a petición de parte, resuelva tramitarlas en forma conjunta”.

Además, cabe recordar que cuando se resuelve el cuidado personal del hijo o hija entre el padre y la madre, el tribunal deberá pronunciarse, aunque no se haya pedido, acerca del régimen de relación directa y regular que mantendrá con el padre o madre no custodio, conforme lo ordena el inciso segundo del artículo 48 de la LM: pronunciándose de oficio.



1.3.2 Comparecencia en juicio

La regla general, según el artículo 18 LTF, es que las partes deberán comparecer con patrocinio de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y representadas por persona legalmente habilitada para actuar en juicio. Como excepción, permite la comparecencia

sin abogado o habilitado en derecho, sólo en el evento en que el o la juez, en caso necesario, las exceptúe expresamente por motivos fundados en resolución que deberá dictar de inmediato.

Normalmente esta situación se da en materia de cumplimiento de sentencias, por ejemplo para solicitar apremios ante el no pago o incumplimiento de las pensiones alimenticias o de un régimen comunicacional vigente, en que las partes actúan sin patrocinio de abogados.

Dado que se trata un derecho que cede en el exclusivo beneficio de las partes, es renunciable y se puede continuar con el procedimiento respectivo, pero debe hacerse por resolución que se dicta de inmediato y deben evaluarse caso a caso por el o la juez que deba resolver.

A continuación, la LTF señala que ambas partes podrán ser patrocinadas y representadas por las corporaciones de Asistencia Judicial de su respectiva jurisdicción, conforme a un reglamento dictado para esos efectos, permitiendo crear una sección separada del resto denominada “unidad de defensas incompatibles”, que asume normalmente la defensa de los demandados que también aplican para ser atendidos gratuitamente.

Otra circunstancia que regula esta ley es la eventual renuncia del abogado patrocinante y el abandono de hecho de la defensa, en que el o la juez deberá designar de oficio a otra persona que la asuma, a menos que la parte se procure antes un abogado de su confianza, cesando entonces el designado por el tribunal. La renuncia formal, tanto del abogado como del apoderado, no los libera de su deber de realizar todos los actos inmediatos y urgentes que sean necesarios para impedir la indefensión de su representado, como por ejemplo, evacuar un traslado o presentar un recurso.

No obstante, los procedimientos especiales establecidos en el Título IV de la LTF (para aplicar o resolver medidas de protección de los derechos de los NNA, de violencia intrafamiliar, los actos no contenciosos y el procedimiento contravencional) se pueden tramitar

sin necesidad de que las partes designen mandatario judicial ni de abogado patrocinante, salvo que el tribunal estime necesario su comparecencia con abogado.

Lo anterior resulta lógico y concordante con la urgencia que presentan estos procedimientos y la necesidad de proteger eventuales derechos vulnerados a través de ellos, especialmente en el caso de medidas de protección y de violencia intrafamiliar, en que se debe actuar de inmediato, de oficio por el tribunal y resolver eventuales medidas cautelares a favor de las víctimas. Sin embargo, deben tomarse resguardos respecto de personas vulnerables, como se señaló en el acápite relativo a los derechos de las personas y las cumbres judiciales.

1.3.3 Comparecencia personal a las audiencias. Excepciones.

El artículo 60 LTF establece que las partes deben asistir personalmente a las audiencias, tanto preparatoria como de juicio, con el debido patrocinio de abogado y la representación de habilitado en derecho, salvo que por motivo fundado el tribunal lo autorice a no comparecer, mediante resolución que deberá dictar de inmediato.

Esto sucede, por ejemplo, si el demandado tuviere su domicilio en un territorio jurisdiccional distinto de aquel en que se presentó la demanda; podrá contestarla y demandar reconventionalmente, por escrito ante el juez de familia de su domicilio, sin perjuicio de la designación de un representante para que comparezca en su nombre en las audiencias respectivas. Si no cumple esta carga procesal, el juicio seguiría igual en su contra, aunque hubiere contestado oponiéndose, porque nadie lo representará para ofrecer la prueba en su defensa o para el llamado a conciliación respectivo.

1.3.4 Debida representación de NNA e incapaces

El artículo 19 LTF determina que, en todos los asuntos en que aparezcan involucrados intereses de los NNA o incapaces, el o la juez deberá velar porque estos se encuentren debidamente representados.

Si carecen de representante legal, o cuando por motivos fundados se estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de su representante, se les designará como curador *ad litem* a algún abogado de la Corporación de Asistencia Judicial de su jurisdicción o a alguna institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, por ejemplo la Oficina de Protección de Derechos (OPD) dependiente de las municipalidades, o los Programas de Representación Jurídica (PRJ), en las localidades en que existan.

Esta persona será el curador *ad litem* del NNA por el sólo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal. Si por alguna razón no se designare por el tribunal, podrán reclamar las instituciones o cualquier persona que tenga interés en ello, para que se designe al curador.

En Chile existe una regulación bastante escueta de la figura del curador *ad litem*, ya que fuera del artículo antes aludido, sólo existen unas cuantas normas inorgánicas que se refieren a él. Entre ellas destaca el artículo 494 CC, que señala que “los curadores para pleito o *ad litem* son dados por la judicatura que conoce en el pleito, y si fueren procuradores de número no necesitarán que se les discierna el cargo”.

Conforme al artículo 495 CC, esta clase de curadores no es obligado a la confección de inventario, sino sólo a otorgar recibo de los documentos, cantidades o efectos que se pongan a su disposición para el desempeño de su cargo, y de que dará cuenta fiel y exacta.

Sin embargo, la ley no regula suficientemente qué debe hacer un curador *ad litem*, ni cuáles son sus responsabilidades y atribuciones en relación a un menor de edad o incapaz, situación que genera las más variadas respuestas de los designados, desde actuar como un segundo consejero técnico hasta ejercer como un verdadero abogado del NNA, dependiendo de su preparación, de los lineamientos técnicos de la institución a la que pertenecen y, también, del rol que el o la juez le asigne dentro del juicio.

A nivel internacional, las legislaciones se mueven entre dos extremos: las que lo ven como un representante del interés superior del NNA, que debe hacer lo mejor para él aunque vaya contra su voluntad, y las que lo ven como un abogado del NNA, que debe defender su interés manifiesto (el que el NNA expresamente señala) como si se tratara de un adulto, con los mismos deberes de lealtad, confidencialidad y competente desempeño. Así, se pueden distinguir las siguientes características³⁷:

Curador ad litem	Abogado del NNA
Representa el interés superior del niño SEGÚN LA MIRADA ADULTA	Representa el interés particular de su patrocinado SEGÚN LA MIRADA DEL PROPIO NNA.
Ligado a la incapacidad: sustituye su voluntad	Ligado a autonomía progresiva: MADUREZ y DESARROLLO del niño para participar en el proceso. Representa la voluntad del niño.
Corresponde al modelo de situación irregular	Corresponde al modelo del NNA como sujeto de derechos
La fuente de su designación es la ley	La fuente de su designación es la decisión del NNA
Corresponde a defensa material	Corresponde a defensa técnica
Las opiniones de los NNA no son vinculantes	Las opiniones informadas del niño son vinculantes
No necesariamente confidencial	Es confidencial por definición
En algunos países deben efectuar informes o actuar como testigos expertos	Actúan como parte
Pueden no ser abogados	Deben ser abogados

El legislador debiera regular esta institución de manera de eliminar la discrecionalidad y proteger de mejor manera los derechos de los NNA, sin embargo, dado que conforme a la CDN el niño es un sujeto de derechos, el actuar del curador debiera aproximarse a una defensa técnica.

37 Cuadro basado en los textos de PÉREZ MANRÍQUEZ (2007), p. 254 y ss.; American Bar Association (1999) y RODRÍGUEZ (2011).

Finalmente, se debe tener presente sobre la representación, que, conforme al inciso segundo del artículo 332 del CC en relación al inciso final del 19 LTF, aquel de los padres en cuyo hogar vive el(la) alimentario(a) mayor de edad, se entenderá legitimado por el sólo ministerio de la ley para demandar, cobrar y percibir los alimentos que corresponden al hijo(a) alimentario(a), sin perjuicio de que este(a) podrá actuar personalmente si lo estima conveniente, entendiéndose que si no actúa personalmente en el proceso es porque acepta las actuaciones realizadas en su nombre por aquel padre o madre con el que viven.

Esta norma, sólo habilita al representante para demandar el establecimiento de la obligación alimenticia, mas no para que esta se modifique (aumento, rebaja o cese). De esta manera, si el alimentante desea demandar el cese o la rebaja de la pensión alimenticia, para el(la) alimentario(a) mayor de edad, deberá ejercer la acción contra él directamente.

1.3.5 Suspensión convencional de la audiencia

Las partes, de común acuerdo, pueden solicitar la suspensión de la audiencia a la que hayan sido citadas (preparatoria o de juicio) y el tribunal lo podrá autorizar. Esto hace entender que las partes deben dar al menos un fundamento atendible (normalmente, que están conversando solución colaborativa o alguna dificultad para asistir), porque es facultativo para el tribunal concederla, de allí que se emplee la voz “autorización”.

En general, si es pedido de común acuerdo por las partes, se autoriza y se fija nueva fecha, pero la ley lo limita a un máximo de dos veces durante todo el proceso, conforme al artículo 20 LTF.

1.3.6 Abandono del procedimiento

Si llegada la fecha de la citación a audiencia no concurre ninguna de las partes que figuran en el proceso, y si el demandante o solicitante no pide una nueva citación dentro del término de cinco días, se declarará el abandono del procedimiento y se ordenará archivar los antecedentes.

La resolución que cita a audiencia debe estar notificada a todas las partes intervinientes, de lo contrario corresponde volver a citar, sobre todo si la falta de notificación obedece a algún error del tribunal.

Esta regla del abandono no opera respecto de los asuntos en que, por su naturaleza y los derechos que están en juego, se debe citar a las partes en forma inmediata a una nueva audiencia, bajo apercibimiento de continuar el procedimiento y resolver de oficio, conforme al mérito de los antecedentes con que se cuenta. Estas son las que figuran en los numerales 7, 8, 9, 11 y 12 del artículo 8 LTF:

- N° 7: Todos los asuntos en que aparezcan NNA gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, que requieran medidas de protección.
- N° 8: Acciones de filiación y todas las acciones sobre constitución o modificación del estado civil de las personas.
- N° 9: Todos los asuntos en que se impute la comisión de cualquier falta a adolescentes mayores de 14 y menores de 16 años de edad, y las que se impute a adolescentes mayores de 16 y menores de 18 años, que no se encuentren contempladas en el inciso tercero del artículo 1 de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente.
- N° 11: Las causas relativas al maltrato de los NNA, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 62 LTF (en el fondo, es lo mismo que el N° 7, se conocen en el mismo procedimiento).
- N° 12: Procedimientos previos a la adopción de que trata el Título II de la Ley N° 19.620.
- Si nuevamente no concurren a la siguiente audiencia, se dictará la sentencia (interlocutoria o definitiva) que corresponda y se podrá, por ejemplo en el procedimiento por vulneración de derechos, citar a audiencia de juicio y ordenar las pruebas necesarias para resolver. Esto deberá analizarse caso a caso, conforme a la materia del proceso.

Sin embargo, esta norma establece una regla distinta para las causas de violencia intrafamiliar, toda vez que, si notificadas las partes estas no concurren a la audiencia, el o la juez ordenará el archivo provi-

sional de los antecedentes, pudiendo el denunciante o demandante solicitar, en cualquier momento, la reapertura del procedimiento. Transcurrido un año sin haberse requerido la reanudación del procedimiento, se declarará, de oficio o a petición de parte, el abandono del procedimiento, debiendo el o la juez dejar sin efecto las medidas cautelares que haya fijado.

En todo caso, las medidas cautelares que se hubieren dictado expiran antes, porque sólo pueden decretarse por el plazo máximo de ciento ochenta días, renovables por una sola vez por el mismo período (artículo 92 LTF) y, normalmente, no se renuevan si la audiencia no tiene lugar.



El o la juez de familia tiene facultades para decretar medidas cautelares de oficio o a petición de parte en cualquier etapa del procedimiento, incluso aún antes de su inicio, como medida prejudicial.

1.3.7 Potestad cautelar

La potestad cautelar está regulada en el artículo 22 LTF, que hace aplicables las normas sobre las medidas cautelares que regula el CPC en los Títulos IV y V del Libro II (artículo 290 y ss. CPC). La normativa sobre esta materia establece que el o la juez de familia tiene facultades para decretar medidas cautelares de oficio o a petición de parte en cualquier etapa del procedimiento, incluso aún antes de su inicio, como medida prejudicial.

Esta potestad cautelar no es arbitraria, pues requiere de ciertos factores o elementos necesarios para su dictación y, en algunos casos, de la asesoría previa de un miembro del consejo técnico del tribunal. Para decretarlas, se exige que haya verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora que implica la tramitación de la causa. Por ejemplo, cuando se solicita la prohibición de acercamiento de la persona denunciada por actos de violencia intrafamiliar, ya que el

peligro en la demora implicaría la continuidad o agravamiento de los actos de violencia intrafamiliar, y la verosimilitud de los hechos son analizados como factores de riesgo por el consejo técnico del tribunal.

Las medidas cautelares pueden ser **conservativas** o **innovativas**. Las primeras mantienen la situación o el *statu quo*, como sería conceder el cuidado personal provisorio a quien lo está ejerciendo, mientras que las segundas son las que modifican el *statu quo*, como sería confiar el cuidado personal de los NNA a un adulto distinto de quien lo detenta legalmente.

Las medidas innovativas sólo pueden decretarse en el caso que existan situaciones urgentes, cuando lo exija el interés superior del NNA o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar, como lo sería, siguiendo con el ejemplo del cuidado personal, cuando los antecedentes en el proceso den cuenta que, de continuar el hijo o la hija con el padre o madre con el que estaba conviviendo, sería peligroso para el NNA (por motivos que se analizan caso a caso).

Todas estas cautelares pueden llevarse a efecto aún antes de notificar a la persona contra quien se dicten, cuando haya razones graves para ello y el tribunal lo ordene expresamente. Por ejemplo, en el caso de las medidas cautelares que se dictan con ocasión de una denuncia de violencia intrafamiliar. Suele suceder que la comunicación a la policía de la medida decretada y la notificación a la persona denunciada (vía funcionario notificador) van separadas, y la persona denunciada, sin conocer las cautelares ordenadas, concurre al domicilio de la persona denunciante, se llama a Carabineros y cumple la orden del tribunal, quedando recién notificado de la medida cautelar, por lo que no incurre en desacato, pero debe cumplir la medida.

Las medidas cautelares quedarán sin efecto si después de cinco días no se efectúa la notificación, pudiendo el o la juez ampliar este plazo por motivos fundados. Normalmente sucede cuando el domicilio de la parte demandada proporcionado en la demanda o denuncia es incorrecto, por lo que se puede prorrogar la medida cautelar a la espera de un nuevo domicilio para practicar la notificación.

Hay que tener presente que los jueces de familia dictan todos los días resoluciones en que no escuchan a la parte contraria (si está de acuerdo o se opone), porque lo que está en juego es de tal envergadura que si cumple con la bilateralidad de la audiencia, al traslado y su notificación, pueden producirse efectos muy perniciosos para quien, hasta ese momento, aparece como víctima o sujeto en situación de vulnerabilidad (NNA, adulto mayor, mujer, migrante, etcétera).

Tanto es así, que la Excma. Corte Suprema, mediante auto acordado denominado Acta 135 y promulgado el 3 de septiembre de 2010, ordenó la creación de lo que hoy se llama “Centro de medidas cautelares de los cuatro tribunales de familia de Santiago”, cuya entrada en vigencia fue el día 6 de septiembre de ese mismo año, destinando en forma exclusiva a un gran número de jueces y consejeros técnicos a la resolución de las materias urgentes, como las medidas de protección y la violencia intrafamiliar.

En el resto del país, estos asuntos se ven en salas especializadas (en la medida de que se disponga) o por resolución urgente e inmediata, con la asesoría del consejo técnico y con audiencia de la parte solicitante, si esta se encuentra en el tribunal, o con el mérito de los antecedentes (parte policial). Si está presente la persona contra quien se decretan, se le debe escuchar también.

Los tribunales de familia resuelven las medidas cautelares incluso por teléfono (el o la juez de turno), previo análisis de los factores de riesgo involucrados. Así, por ejemplo, podrá ordenar por vía telefónica, fuera del horario del tribunal, que los NNA sean entregados en custodia a una persona distinta de quien la detenta, o incluso su internación en algún centro u hogar de protección cuando no cuentan con adulto que se haga cargo y ante el dilema ético de dejarlos en la calle.

El ejercicio de esta facultad oficiosa cobra mayor importancia en las materias especiales, pero debe ser bien analizada y ejercida con cautela, por las consecuencias que actuar o no pueda acarrear.

En aquellas materias netamente patrimoniales, o relacionadas con la LMC, o con la disputa acerca del cuidado personal de los hijos, entre otras que se tramitan conforme al procedimiento ordinario,

deberán ser las partes las que soliciten la dictación de una medida cautelar, como la prohibición de celebrar actos y contratos u otros de carácter netamente civil, salvo cuando la ley ordene actuar de oficio, como en la declaración provisoria de bien familiar o los alimentos provisorios (artículo 141 CC y artículo 4 LTF).

En todo caso, esto no significa que no se le deba dar la oportunidad de manifestarse sobre la medida cautelar, sino que sólo se produce una postposición de la discusión cuando ya la medida se adoptó, normalmente en la audiencia preparatoria.

Finalmente, se debe consignar que hay normas especiales respecto de algunas medidas cautelares. Así, para el procedimiento de aplicación de medidas de protección, sólo se pueden adoptar aquellas señaladas en el artículo 71 LTF, que establece de manera taxativa un catálogo de cautelares aplicables y no se podría innovar y decretar medidas que no se encuentren en dicha disposición, pese a que, por ejemplo, no contempla decretar alimentos provisorios.



1.3.8 Notificaciones

El artículo 23 LTF estatuye una regla general: las resoluciones que se dicten durante el curso del proceso se notificarán a las partes, por su inclusión en el estado diario del tribunal (inciso quinto).

Sin embargo, son muchas las excepciones. Por lo pronto, la primera notificación a la parte demandada debe hacerse personalmente por un funcionario notificador (ministro de fe para este fin). Si no fuere posible practicarla en forma personal por no ser habida la persona a quien se debe notificar, se le notificará en el mismo acto sin necesidad de nueva orden, conforme al artículo 44 (incisos segundo y tercero)

del CPC, siempre que el ministro de fe (funcionario notificador) establezca, conforme a la norma citada, cuál es su habitación o el lugar donde habitualmente ejerce su industria, profesión o empleo y que se encuentra en el lugar del juicio, copulativamente.

La única innovación respecto de la regla del artículo 44 referido es que se reduce a una sola la búsqueda que se hace para notificar y, sin necesidad de nueva autorización del tribunal, si constata ambas circunstancias procede a notificar realizando las demás acciones que exige la norma (dejar las copias con adulto de la morada o, si no hay nadie, fijándolas en un lugar visible, o con el portero o conserje), de lo que dejará constancia en el proceso y dará aviso a las partes el mismo día o al día siguiente a más tardar, mediante el envío de carta certificada.

El inciso cuarto del artículo 23 LTF dispone que la notificación a persona cuya individualización o domicilio sean difíciles de determinar, se dispondrá por cualquier medio idóneo que garantice la debida información del notificado, para el adecuado ejercicio de sus derechos. Para este fin, se utilizan los teléfonos y correos electrónicos, pero como no siempre son seguros para considerar válida una notificación por esta vía, lo que normalmente se hace es realizar una comunicación (telefónica o por otra vía electrónica) a la persona demandada para que concurra al tribunal y notificarlo personalmente.

En materias como la vulneración de derechos de los NNA, se recurre muy a menudo esta forma de notificación, la que muchas veces tiene resultados positivos, pero para causas llamadas “civiles”, como las materias de la LMC, declaración de bien familiar, entre otras, no es una forma recomendable de notificación (sólo por teléfono, por ejemplo).

Además, si la persona no es habida, podrá la parte demandante recurrir a la notificación conforme al artículo 54 del CPC (no excluido por esta norma y autorizado, como se verá, por el artículo 27 LTF), esto es, la notificación por avisos, cumpliendo con los requisitos que dicha norma exige.

Por otro lado, las sentencias definitivas y resoluciones que ordenan la comparecencia personal de las partes y que fueren dictadas fuera de audiencia (en ambos casos), la notificación se realizará por carta certificada y se entenderá practicada desde el tercero día siguiente a aquel en que haya sido expedida, esto es, desde que se remite a la empresa de correos. Respecto de las resoluciones o sentencias dictadas en el curso de una audiencia (cualquiera de ellas), se entienden notificadas en el acto.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una forma de notificación especial que es aplicable a todos los procedimientos (actualmente a todas las competencias), y que ha sido reforzada por la ley de tramitación electrónica (Ley N° 20.886, de 2015), que consiste en que los patrocinantes y las partes mismas (recuerden las materias en que no se exige comparecer con abogado) que figuren en el proceso podrán pedir para sí mismas cualquier otra forma de notificación que elijan (artículo 8 Ley N° 20.886).

Por su parte, el inciso final del artículo 23 LTF, desde la modificación introducida por la Ley N° 20.286 de 2008, establece que los patrocinantes de las partes (sus abogados), en su primera presentación (demanda y/o contestación u otro escrito) deberán (es obligatorio) indicar otra forma de notificación que elijan para sí (siempre es para uno mismo, no se puede pedir para la parte contraria) y que el tribunal califique como expedita y eficaz, bajo apercibimiento de que, si no lo hicieren, se les notificará de toda resolución que en lo sucesivo se dicte en el proceso por su inclusión en el estado diario del tribunal, incluidas la sentencia definitiva y/o cualquier otra resolución, sea de mero trámite o no. Generalmente se usa la notificación por correo electrónico, sin perjuicio que, durante la pandemia de 2020, se hizo común que se proporcionara un número de celular para comunicaciones telefónicas o aplicaciones de mensajes de texto, además de las audiencias por vía remota.

Respecto del funcionario notificador, la LTF establece que será el funcionario del tribunal que designe el o la juez presidente, a propuesta del administrador, o por el funcionario, no obstante, en la mayoría de las grandes ciudades o agrupación de comunas, se realizan a través del Centro Integral de Notificaciones Judiciales.

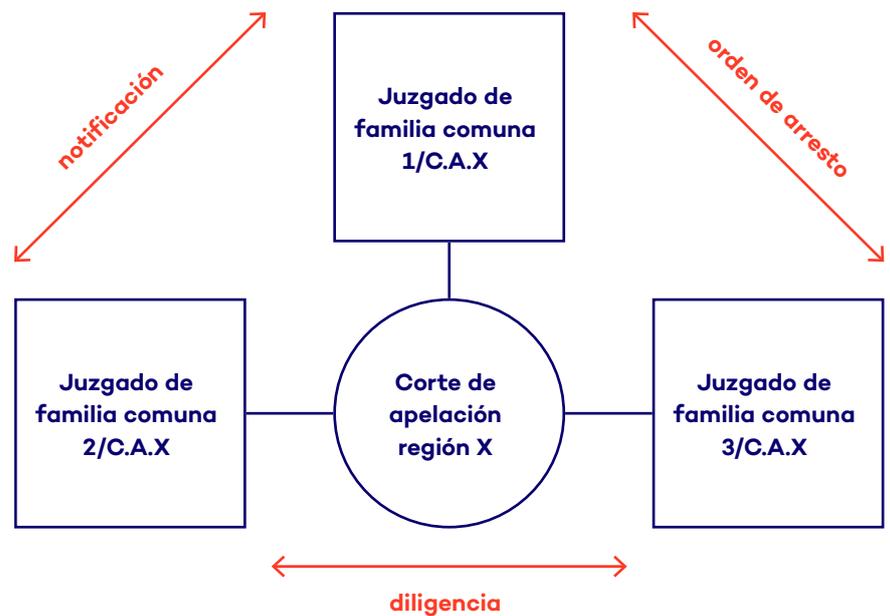
Siempre la parte interesada, demandante o demandada, podrá encar- gar a su costa la notificación personal o por cédula por un receptor judicial, y no necesita autorización del tribunal para que se practi- que. Excepcionalmente, la ley permite que la notificación la realice Carabineros, o la Policía de Investigaciones, mediante resolución fundada, dada la naturaleza de la materia debatida, en particular causas por vulneración de derechos de NNA y violencia intrafamiliar, especialmente si se decreta la salida inmediata del hogar común de la persona denunciada y en todos aquellos casos en que sean lugares de difícil acceso, peligrosos o en horarios inhábiles, en que las personas pueden ser más fácilmente ubicadas en sus domicilios.

Hoy incluso es obligatorio para los receptores judiciales, con la ley de tramitación electrónica, agregar la “georreferencia”, esto es, se agrega un ícono que al posicionar sobre él en el expediente electró- nico indica la ubicación exacta al momento de la notificación, para garantizar que esta efectivamente se hizo.

1.3.9 Competencia territorial

En cuanto a las diligencias que se decreten por los juzgados de familia en uso de sus atribuciones, además de las notificaciones, las medidas cautelares y cualquier otra que sea dictada en el curso del proceso y que deban ser cumplidas en todo el territorio jurisdiccional de la respectiva Corte de Apelaciones, podrá efectuarse de manera directa, sin necesidad de exhortos. Por ejemplo, para el cumplimiento de una orden de arresto por no pago de pensiones alimenticias, en que el o la alimentante tiene domicilio fuera del territorio de competencia del tribunal pero dentro de la jurisdicción de la misma Corte de Apelaciones, se envía el oficio directamente a la policía de la comuna o ciudad sin necesidad de exhortar al juzgado de esa comuna.

Para las Cortes de Apelaciones de Santiago y de San Miguel existe una regla especialísima en virtud de la cual, las diligencias podrán ser cumplidas indistintamente en ambas jurisdicciones como si fueran una sola.



1.3.10 Nulidad

Las actuaciones judiciales pueden adolecer de un vicio de nulidad procesal, como cuando se falta al principio de la inmediación y por delegación de funciones, que se encuentra sancionado por el artículo 12 LTF. Se agregan los demás posibles vicios procesales, regulados por el artículo 25 de esta misma ley.

Salvo el caso del artículo 12, sólo podrá declararse la nulidad procesal cuando el vicio que se reclama haya ocasionado un **perjuicio efectivo** a quien lo solicita, como ocurriría en el caso que, por falta de notificación, no logra contestar la demanda y ejercer las demás acciones y derechos a que haya lugar y, a consecuencia de ello, tampoco concurre a la audiencia preparatoria, perdiendo la oportunidad ofrecer prueba o conciliar. Esta situación debe probarse, no sólo alegarse, y, en caso que sea así, el tribunal deberá anular todo lo obrado y retrotraer la causa al estado de que se puedan ejercer los derechos preteridos.

Entonces, habrá perjuicio cuando la parte reclamante se haya visto impedida del ejercicio de un derecho, debiendo señalar con precisión los derechos que no pudo ejercer a consecuencia de la infracción. Sin embargo, la parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización no puede solicitar la declaración de nulidad, como sería el caso de un alimentante que no comunicó al tribunal su cambio de domicilio según dispone el artículo 2 de la Ley N° 14.908.

La LTF entiende subsanados los vicios en los siguientes casos:

- a. Si la parte perjudicada no lo alega oportunamente, por ejemplo, si es notificada en otro domicilio, pero no reclama.
- b. Si ha aceptado tácitamente los efectos del acto nulo, por ejemplo, si es notificado en otro domicilio, pero igualmente contesta o concurre a la audiencia.
- c. Si a pesar del vicio, el acto igual ha producido sus efectos respecto de todas las partes, por ejemplo, si se cita a una audiencia y no son notificadas por la vía electrónica solicitada, pero todos los citados llegan a la audiencia y no reclaman la falta de notificación legal.

En esta materia, suele considerarse como vicio de nulidad de la notificación cuando esta se ha realizado sin el plazo mínimo que establece la ley (quince días antes de la citación a audiencia), aunque se efectúe en el domicilio de la parte demandada y por ministro de fe competente; en realidad, no hay un vicio en la notificación, sino que como no se respetó el plazo mínimo, no pudo contestar y ejercer sus derechos apropiadamente, por lo que debe agendarse una nueva fecha de audiencia.

Finalmente, la LTF dispone que el tribunal no podrá declarar de oficio las nulidades convalidadas por las partes, por ejemplo, que la persona demandada haya sido notificada en un lugar que no es su residencia (por ejemplo en la de sus padres) y no obstante ello, contesta la demanda dentro de plazo y concurre a la audiencia.

1.3.11 Los incidentes

La LTF establece, como regla general, que los incidentes deberán ser promovidos durante el transcurso de las audiencias en que se originen y se resolverán inmediatamente por el tribunal, previo debate entre las partes, salvo cuando para su resolución sea indispensable producir prueba que no hubiere sido posible prever con anterioridad, caso en cual el tribunal determinará la forma y oportunidad de su rendición.

Por ejemplo, al inicio de la audiencia preparatoria se alega que la notificación es nula porque estaba fuera del país, debería llevar el pasaporte o comprobante de Policía Internacional de su salida del

país y reingreso, pues era posible prever la necesidad de su rendición. Pero si, por ejemplo, se está ofreciendo como prueba una escritura pública que ha sido declarada como falsificada por juzgado competente y se objeta su incorporación, el tribunal verá la forma y oportunidad para su rendición, y lo que normalmente se hace es citar a una audiencia especial de prueba, donde luego de rendida esta, se resolverá el incidente. En ambos casos (sea que es previsible o no la prueba) se debe fijar el hecho a probar.

Las decisiones que recaen sobre los incidentes dictados en audiencia, previo debate, no son susceptibles de recurso alguno.

Si el incidente se origina en un hecho anterior a una audiencia hasta antes que termine esta, de preferencia se debe interponer a su inicio, por ejemplo, una medida cautelar que esté vigente y la parte que lo perjudica pide que se deje sin efecto, pero no es menos válido si se hace al final o en cualquier momento de la misma.

Si se plantean incidentes fuera audiencia, lo que se permite excepcionalmente y por motivos fundados, se deben interponer por escrito y resueltos de plano por el tribunal, salvo si estima necesario oír a los demás interesados, para lo cual citará a una audiencia especial, para dentro de tercero día, a la que deberán concurrir los interesados, con todos sus medios de prueba y resolverá en ella el incidente. Esto se da con frecuencia en el cumplimiento de pensiones de alimentos, en que el o la alimentante alega que ha entregado por mano el dinero o lo ha depositado en una cuenta distinta de la misma alimentaria por error, entonces se cita a las partes y se resuelve la objeción de la liquidación plateada.

Con todo, si se realizara una audiencia preparatoria o la de juicio en una fecha no posterior al quinto día de deducido el incidente, este se debe resolver en dicha audiencia. Por ejemplo, si en un juicio de aumento de alimentos se plantea antes de la audiencia preparatoria el aumento provisorio de la pensión, y está dentro del plazo de quinto día, se tiene por interpuesto el incidente y se deja su resolución para la audiencia.

1.3.12 Facultades del juez o la jueza en la audiencia

La norma introducida por la Ley N° 20.286 del año 2008 agregó los artículos 26 bis y 26 ter a la LTF, para regular las facultades del o la juez de la audiencia (señala que la “preside”, pero siendo juez unipersonal no preside, sino que la dirige), y en consecuencia, le permite ordenar la discusión en el curso de la audiencia, de la siguiente manera:

- a. Dirigirá el debate
- b. Ordenará la rendición de las pruebas (en su caso)
- c. Moderará la discusión
- d. Podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, sin coartar el ejercicio de los litigantes para defender sus respectivas posiciones.
- e. Podrá limitar el tiempo de uso de la palabra, fijando límites máximos igualitarios para todos.
- f. Podrá interrumpir a quien haga uso manifiestamente abusivo de la palabra.
- g. Tiene facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y decoro durante el debate. destinadas a garantizar la eficaz realización del debate. De esta manera, podrá sancionar de conformidad con los artículos 530 o 532 del COT, a quienes:
 1. No guarden respeto y silencio, mientras no estén autorizados para exponer o deban responder a las preguntas que se les formulen.
 2. Lleven armas u otro elemento que pueda perturbar el orden de la audiencia.
 3. Adopten un comportamiento intimidatorio, provocativo o contrario al decoro.

Estas normas, además de la posibilidad de aplicar sanciones por infracción a los deberes de comportamiento en las audiencias, reguladas en el artículo 26 bis LTF, establecen para quienes infrinjan las medidas sobre publicidad previstas en el artículo 15 de esta ley, que podrán ser sancionados de conformidad con los artículos 530 o 532 del COT.

Finalmente, el artículo 26 ter señala que, sin perjuicio de las facultades señaladas precedentemente, el o la juez que dirige la audiencia podrá expulsar a los infractores (los que no acatan las reglas de la audiencia) de la sala.

Una queja recurrente de los abogados³⁸ es que dentro de las audiencias se produce una dinámica de poder en que el o la juez se siente dominante. A este respecto se debe recordar que la virtud que identifica su rol es la prudencia, por lo que, siendo firmes porque toca decidir, se debe actuar con ponderación, medida y jamás gritar. Además, se debe evitar cualquier apariencia de trato preferente a una de las partes. No siempre es fácil, pero se logra practicando cada día.

1.3.13 Normas supletorias

El artículo 27 LTF dispone que, a todo lo que esté no regulado por esta ley, serán aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento que establece el CPC (Libro I, artículos 1 a 252), siempre que no sean incompatibles con la naturaleza de los procedimientos de esta ley, particularmente en cuanto a la exigencia de oralidad.

El tribunal dispondrá la forma como se realizará la respectiva actuación, por ejemplo, si la norma supletoria se refiere a la información sumaria de testigos (aquella que se realiza ante un receptor judicial y luego es agregada por escrito al proceso civil), deberá hacerse en una audiencia citada para tal fin y dirigida por el o la juez de la causa.

1.4 Recursos

En materia de familia proceden todos los medios de impugnación de resoluciones judiciales que franquea la ley procesal, con algunas modificaciones reguladas tanto por la LTF como por otras leyes especiales y que se analizan a continuación.

El artículo 55 LTF señala que el procedimiento ordinario tiene carácter supletorio respecto de los procedimientos especiales regulados en la misma ley, por lo anterior, el artículo 67 LTF se aplica plenamente a los procedimientos de vulneración de derechos de NNA y de violencia intrafamiliar.

La impugnación de todas las resoluciones que dicten los tribunales de familia se regirán por la norma especial del artículo 67 LTF, en virtud de la cual son impugnables a través de los recursos que establece el CPC, siempre que no sean incompatibles con los principios del procedimiento de familia (artículo 9 a 16 LTF).

1.4.1 Regla general en materia de recursos

La impugnación de todas las resoluciones que dicten los tribunales de familia se regirán por la norma especial del artículo 67 LTF, en virtud de la cual son impugnables a través de los recursos que establece el CPC, siempre que no sean incompatibles con los principios del procedimiento de familia (artículo 9 a 16 LTF).

Esto significa que proceden todos los recursos procesales, pero se deberá analizar en cada caso la compatibilidad y que no se encuentren, a su vez, comprendidos en las modificaciones específicas que realiza a continuación la norma en comentario.

Todo lo anterior, sin perjuicio de las reglas especiales que se establezcan en otras normas que sean de competencia de los juzgados de familia.

1.4.2 Recurso de reposición

Este recurso es “el acto jurídico procesal de impugnación que emana exclusivamente de la parte agraviada, y tiene por objeto solicitar al mismo Tribunal que dictó la resolución que la modifique o deje sin efecto”³⁹.

El artículo 181 CPC señala que procede contra los autos y decretos. El tribunal resuelve de plano y la resolución que la rechace será inapelable, sin perjuicio de la apelación subsidiaria contra la resolución impugnada (esto no fue modificado por la LTF).

El número 1 del artículo 67 LTF sólo modifica la oportunidad y forma en que debe interponerse. Así, debe presentarse dentro de tercero día de notificada la resolución, lo que supone que se presenta por escrito. Como excepción, si dentro de ese término tiene lugar una audiencia, o si se deduce contra una resolución dictada en audiencia, debe ser resuelto en ella.

En consecuencia, el recurso de reposición en audiencia puede ser:

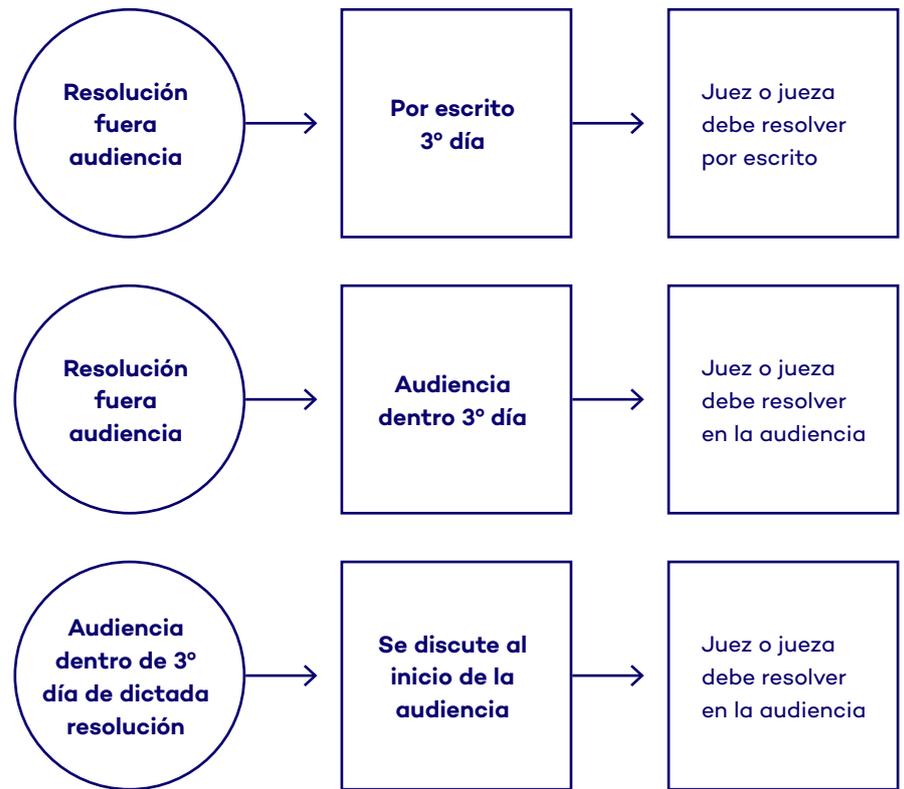
- contra resolución previa dictada fuera de audiencia y se interpone en la audiencia, a su inicio, con los fundamentos respectivos.
- contra resolución dictada durante el desarrollo de la audiencia y se interpone inmediatamente de dictada aquella, con sus fundamentos.

Esta norma se contrapone con lo previsto en el artículo 26 LTF, que señala “los incidentes serán promovidos durante el transcurso de las audiencias en que se originen y se resolverán inmediatamente por el tribunal, previo debate. Con todo, cuando para la resolución del incidente resulte indispensable producir prueba que no hubiere sido posible prever con anterioridad, el juez(a) determinará la forma y oportunidad de su rendición, antes de resolver. Las decisiones que recayeren sobre estos incidentes **no serán susceptibles de recurso alguno**”.

Una manera de interpretar esta dicotomía es la siguiente:

- si **medió debate**: no procede reposición (ni recurso alguno).
- si **no medió debate**: procede reposición.

Cualquiera sea la alternativa, se debe resolver en la misma audiencia.



1.4.3 Recurso de apelación

Conforme al artículo 186 CPC, es aquel que “tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior”. Esto, revisando tanto los hechos como el derecho.

1.4.3.1 Recurso excepcional

El recurso de apelación es procedente contra ciertas sentencias y resoluciones, a saber, la sentencia definitiva de primera instancia, las resoluciones (interlocutorias) que ponen término al proceso o hacen imposible su continuación, como por ejemplo, la que declara abandonado el procedimiento y aquellas resoluciones que se pronuncien sobre medidas cautelares, concediéndolas o no, sea que se dicten dentro o fuera de audiencia.

1.4.3.2 Resoluciones inapelables

La LTF declara inapelables, *a contrario sensu*, todas las demás resoluciones que en el curso del proceso se vayan dictando, no sólo aquellas que al igual que en el procedimiento civil son improcedentes, como las de mero trámite.

Así, aquella que se dicta en la audiencia preparatoria y que cita a las partes a audiencia de juicio en que se fija el objeto del juicio, los hechos a probar, las convenciones probatorias y las pruebas que sean procedentes, será inapelable y únicamente susceptible de recurso de reposición, dentro de la misma audiencia. Lo propio sucede con la audiencia de juicio, cualquier resolución que en ella se dicte tampoco será susceptible del recurso de apelación, salvo la sentencia definitiva que se dicte en la audiencia, pero no el veredicto, en que se deja la redacción de la sentencia para el plazo legal.

En consecuencia, los autos y decretos no son apelables salvo cuando alguna ley de familia así lo conceda, o cuando por aplicación del artículo 27 LTF y en lo no previsto por la LTF, se estime procedente, como sucede con la apelación interpuesta en contra de las resoluciones dictadas en el cumplimiento de los alimentos. La resolución que resuelve la objeción, por ejemplo, no es una sentencia definitiva, ni interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación, ni medida cautelar, pero por aplicación de las reglas de la apelación del CPC, conforme al artículo 241, sería procedente, toda vez la LTF no contiene ninguna norma especial sobre el cumplimiento de las sentencias o sobre el procedimiento de ejecución.

1.4.3.3 Reglas de la apelación

El artículo 67 de la LTF, en sus numerales 3, 4 y 5, estipula que el recurso de apelación siempre debe interponerse por escrito, porque emplea la forma verbal “deberá”, incluso si la sentencia o resolución que se pronuncia sobre una medida cautelar se dicta en audiencia.

En cuanto a la **forma** de concesión del recurso, de acuerdo al N° 2 del artículo en análisis, se concederá **en ambos efectos**, en los siguientes casos:

- a. Acciones de **filiación** y todas las que digan relación con la constitución o modificación del **estado civil** de las personas (artículo 67, en relación al artículo 8 N° 8, ambos LTF)
- b. **Autorización de salida del país** de NNA (artículo 67, en relación al artículo 8 N° 10, ambos LTF)

- c. Procedimiento de **adopción** (Ley N° 19.620, título III, artículo 67, en relación al artículo 8 N° 13 LTF), respecto a lo cual hay que señalar que llama la atención que se conceda en ambos efectos, porque es muy poco probable que tal situación ocurra dado que en la adopción no hay controversia; eso se resuelve en el procedimiento previo y es en este en que se deducen apelaciones de la sentencia definitiva, sea que declare o no la susceptibilidad, siendo lógico que no se lleve a efecto la que acoge la susceptibilidad, en tanto no se resuelva el recurso de apelación. La referencia debió haber sido al título II o a ambos.
- d. Acciones de **separación judicial matrimonial, nulidad y divorcio** reguladas en la Ley de Matrimonio Civil (artículo 67, en relación al artículo 8 N° 15, ambos de la LTF), las cuales no podrían llevarse a efecto sin esperar el resultado del recurso, por ejemplo, si se apela contra la sentencia que declara el divorcio la parte no podrá contraer nuevo matrimonio hasta que la sentencia no quede firme y ejecutoriada.

En los demás casos, se concederá **en el sólo efecto devolutivo**.

En cuanto a la **comparecencia en segunda instancia**, dispone esta norma que:

1. No es necesaria la comparecencia ante la Corte de Apelaciones respectiva.
2. La parte apelante se entiende citada por el sólo ministerio de la ley.
3. Se conoce previa relación pública.
4. Los abogados pueden dividir su tiempo de alegato, para replicar a la contraria.
5. Luego de la vista de la causa, se procederá a su fallo.

1.4.3.4 Problemas con la intermediación en segunda instancia

En segunda instancia no se procede a realizar nuevamente el juicio, ni tampoco se escucha la totalidad del audio de la audiencia de juicio, dado que la ley establece que hay relación pública, o sea, el relator o la relatora procederá a hacer la relación de la sentencia dictada y de el o los recursos de apelación deducidos en su contra.

En este procedimiento oral, a diferencia de lo que sucede en materia penal y laboral, en que procede el recurso de nulidad que sólo se refiere a la aplicación del derecho, se optó por mantener el recurso de apelación, en virtud del cual se conocen los hechos y el derecho, de ahí que se estime que este recurso genera ciertos problemas al momento de ser conocido en segunda instancia, ya que no hay conocimiento directo de los medios de prueba ni las alegaciones de las partes.

1.4.3.5 Prueba en segunda instancia

De acuerdo al artículo 207 del CPC, aplicable supletoriamente, en segunda instancia **no se admitirá prueba alguna**. Por esta razón, algunos ministros de Corte piensan que no procede la prueba en segunda instancia. No obstante, el mismo artículo indica varias excepciones:

- a. Lo dispuesto en el inciso final del artículo 310⁴⁰ y en los artículos 348⁴¹ y 385⁴² CPC
- b. Las facultades concedidas por el artículo 159⁴³ CPC.

40 Art. 310. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando esta se funde en un antecedente escrito, podrán oponerse en cualquier estado de la causa; pero no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda.

Si se formulan en primera instancia, después de recibida la causa a prueba, se tramitarán como incidentes, que pueden recibirse a prueba, si el tribunal lo estima necesario, y se reservará su resolución para definitiva. Si se deducen en segunda, se seguirá igual procedimiento, pero en tal caso el tribunal de alzada se pronunciará sobre ellas en única instancia.

41 Art. 348 (337). Los instrumentos podrán presentarse en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda instancia.

La agregación de los que se presenten en segunda instancia, no suspenderá en ningún caso la vista de la causa; pero el tribunal no podrá fallarla, sino después de vencido el término de la citación, cuando haya lugar a ella.

42 Art. 385. Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, todo litigante está obligado a declarar bajo juramento, contestada que sea, la demanda, sobre hechos pertenecientes al mismo juicio, cuando lo exija el contendor o lo decrete el tribunal en conformidad al artículo 159.

Esta diligencia se podrá solicitar en cualquier estado del juicio y sin suspender por ella el procedimiento, hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta antes de la vista de la causa en segunda. Este derecho sólo lo podrán ejercer las partes hasta por dos veces en primera instancia y una vez en segunda; pero, si se alegan hechos nuevos durante el juicio, podrá exigirse una vez más.

43 Artículo 159. Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431, podrán dictar alguna o algunas de las siguientes medidas:

- 1a. La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;
- 2a. La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados;
- 3a. La inspección personal del objeto de la cuestión;

- c. El tribunal puede, como medida para mejor resolver, disponer la recepción de prueba testimonial sobre hechos que no figuren en la prueba rendida en autos, siempre que la testimonial no se haya podido rendir en primera instancia y que tales hechos sean considerados por el tribunal como estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio.

En este último caso, dice el artículo 207 del CPC, el tribunal deberá señalar determinadamente los hechos sobre que deba recaer y abrir un término especial de prueba por el número de días que fije prudencialmente y que no podrá exceder de ocho días. La lista de testigos deberá presentarse dentro de segundo día de notificada por el estado la resolución respectiva.

Las excepciones son tantas y tan amplias las facultades de la Corte, que la mayoría se inclina a estimar que se puede rendir prueba en segunda instancia, siempre que no pugne con los principios del procedimiento de familia y considerando que **no es un nuevo juicio**.

En caso de aceptarse la prueba en segunda instancia, deberá determinarse bajo qué reglas se rinde, existiendo dos reglas al respecto:

4a. El informe de peritos;

5a. La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios; y

6a. La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito. Esta medida se cumplirá de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 37.

En este último caso y siempre que se hubiese remitido el expediente original, este quedará en poder del tribunal que decreta esta medida sólo por el tiempo estrictamente necesario para su examen, no pudiendo exceder de ocho días este término si se trata de autos pendientes.

La resolución que se dicte deberá ser notificada por el estado diario a las partes y se aplicará el artículo 433, salvo en lo estrictamente relacionado con dichas medidas. Las medidas decretadas deberán cumplirse dentro del plazo de veinte días, contados desde la fecha de la notificación de la resolución que las decreta. Vencido este plazo, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia, sin más trámite.

Si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba, no superior a ocho días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal designe. En este evento, se aplicará lo establecido en el inciso segundo del artículo 90. Vencido el término de prueba, el tribunal dictará sentencia sin más trámite.

Las providencias que se decreten en conformidad al presente artículo serán inapelables, salvo las que dicte un tribunal de primera instancia disponiendo informe de peritos o abriendo el término especial de prueba que establece el inciso precedente. En estos casos procederá la apelación en el sólo efecto devolutivo.

- **Artículo 3 del CPC:** se aplicará el **procedimiento ordinario** en TODAS aquellas:



1. Que no estén sometidas a una regla especial diversa.
2. Cualquiera que sea su naturaleza.

- **Artículo 27 LTF:**

En todo lo no regulado por esa Ley, serán aplicables las disposiciones **comunes a TODO procedimiento** establecidas en el **Código de Procedimiento Civil**

A menos que ellas resulten **incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que la LTF establece**, particularmente en lo relativo a la exigencia de la oralidad

En dicho caso, **el o la juez dispondrá la forma en que practicará** la actuación

Combinando ambas reglas, se entiende que se debe aplicar las **reglas de la prueba del CPC**, adaptándolas a la oralidad que prima en los procedimientos de familia, por ejemplo, no podría disponerse que la testimonial o declaración de parte se rinda ante un receptor, sino que debería rendirse ante los propios ministros y se debe permitir el debate sobre la pertinencia de la prueba.

1.4.4 Recurso de casación en la forma⁴⁴

El recurso de casación en la forma es el “acto jurídico procesal de la parte agraviada destinado a obtener del Tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia, por haber sido pronunciada por el Tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales o emanar de un procedimiento viciado al haberse omitido las formalidades que la ley establece”⁴⁵.

No constituye instancia, no revisa los hechos y el derecho, sino que “su competencia se limita a la causal que se hubiere invocado en la interposición”⁴⁶.

De acuerdo al artículo 770 del CPC, el recurso de casación en la forma contra **sentencia de primera instancia** deberá interponerse dentro del plazo concedido para deducir el recurso de apelación y, si también se deduce este último recurso, conjuntamente con él.

El recurso de casación en la forma contra la **sentencia de segunda instancia** debe interponerse dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia contra la cual se recurre.

En caso de que se deduzca recursos de casación de forma y de fondo (para ante la Corte Suprema, únicamente) en contra de una misma resolución, ambos recursos deberán interponerse **simultáneamente y en un mismo escrito**.

Conforme al artículo 772 del CPC, el escrito en que se deduzca el recurso de casación en la forma **mencionará expresamente**:

- el vicio o defecto en que se funda y
- la ley que concede el recurso por la causal que se invoca.

No se trata de dar un discurso sobre la causal y citar toda la doctrina y jurisprudencia existente al respecto, sino de explicar cómo se pro-

44 Artículo 67 LTF.

45 MOSQUERA y MATURANA (2014), p. 245.

46 MOSQUERA y MATURANA (2014), p. 246.

duce la vulneración en el caso concreto, en forma breve, precisa y convincente. Si el recurso no reúne estos requisitos, será declarado inadmisibles por “no cumplir el 772”, conforme al artículo 781 CPC. El recurso deberá ser patrocinado por abogado habilitado, que no sea procurador del número.

En este link se encuentra una breve explicación del recurso:

¿Qué es un recurso casación?

En materia de familia, el de casación en la forma es un recurso excepcional y sólo procede, conforme al artículo 67 LTF, en contra de:

- las sentencias definitivas de primera instancia y
- las interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.

Asimismo, sólo se pueden esgrimir las siguientes causales de casación formal (artículo 768 CPC):

1. sentencia pronunciada por tribunal incompetente o integrado en contravención a la ley;
2. sentencia pronunciada por un(a) juez o con la concurrencia de un(a) juez legalmente implicado(a), o con recusación pendiente o declarada por tribunal competente;
3. sentencia dada *ultra petita*, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad para fallar de oficio en los casos determinados por la ley;
4. sentencia dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que esta se haya alegado oportunamente en el juicio;
5. sentencia que contenga decisiones contradictorias;
6. por haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad. O:

7. por haber sido pronunciada la sentencia definitiva con omisión de cualquiera de los requisitos del artículo 66 LTF.

El recurso de casación en la forma puede interponerse contra las sentencias de primera y segunda instancia, pero en materia de familia la Corte Suprema⁴⁷, en jurisprudencia constante, ha estimado que **no procede contra las dictadas por Corte de Apelaciones**, porque “la Ley N° 19.968, en su artículo 67 N° 6° a), previene que el recurso de casación en la forma ‘procederá sólo en contra de las sentencias definitivas de primera instancia y de las interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación’ (...) Que una interpretación armónica de la norma citada junto a los principios que informan el procedimiento de familia conduce a la conclusión de que aludida letra a) del numeral sexto del artículo 67 prescinde del recurso de casación formal respecto de las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia”.

Sin embargo, ello no es pacífico, puesto que la ministra Sra. Chevesich y la abogada integrante Sra. Etcheberry, en voto disidente, opinaron que “una interpretación armónica del artículo 67 de la Ley N° 19.968 les conduce a la conclusión de que cuando la letra a) de su número 6) señala: ‘Procederá sólo en contra de las sentencias definitivas de primera instancia y de las interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación’, no excluye la procedencia del recurso de que se trata respecto de las dictadas en segunda instancia y que participan de dicha naturaleza jurídica, sino que únicamente limita su interposición tratándose de la resolución que se pronuncia sobre medidas cautelares, esto es, la palabra ‘sólo’ que utiliza es exclusivamente para descartar a uno de los cuatro tipos de resoluciones a que se refiere el número 2 de la mencionada norma legal. Además, estiman que el citado artículo sólo establece y regula los recursos que proceden en contra de las resoluciones que se dictan en primera instancia, por lo tanto, tratándose de las de segundo grado debe aplicarse la normativa establecida en los artículos 764 y siguientes del CPC”.

Pareciera que la segunda interpretación es la que más se ajusta a los principios de la LTF, especialmente la protección del más débil.

1.4.5 Patrocinio en el recurso de casación⁴⁸

Se entenderá cumplida la exigencia de patrocinio de los recursos de casación prevista en el inciso final del artículo 772 del CPC, por la sola circunstancia de interponerlos el abogado que patrocine la causa.

1.4.6 Recurso de casación en el fondo

El recurso de casación en el fondo es “un acto jurídico procesal de parte agraviada con determinadas resoluciones judiciales, para obtener de la Corte Suprema que las invalide por haberse pronunciado con una infracción de la ley que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, y que las reemplace por otra resolución en que la ley se aplique correctamente”.

Se aplica el artículo 770 CPC respecto del plazo de interposición, esto es, debe interponerse dentro de los quince días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia contra la cual se recurre, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 791 CPC.

Se interpone siempre ante la Corte de Apelaciones respectiva para ante la Corte Suprema, puesto que **sólo procede contra resoluciones dictadas en segunda instancia**, en particular (artículo 767 CPC):

- sentencias definitivas inapelables y
- sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Corte de Apelaciones.

48 Art. 772. El escrito en que se deduzca el recurso de casación en el fondo deberá:

1) Expresar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida, y

2) Señalar de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Si el recurso es en la forma, el escrito mencionará expresamente el vicio o defecto en que se funda y la ley que concede el recurso por la causal que se invoca.

En uno y otro caso, el recurso deberá ser patrocinado por abogado habilitado, que no sea procurador del número.

Conforme al artículo 772 del CPC, el escrito en que se deduzca el recurso de casación en el fondo deberá expresar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida, y señalar de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Nuevamente, es necesario subrayar aquí que transcribir la sentencia de primera y segunda instancia y citar toda la doctrina y jurisprudencia existente sobre el recurso de casación en el fondo o de la sana crítica (si se denuncia su vulneración), no cumple el requisito, sino que se debe explicar **cómo se produce la vulneración en el caso concreto**, en forma breve, precisa y convincente. Si el recurso no reúne estos requisitos, será declarado inadmisibles por “no cumplir el 772” o adolecer de “manifiesta falta de fundamento” conforme al artículo 782 CPC.

No constituye instancia, sino que **sólo se revisa la aplicación del derecho** a los hechos fijados en las instancias del juicio. Pero puede llegar a revisar hechos si se denuncia la vulneración de las “leyes reguladoras de la prueba”, que en materia de familia es la sana crítica, según el artículo 32 LTF. Claro que no basta con decirlo, sino hay que explicar qué reglas de la sana crítica se atropellan y cómo se conculcan en el caso concreto.

La Corte Suprema, en jurisprudencia constante, rechaza el recurso de casación en el fondo cuando no se cumplen estos requisitos, como se dijo en causa rol N° 1408-19 ya citada, pues: “Que, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, no es posible revisar a través de un recurso de esta naturaleza los hechos que soberanamente ha dado por probado la judicatura de la instancia, pues se trata de un proceso racional que escapa del control de casación a menos que se haya infringido las reglas de la sana crítica y se denuncie de manera eficiente la forma cómo se conculcaron los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados, lo que si bien ocurre en la especie, el recurrente manifiesta, más bien, una discordancia con la ponderación de la prueba efectuada en la sentencia impugnada, lo que no es susceptible de ser controlado por medio de este recurso. En efecto, sólo se limitó a impugnar la valoración de la prueba efectuada pretendiendo que se

den por establecidos los hechos que propone, que resultan acordes a su pretensión, por lo que no puede estimarse conculcada la norma que denuncia y se debe concluir que el presente recurso no puede prosperar y deberá ser desestimado por adolecer de manifiesta falta de fundamento”.

Este recurso en materia de familia se rige por las reglas generales, puesto que la única modificación es la N° 7 del artículo 67 LTF: “(...) Se entenderá cumplida la exigencia de patrocinio de los recursos de casación, prevista en el inciso final del artículo 772 del CPC, por la sola circunstancia de interponerlos el abogado que patrocine la causa”.

La misma Corte ha determinado, de manera constante, que la resolución que resuelve un incidente en cumplimiento de una medida de protección, adoptando una providencia esencialmente transitoria, no es susceptible de recurso de casación en el fondo, porque este tiene lugar sólo contra fallos definitivos inapelables e interlocutorios inapelables cuando ponen término al litigio o tornan imposible su prosecución, pronunciados por Corte de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia, en los casos que indica, como se ejemplifica en la causa rol N° 32.624-18⁴⁹. El problema de esta interpretación es que el cumplimiento se puede extender por años y, al no proceder el recurso de casación, no existirá un control de la aplicación del derecho.

1.4.7 Resoluciones no susceptibles de recurso

Las resoluciones respecto de las cuales no proceden recursos son las siguientes:

- resoluciones recaídas en incidentes suscitados en audiencia previo debate (artículo 26 LTF).

49 CS rol N° 32.624-18, de 28 de marzo de 2019.

- en caso que el adolescente reconozca los hechos en el procedimiento infraccional, el juez o la jueza dictará sentencia de inmediato, la que no será susceptible de recurso alguno (artículo 102 H LTF).

El Tribunal Constitucional, en las causas roles N° 2.791 y N° 2.743, estableció la “(...) **Inaplicabilidad del artículo 102 H:** A su vez, igual vulneración se produce cuando el precepto establece la dictación inmediata de sentencia, pues impide la interposición de todo recurso contra la sentencia dictada”.

1.4.8 Recursos en otras leyes de familia

Las leyes especiales de familia regulan algunos aspectos particulares de los recursos, específicamente en cuanto a la procedencia, plazos y formas de interposición. Mención especial requiere el recurso de reposición en materia **alimentos provisorios:**

- El artículo 4 de la Ley N° 14.908 establece que, junto con proveer la demanda, al admitirla a tramitación, sólo con los documentos y antecedentes presentados con la demanda “el juez deberá pronunciarse sobre” los alimentos provisorios (también puede resolver aumento, rebaja o cese provisorios).
- En su inciso segundo, el mismo artículo confiere al demandado el plazo de cinco días para oponerse a la regulación de los alimentos provisorios, contados desde la notificación de la resolución.
- Vencido el plazo para oponerse o resuelta la oposición, procede el recurso de reposición contra la que reguló los alimentos provisorios y de la que resolvió la oposición, en ambos casos, con apelación subsidiaria, dentro de tercero día.

Lo anterior plantea al menos tres alternativas posibles que se dan en la práctica:

- a. Que la parte demandante, al ser notificada de la resolución que da curso a su demanda y se pronuncia sobre los alimentos provisorios, estima que la suma regulada es inferior a lo pretendido, y entonces presenta recurso de reposición con apelación subsidiaria.

- b. Que se oponga la parte demandada, de la regulación de los alimentos provisorios, y que una vez resuelta la oposición siga sin estar de acuerdo, y entonces recurre de reposición, con apelación subsidiaria, dentro de tercero día.
- c. Que luego de vencido el plazo de la oposición o de resuelta esta, la parte demandante recurra de reposición, con apelación subsidiaria en contra de la una o la otra.

Demandante reposición con apelación susidiaria

Tribunal puede:

1. Rechazar reposición y conceder apelación
2. Resolver que no procede aún, sino que hay que esperar al resultado de la oposición de la parte demandada o el vencimiento del plazo (5 días)

Parte demandada se opone

Tribunal puede:

1. Acoger oposición, total o parcialmente
2. Rechazar oposición

Si es parcial o la rechaza, podría la parte demandada interponer recurso de reposición con apelación, dentro de 3° día. Ídem demandante

Vencido el plazo resuelta oposición. Demandante y/o demandada recurren de reposición con apelación susidiaria

Tribunal puede:

1. Acoger reposición total o parcialmente. Si es parcial, debe conceder el recurso de apelación
2. Rechazar reposición, debe conceder recurso de apelación susidiario

En consecuencia, si se permite el recurso de reposición con apelación subsidiario de la parte demandante, antes de notificado el demandado y/o resuelta la oposición o vencido su plazo, se estaría concediendo un recurso cuya procedencia aún no ha sido concedida por la ley, por este artículo 4 de la Ley N° 14.908, dado que se regula de manera lógica y ordenada un procedimiento especial para la parte contra la que se dictan los alimentos provisorios, que no ha tenido oportunidad de ser escuchada y con el sólo mérito de los antecedentes acompañados a la demanda.

Se estima que una vez vencido el plazo sin oposición y/o resuelta esta, recién procede el recurso de reposición con apelación subsidiaria. Además, de aceptarse la primera de las tres alternativas enunciadas

más arriba, se podrían dar **resoluciones contradictorias**: por una parte, que la Corte, conociendo del recurso de apelación subsidiario (que procede en el sólo efecto devolutivo), resolviera de determinada manera y que por otra el juzgado, conociendo de la oposición, resolviera de otra manera. Y nace además, nuevamente, el derecho a pedir reposición con apelación subsidiaria, el que si se concede, daría lugar a dos apelaciones corriendo de manera semiparalela, porque se conceden en etapas distintas del proceso dados los plazos de las notificaciones.

Asimismo, el inciso sexto del artículo 4 de la Ley N° 14.908 establece que procede el recurso de reposición con apelación subsidiaria contra el aumento o rebaja provisorios, pero en ese caso no se produce la complicación del procedimiento intermedio de “oposición”.

Otra complicación se produce, en cuanto a alimentos, aumento o rebaja provisorias, si se resuelven en audiencia. El recurso de apelación debe interponerse por escrito (con peticiones concretas y debe estar fundado), pudiendo darse alternativas distintas:

1. Se presenta el recurso de reposición (con fundamentos orales) en la audiencia y “señala” que interpondrá recurso de apelación subsidiario, por escrito y dentro de tercero día.
2. Se “reserva” el derecho de recurrir de reposición, con apelación subsidiaria, todo por escrito y dentro del plazo legal (tercero día).

Se estima que una u otra alternativa es procedente, pero en uno u otro caso el recurso de apelación debe interponerse por escrito, según dispone el artículo 67 numeral 3.

La Ley N° 14.908 establece la procedencia del recurso de apelación en el procedimiento especial del inciso final de su artículo 5, sobre la *acción pauliana* o revocatoria regulada en el artículo 2468 del CC, que se puede entablar contra el tercero que, coludido con la parte demandada, realice actos en perjuicio del alimentario, estando de mala fe, para revocar los actos destinados a reducir su patrimonio y eludir el cumplimiento de la pensión.

En este caso, ordena que se tramite incidentalmente por cuerda separada, sin paralizar el curso de la acción principal y el recurso de apelación en contra de la “resolución que se pronuncie sobre esta materia será apelable en el solo efecto devolutivo”, o sea, se podría por ejemplo llevar adelante el remate del bien embargado y que se haya traspasado de mala fe al tercero, para perjudicar al alimentario.

Si no lo dijera esta norma especial, no procedería el recurso de apelación, porque si bien es una sentencia interlocutoria, no pone término al juicio o hace imposible su continuación, sino que resuelve un incidente anexo a la causa principal, esto es, la de alimentos.

Otra situación especial sucede con la sentencia que resuelve la solicitud de susceptibilidad de adopción y la sentencia de adopción, en los artículos 17 y 25 inciso segundo, ambos de la Ley N° 19.620 de 1999, ya que además del recurso de apelación en el sólo efecto devolutivo, se agrega el **trámite de la consulta**, si en el procedimiento de susceptibilidad de adopción no es parte el Servicio Nacional de Menores o alguno de los organismos acreditados ante este. Estas causas gozarán de preferencia para su vista y fallo.

Finalmente, si bien no está establecido en una ley, el Acta 205-2015 dictada por la Corte Suprema el 3 de diciembre de 2015, denominada “Modifica y Refunde Texto del Auto Acordado sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de La Haya Relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas”, regula en su artículo 12 que la sentencia definitiva es apelable dentro de cinco días hábiles siguientes a su notificación. El recurso se ve en cuenta, salvo que se pidan alegatos y debe ser distribuido por el presidente de la Corte, dentro de los cinco días hábiles siguientes a su ingreso, y, contra la sentencia de segunda instancia no procederá recurso alguno, lo que hace procedente la queja conforme al artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

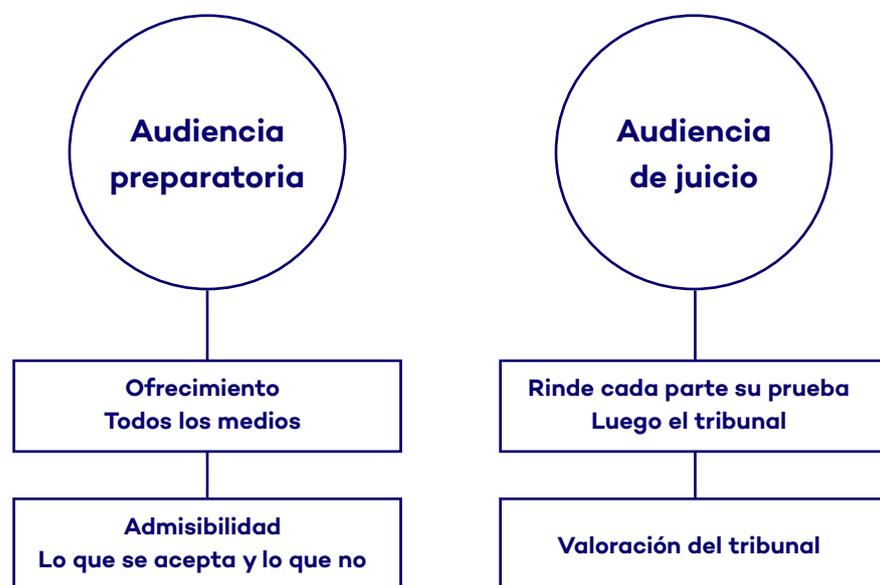


Prueba en materia de familia

Se analizarán a continuación los artículos 28 a 54, 63 bis y 64 LTF, que establecen las normas de procedimiento aplicables para todos los asuntos de familia. También se verá que, en lo no previsto por esta ley, se aplica el CPC y el CPP, sólo en ciertos casos.

2.1 Etapas de la actividad probatoria

La actividad probatoria en el procedimiento oral de familia se desarrolla en cuatro etapas: la primera y esencial es la **proposición** u **ofrecimiento** que realizan las partes, en la audiencia preparatoria, luego se analiza su **admisibilidad** para pasar a ser prueba que se **rendirá** en el juicio y que será posteriormente **valorada** al momento de la decisión o veredicto y, muy especialmente, al dictar la sentencia definitiva.



2.2 Disposiciones generales acerca de la prueba

En este apartado se verán los principios que rigen la materia probatoria.

2.2.1 Libertad probatoria

Todos los hechos relevantes para la adecuada resolución del conflicto familiar pueden ser probados por cualquier medio probatorio producido en conformidad a la ley, según el artículo 28 LTF.

La Corte Suprema, conociendo un recurso de casación deducido en contra de una sentencia que rechazó el divorcio de común acuerdo por no haber rendido, como medio de prueba para acreditar el año de cese de convivencia de los cónyuges, alguno de los documentos establecidos por el artículo 22 de la LMC, determinó en su considerando cuarto que la sentencia de segundo grado "...carece de motivos referidos al valor probatorio de la prueba antes referida, pues se omite el análisis y valoración que correspondía efectuar a los jueces del fondo, en relación a ella. De este modo, el fallo impugnado no cumple con la exigencia de efectuar un examen completo de la prueba rendida y de contener los fundamentos necesarios que deben servir de base para justificar la decisión adoptada, tal como lo prescribe el artículo 170 N° 4 del CPC, en relación al artículo y el Auto Acordado de esta Corte en sus N°s 5 a 8".

Y, en sentencia de reemplazo, la misma Corte acogió el divorcio basado en que "...para acreditar el cese de la convivencia conyugal, en este caso de un año, las partes se valieron de prueba documental consistente en certificado de residencia de las partes, constancia de abandono de hogar efectuada por la cónyuge ante Carabineros de Chile, con fecha 11 de marzo de 2010, y testimonial, consistente en la declaración de un testigo, que declaró sobre la efectividad de este hecho y la circunstancia de no haber mediado reanudación de la vida en común de las partes". Y continúa señalando, en el tercero, "... que, de conformidad a lo dispuesto por el **artículo 28 de la Ley N° 19.968**, en procedimientos de materias de familia rige el principio de 'libertad de prueba', al señalar la referida disposición que: "Todos

los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez(a) podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad la ley'. En virtud de tal libertad probatoria, el artículo 29 de la citada ley establece que las partes pueden ofrecer los medios de prueba de que dispongan, pudiendo incluso pedir se lleve a cabo la generación de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, y se permite al juez(a) para que de oficio pueda ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención a la materia de que se trate”⁵⁰.

El fallo reitera lo que la ley dice en la disposición en análisis y que rige para todos los juicios de familia, sin perjuicio de lo que alguna ley especial pueda exigir como medio probatorio idóneo para acreditar determinado hecho, como es en el caso de la Ley de Adopción (Nº 19.620), que exige un certificado otorgado por SENAME o por organismos acreditados ante este servicio, denominado “de idoneidad”, para acreditar precisamente la idoneidad de los futuros adoptantes.

2.2.2 Ofrecimiento de prueba

Conforme al artículo 29 LTF, demandante y demandado pueden ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan, y en el evento que el medio probatorio no puede ser obtenido o generado por la propia parte, pueden solicitar al tribunal que disponga su generación mediante oficios, que son comunicaciones escritas que dirige el tribunal a algún organismo público o privado o a terceros para que proporcione información para el juicio y, siempre que sea procedente en conformidad a las leyes especiales que pueden regir la materia, como es la información tributaria de alguna de las partes, que en virtud del inciso tercero del artículo 35 del Código Tributario, sólo procede otorgar en causas de alimentos y de investigación de delitos tributarios. Otro tanto sucede con la información bancaria, que tampoco puede ser revelada conforme a la Ley General de Bancos (DFL

3, de 1997)⁵¹, vigente también respecto de las cuentas corrientes, en que sólo se podrá obtener la información cuando los tribunales la soliciten de determinadas partidas específicas y no la información general de toda la cuenta.

Además, podrán solicitar la realización de pericias, la obtención de documentos, certificaciones u otros medios que sean aptos para producir fe sobre un hecho determinado, como por ejemplo solicitar las liquidaciones de sueldo del demandado (mediante oficio al empleador), su certificado de cotizaciones previsionales, obtenido de la AFP de la parte contraria, y en general, todo medio que no pueda ser obtenido por la propia parte, como sería su propio certificado de cotizaciones, ya que su AFP debe otorgarla si lo solicita para sí, sin necesidad de pedir oficio al tribunal.

Esta misma norma, en su inciso segundo, faculta a las partes para exigir su cumplimiento directamente ante el organismo al que se le solicitó el informe, lo que no significa que la respuesta al oficio se le entregue a la parte solicitante, sino que exigirá ante el organismo o la persona respectiva, para que mande la respuesta oportunamente al tribunal.

51 Artículo 154 de la Ley General de Bancos: “Los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que perciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. No obstante, con el objeto de evaluar la situación del banco, este podrá dar acceso al conocimiento detallado de estas operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la reserva establecida en este inciso y siempre que la Superintendencia las apruebe e inscriba en el registro que abrirá para estos efectos. En todo caso, los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores, en términos globales, no personalizadas ni parciales, sólo para fines estadísticos o de información cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia. La justicia ordinaria y la militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o inculpado o reo en esas causas u ordenar su examen, si fuere necesario. Los fiscales del Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía, podrán asimismo examinar o pedir que se les remitan los antecedentes indicados en el inciso anterior, que se relacionen directamente con las investigaciones a su cargo”.

Se sugiere ejercer con cautela la oficialidad, sobre todo en asuntos civiles, en que rigen las reglas sobre la carga probatoria del artículo 1698 del CC, ya que se puede incurrir en falta de imparcialidad al constituir prueba para una de las partes en desmedro de la otra.

Existen otros medios de prueba que son de carácter público, por ejemplo las copias de escrituras públicas, los certificados de dominio de vehículos motorizados, entre otros.

Por otra parte, el tribunal de oficio puede decretar prueba que se rinda en la audiencia de juicio, en atención al conflicto familiar de que se trate, según lo señala el inciso final del artículo 29 LTF. Esto, se podría decir que es como una medida anticipada del juez o la jueza, para resolver de mejor manera (más completa), el asunto controvertido.

Se sugiere ejercer con cautela la oficialidad, sobre todo en asuntos civiles, en que rigen las reglas sobre la carga probatoria del artículo 1698 del CC, ya que se puede incurrir en falta de imparcialidad al constituir prueba para una de las partes en desmedro de la otra.

2.2.2.1 Prueba no solicitada oportunamente

El artículo 63 bis inciso primero LTF regula lo que se denomina prueba nueva o prueba no solicitada oportunamente, o sea, que no se solicitó en la audiencia preparatoria o en la respectiva etapa procesal. Para ello, la parte que lo solicita deberá justificar alguna de estas circunstancias:

- a. La parte no sabía de su existencia sino hasta ese momento. Esto supone dos alternativas: la primera, que la prueba sea anterior o coetánea a la audiencia, pero la parte interesada no sabía de su existencia y tomó conocimiento con posterioridad a la audiencia preparatoria, como lo sería un testigo importante para su teoría del caso que apareciese después de la audiencia, o bien que, simplemente, la prueba sea de fecha posterior a la audiencia preparatoria.
- b. La parte alega que hubo una modificación de circunstancias posterior a la audiencia preparatoria. Esto, según lo reguló el Auto Acordado de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 2015, aunque como alternativa existía desde antes de la agregación del artículo 63 bis, dado que la variación de circunstancias, por ejemplo un finiquito de trabajador, reúne también el requisito de ser posterior a la audiencia preparatoria y de ignorarse su existencia, podría ingresar por la norma del inciso primero del artículo 63 bis LTF.

Estas solicitudes deben realizarse y resolverse en la audiencia de juicio, previo debate: si se permite su incorporación, se considerará al dictar la sentencia; si no se admite su incorporación, no se agrega y no es parte de la prueba.

Finalmente, el tribunal podría decretar la producción o incorporación de prueba nueva, por el principio de actuación de oficio del artículo 13 LTF, por el interés superior del NNA, por el debido proceso, siendo altamente probable que se produzca en la audiencia de juicio, especialmente en causas de violencia intrafamiliar y/o de protección por vulneración de derechos y en los procedimientos de adopción.

2.2.2.2 Prueba sobre prueba

A continuación, el inciso segundo del artículo 63 bis de la LTF, establece que, si con ocasión de una prueba que se rinde, surge controversia sobre su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal puede autorizar nueva prueba para tal fin exclusivo, siempre que no haya sido posible prever su necesidad (no se sabía de antemano que sería necesaria).

Esta circunstancia se producirá en el evento de que la prueba rendida por la parte contraria se estime no veraz, para lo cual se le puede permitir probar en contra. Se formará un incidente en la audiencia y podría darse, además, la circunstancia de que no se disponga de la prueba en ese momento porque no era posible de prever, por lo que si se acepta se debería fijar una **audiencia para este único fin**.

Claudio Fuentes Maureira⁵² analiza una sentencia en que un juez de familia de Coyhaique “permitió la incorporación, a propósito del informe social del DAM Coyhaique, de prueba no ofrecida en la audiencia preparatoria, consistente en un certificado de alumno regular de fecha 28 de marzo de 2012, el cual consignaba que la hija en común es alumna de un establecimiento distinto al que el informe social indica y que se trata de un colegio particular subvencionado gratuito”, lo que fue enmendado por la Corte de Apelaciones de Coyhaique.

Agrega en su análisis, el autor, que el juez de la instancia no valoró la prueba sobre prueba e indicó: “...en razón de tratarse de un instrumento que no guarda relación con las proposiciones fácticas en que descansa la demanda de autos y por consiguiente, de valorarse, importaría que por esta vía se introdujeran nuevos hechos que no formaban parte del libelo pretensor, encontrándose precluida la oportunidad para hacerlo, desde que se traba la litis”.

Siguiendo con el análisis que realiza el profesor Fuentes, esta hipótesis del inciso segundo del artículo 63 bis de la Ley N° 14.908 no puede “incorporar prueba para acreditar los hechos fundantes de las pretensiones de las partes, sino que incorporar prueba para permitir al juzgador determinar si el medio de prueba cuya veracidad está en cuestión es o no creíble”⁵³.

2.2.3 Convenciones probatorias

Durante la audiencia preparatoria se podrán celebrar acuerdos probatorios, en virtud de los cuales ciertos hechos, que las partes convengan, se dan por establecidos en esta audiencia preparatoria y, en consecuencia, no requieren prueba ni podrán discutirse en la audiencia de juicio, según el artículo 30 LTF. Esto puede ser propuesto por el tribunal, pero debe tener siempre presente las pretensiones de las partes, contenidas en sus escritos de demanda, contestación y/o reconventional.

Esto es esencial, porque muchas veces en estos escritos se reconocen ciertos hechos y, como dice Couture, se “llama *admisión* a la circunstancia de no impugnar las proposiciones del adversario. Los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba...”⁵⁴, por ejemplo, que un NNA tiene tal fecha de nacimiento y está al cuidado personal de la parte demandante.

53 FUENTES (2012), p. 249.

54 COUTURE (1958), pp. 226-227.

Con todo, sólo se puede aceptar como convención probatoria lo que no sea contrario a derecho y considerar los intereses de los NNA involucrados en el conflicto, por ejemplo no podría establecerse como convención probatoria que el padre legal demandado de impugnación de paternidad carece de la paternidad biológica del hijo, porque constituiría una transacción sobre estado civil, lo que está prohibido por la ley.

Además, se debe verificar que el consentimiento de las partes ha sido prestado en forma libre y voluntaria, especialmente si no cuentan con asesoría letrada, caso en el cual el tribunal deberá explicar en términos claros y precisos en qué consisten éstas y qué es lo que se propone como hecho que no deberá probarse en el juicio posterior; por ejemplo, en un procedimiento de violencia intrafamiliar, sin abogados, se podría proponer como convención probatoria que tuvieron una relación de convivencia, de la que nació un hijo X.

2.2.4 Exclusión de prueba

Conforme al artículo 31 LTF, no todas las pruebas ofrecidas por las partes son admisibles para el juicio, ya que luego del ofrecimiento o durante este, el tribunal puede excluirlas por las siguientes razones:

- a. Es manifiestamente impertinente, esto es, no dice relación con los hechos a probar;
- b. Está destinada a acreditar hechos públicos y notorios, como por ejemplo el nombre del Presidente de la República;
- c. Es sobreabundante o excesiva para probar un hecho determinado, como sucede con los testigos, que muchas veces las partes desean rendir en gran número;
- d. Ha sido obtenida con infracción de garantías fundamentales, como aquellas pruebas que se obtienen en infracción a alguna de las garantías del artículo 19 de la Constitución Política de la República; entre ellas, la más común es no respetar el derecho a la intimidad, como lo ha señalado la Corte Suprema en fallo de

julio de 2018, recaído en la apelación de un recurso de protección, en que estableció la inconstitucionalidad en el uso de una fotografía obtenida de la página de Facebook de la recurrente⁵⁵;

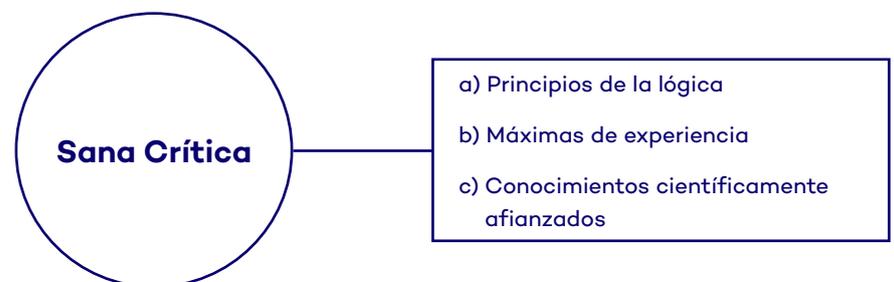
- e. Recae sobre hechos que tengan convención probatoria, por ejemplo si se acordó que las partes tienen determinada edad, y se ofrece el certificado de nacimiento de uno de ellos.

Finalmente, es el o la juez quien decidirá esta exclusión y lo que aquí se resuelva no admite recurso de apelación, sólo reposición en la misma audiencia y no puede volver a plantearse con posterioridad.

Es importante tener presente que como la audiencia de juicio tiene lugar, según la ley, en el plazo de treinta días (y las partes pueden suspenderla dos veces, de común acuerdo), pueden producirse inconvenientes con la prueba de testigos y peritos, en virtud de lo cual, se acepta una especie de lista de testigos, pero en el entendido de que no declararán todos, reduciéndose al número que se estime suficiente en la audiencia (no sobreabundante), evitando la notificación al testigo y la complicación de alegar eventuales entorpecimientos.

Lo propio sucede con los peritos, que se ofrecen en la audiencia preparatoria cuando el peritaje no está realizado, y para el caso que se presentan inconvenientes con el propuesto, se proponen peritos alternos.

2.2.5 Valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica



55 CS rol N° 14.998-2018, de 30 de julio de 2018.

Según el artículo 32 de la LTF, las reglas de la sana crítica son los medios que los tribunales de familia deberán emplear al momento de valorar la prueba rendida en el juicio, conforme a los cuales no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

La LTF no aclara lo que se debe entender por sana crítica, pero Eduardo Couture la conceptualiza como “...las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez”⁵⁶. Diversos tratadistas la sitúan en un camino intermedio entre la libre convicción y la prueba legal tasada, y como es una forma más racionalista de analizar los medios de prueba rendidos en el juicio, obligará al tribunal a justificar, mediante argumentos racionales, sus propias elecciones, sometiénolas al control externo que pueda efectuarse sobre su motivación.

Esta forma de valoración presupone que la eficacia de cada prueba para la determinación de cada hecho que resulte probado, se establece caso a caso, conforme a criterios no predeterminados, flexibles y basados en los presupuestos de la justa razón.

Deberá valorarse la prueba conforme a las máximas de experiencia, aquellos hechos de ordinaria ocurrencia y de que se tenga conocimiento generalizado, no hechos puntuales, como podría suceder con situaciones particulares de conocimiento del tribunal.

Finalmente, deberá resolver conforme a los conocimientos científicamente afianzados, como los establecidos en las reglas de la física, química, medicina, etcétera.

Además, la sentencia deberá valorar toda la prueba rendida, esto es, debe considerar, no sólo la que hubiere servido para formar convicción, sino que además debe indicar por qué se desestima(n) alguna(s) prueba(s) o por qué no sirvieron para obtener el convencimiento del tribunal.

La Corte Suprema ha dicho al respecto: “a) La sana crítica compone un sistema probatorio constituido por reglas que están destinadas a la apreciación de la prueba rendida en el proceso, dirigidas a ser observadas por los magistrados.

b) Específicamente las reglas de la sana crítica imponen mayor responsabilidad a los jueces y, por lo mismo, una determinada forma en que deben ejercer sus funciones, que está referida a motivar o fundar sus decisiones de manera racional y razonada, exteriorizando las argumentaciones que le han provocado la convicción en el establecimiento de los hechos, tanto para admitir o desestimar los medios probatorios, precisar su validez a la luz del ordenamiento jurídico, como el mérito mismo que se desprende de ellos.

c) La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de todos los medios de prueba, explicitando aquellos mediante cuyo análisis se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

d) El análisis y ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral, esto es, haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos, de toda la prueba producida por las partes en el juicio, tanto en la que sustenta su convicción, como aquella que es descartada. Es más, bajo los principios de exclusión de la prueba en etapas anteriores a la sentencia, nada priva que el análisis se extienda a ellas, pero para el sólo efecto de dejar constancia de la trascendencia de aquella determinación.

e) Los sentenciadores dejarán explicitadas en la sentencia las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas.

f) Se agrega por el legislador la orientación que, en el ejercicio de la función reseñada, el sentenciador ‘*deberá*’ tener especialmente en consideración, esto es, la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de la prueba rendida entre sí y de esta con los demás antecedentes del proceso.

g) La explicitación en la aplicación de las reglas de la sana crítica está dirigido al examen de las partes y ciudadanos en general, como el control que eventualmente pudieran llegar a efectuar los tribunales superiores mediante la aplicación del sistema recursivo que cada materia o procedimiento contemple, en que debe revelar y conducir lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador en la ponderación de la prueba.

Resulta incuestionable el hecho que el legislador fijó su atención en dotar de garantías a las reglas de la sana crítica, con el objeto que fueran fácilmente observables. Pero del mismo modo, el aspecto fundamental queda determinado en precisar en la sentencia *‘las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados’* en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas rendidas en el proceso. Es el legislador el que se remite a tales parámetros, es él quien integra la ley con razones, principios, máximas y conocimientos. Por lo mismo su inobservancia, transgresión, equivocada aplicación o errónea interpretación puede dar origen a la interposición de los recursos que contempla la ley, puesto que cuando no se los cumple, no solamente se desobedecen sus determinaciones, sino que, además, se quebranta la ley, vulnerando las garantías que el legislador concede a las partes, con lo cual se contraviene el ordenamiento jurídico en general, ante lo cual el mismo legislador reacciona privando de fuerza y efectos a la determinación así alcanzada, en atención a que en último término se desatiende la soberanía y se afecta el estado democrático, constitucional y social de derecho”⁵⁷.

57 CS rol N° 3363-2018, de 20 de febrero de 2019.

2.3 Los medios de prueba

Sin perjuicio de que existe libertad probatoria en materia de familia, lo cierto es que la LTF regula los medios de prueba más conocidos y que se asimilan también a aquellos que el CPC establece, con ciertas modificaciones de acuerdo a este procedimiento oral, que se encuentran desde la norma del artículo 33 al 54 de la Ley N° 19.968.

2.3.1 Prueba testimonial

La prueba testimonial está constituida por la declaración que realizan ciertas personas que tienen la calidad de terceros ajenos al pleito, denominados testigos.

La iniciativa para que estos terceros presten declaración en juicio puede provenir de las partes o del tribunal, si este estima necesario citar a determinada persona para el esclarecimiento de los hechos probatorios y que no hubiere sido ofrecido por alguna de las partes. Atendiendo a la naturaleza de la materia que le toque resolver, especialmente en juicios en los que haya intereses de NNA en juego, se puede citar a un profesor del colegio, un pariente, etcétera, que tenga conocimiento de los hechos.

Los testigos que concurran a declarar, según el artículo 37 LTF, tendrán derecho a no autoinculparse ni incriminar a su cónyuge, conviviente (civil o no), a sus ascendientes o descendientes, a sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad (hermano/a) o afinidad (cuñado/a), a su pupilo o a su guardador, a su adoptante o adoptado. También tienen derecho a ser suficientemente justificados por inasistencia laboral, educativa o de otra naturaleza, no pudiendo ocasionarles consecuencias jurídicas adversas, bajo ningún respecto (artículo 44 LTF).

Por otro lado, los testigos tienen las siguientes obligaciones, según al artículo 34 LTF: primeramente deben **comparecer** ante el tribunal que se sigue el juicio, salvo ciertas personas legalmente exceptuadas; deben **prestar su declaración**, incluso a los exentos de concurrir (declararán de otra manera); deberán **decir verdad**, para lo cual se les

toma juramento o promesa de decir verdad, salvo cuando el testigo sea menor de edad, y por último **no ocultar** hechos, circunstancias o elementos que sirvan para esclarecer los hechos.

La LTF establece apremios y sanciones a los testigos ante su incomparecencia sin causa justificada, para lo cual se les cita bajo apercibimiento de arresto, y se les puede imponer el pago de costas, siempre que el testigo haya sido legalmente notificado de su obligación de asistir al juicio, dado que en la mayoría de los casos, la parte que ofrece el testigo se encarga de su comparecencia y prescinde de su notificación, la que debería ser por cédula.

Si el testigo legalmente citado comparece pero no declara, sin justa causa, se le puede imponer una sanción por el desacato como señala el artículo 34 inciso segundo LTF, que remite a las penas del delito de desacato del artículo 240 inciso segundo del CPC (de 541 días a 5 años); si el testigo concurre y declara, pero miente luego de la promesa o juramento, puede incurrir en falso testimonio, excepto que las preguntas sean inculpativas (para él o su familia) y respecto de los menores de edad, que no prestan juramento.

2.3.2 Producción de la prueba testimonial

Los testigos asistentes y que tengan obligación de declarar deberán prestar un juramento o promesa de decir verdad, sin ocultar nada para el esclarecimiento de los hechos, salvo los testigos menores de edad y los testigos que pueden declarar mediante informe escrito si así lo estimaren, o incluso pueden no declarar, conforme al artículo 36 inciso final de la LTF.

El testigo será informado de las consecuencias de su juramento o promesa, su obligación de ser veraz y de las penas por el falso testimonio. A continuación, se procederá a la individualización: nombre, edad, estado civil, profesión, domicilio, lugar y fecha de nacimiento.

El artículo 33 de la LTF señala que no hay testigos inhábiles, esto implica que no hay tachas como en materia civil: los testigos que sean menores de 18 años son interrogados a través del juez o jueza, no de manera directa por las partes o sus abogados (artículo 41 de la LTF).

Respecto de la interrogación, se les puede formular preguntas de credibilidad, existencia de vínculos, etcétera y debe dar razón circunstanciada de los hechos sobre los que declara, si los presenció o dedujo o escuchó de otros. Además, conforme al artículo 64 de la LTF, los testigos son interrogados primeramente por la parte que los presenta, luego por la parte contraria y finalmente por el tribunal. En este punto, el inciso tercero de esta norma establece la facultad para el tribunal de efectuar no sólo preguntas aclaratorias, sino que también puede pedirles “adiciones a sus testimonios”, esto significa que el tribunal puede formular preguntas que no hayan realizado las partes y que estimare necesarias para resolver el caso, lo que es concordante con el principio de oficialidad ya estudiado, y se utilizará muy especialmente en aquellas materias sobre vulneración de derechos; sin embargo en las causas denominadas “civiles”, como las acciones de la ley de matrimonio civil, igualmente es procedente esta forma de interrogación por el tribunal para esclarecer posibles dudas que le queden del testimonio.

En todo caso, estas facultades deben ejercerse con prudencia (así como en el caso de la declaración de parte), puesto que el o la juez no es quien debe producir la prueba, especialmente en las materias civiles, y debe siempre guardar la debida imparcialidad. Además, se debe recordar que el abogado, para preparar su defensa, debe conocer los documentos y haber hablado con los testigos, peritos, etcétera, lo que implica que está en mejor posición que el o la juez para determinar una estrategia a favor de su parte, algo que la excesiva intervención del juzgador(a) puede perjudicar beneficiando a la contraria. También puede generar el incentivo perverso al abogado de no ejercer una adecuada defensa o perfeccionarse.⁵⁸

Es necesario tener presente que las únicas reglas que contempla la LTF sobre interrogatorio son las del artículo 51, a propósito de la declaración de parte, y no es aplicable el artículo 330 del Código Procesal Penal (ver párr. 2.3.4 de este texto).

Los testigos sordos, mudos o sordomudos, conforme al artículo 42 de la LTF, declararán por escrito. Si es sordo, las preguntas serán por escrito y dará su respuesta oral; si es mudo, la pregunta es oral y la respuesta será escrita, salvo que no pudieren darse a entender por escrito; si es sordomudo, declarará con intérprete previamente es juramentado, igual que un testigo. Otro tanto sucederá si el testigo no habla el idioma castellano: declarará mediante intérprete mayor de 18 años de edad, quien prestará juramento de desempeñar y fielmente el cargo.

2.3.3 Prueba pericial

Este medio de prueba, que se encuentra regulado desde el artículo 45 al 49 LTF, procederá, en general, siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante sean necesarios los conocimientos de una ciencia, arte u oficio.

Procede si las partes lo piden, el tribunal lo ordena, o cuando la ley lo dispone, por ejemplo la prueba pericial de ADN en las causas sobre filiación. El informe debe emitirse con objetividad y atenerse a los principios de la ciencia, reglas del arte u oficio respectivo, del que sea conocedor quien realiza el informe. Además, debe contener la descripción de la persona, hecho o cosa a que se le realiza la pericia, el estado en que se encuentra y una relación circunstanciada de los procedimientos practicados, sus resultados y de las conclusiones arribadas, conforme al inciso final del artículo 46 LTF, que efectúa un reenvío al artículo 315 del Código Procesal Penal.⁵⁹

Como deberes del perito, se señala que debe emitir el informe por escrito, con a lo menos cinco días de anticipación a la audiencia de juicio, con tantas copias como partes figuren en el proceso, y concurrir

59 Artículo 315 Código Procesal Penal: Contenido del informe de peritos. Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, este deberá entregarse por escrito y contener: a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare; b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio. No obstante, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitare fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe.

a declarar. Por la redacción actual de los artículos 45, 46 y 49 de la LTF, pareciera se permite la no declaración del perito en la audiencia, sobre lo cual hay dos interpretaciones posibles:

- a. Que los peritos no necesitan concurrir a declarar a menos que las partes lo soliciten.
- b. Los peritos deben declarar siempre, salvo que exista acuerdo de las partes en contrario.

Esta última interpretación parece más acorde al procedimiento oral, en que la prueba es contrastada por las partes, y entonces, si se ponen de acuerdo en la audiencia preparatoria para que el perito no declare, están renunciando anticipadamente a su derecho a contra interrogarlos, lo que es permitido por la ley; pero si alguno de ellos desea ejercer este derecho y se opone a que el perito no declare, se debe respetar su derecho.

Finalmente, el tribunal admitirá la prueba pericial cuando se cumplan los requisitos generales para la admisibilidad de la prueba, según lo visto precedentemente, y se considere que los peritos otorguen suficiente garantía de seriedad y profesionalismo. El tribunal puede limitar el número de peritos si es sobreabundante.

No hay peritos inhábiles, o sea, cualquier persona que reúna los requisitos generales de la ciencia, arte u oficio puede ser designado como perito, pero se le pueden formular preguntas para determinar su objetividad e idoneidad, su rigor técnico y/o científico.

Hay jueces que exigen que se trate de peritos de la lista de la Corte de Apelaciones, pero esto por sí sólo no garantiza su idoneidad, puesto que de acuerdo al Acta 140 de 2007 de la Corte Suprema, para ser incluido se debe participar en concurso público acompañando:

- copia autorizada del título profesional o el que él habilite para desempeñar la especialidad

- certificado de antecedentes para fines especiales
- currículum vitae
- fotografía tamaño pasaporte
- y podrá adjuntar también los demás antecedentes relevantes que estime pertinentes.

Las cortes deben pedir informes de desempeño de los peritos a los juzgados de la jurisdicción; Policía de Investigaciones, Carabineros, Colegio de Abogados y el respectivo colegio profesional, en su caso, pero transcurridos treinta días se resolverá prescindiendo de los informes no evacuados.

Para resolver, deben tener presente:

- a. La acreditación de los conocimientos especiales de alguna ciencia, arte o especialidad y vinculación del candidato con la docencia y la investigación universitaria.
- b. Los años de experiencia, acreditados mediante título profesional u otra forma.
- c. Informes de los jueces, policías, Colegio de Abogados y reclamos o felicitaciones expresadas por instituciones o particulares y de los respectivos colegios profesionales.
- d. Cualquier otro antecedente que diga relación con su idoneidad, probidad y ética.

Cabe señalar que tampoco es obligatorio que pertenezcan a la lista, según la LTF. Al respecto se han formulado diversas críticas, entre ellas que, al designarlo el o la juez, este queda inhibido de criticar el resultado del trabajo del perito; que si bien permite discernir que no tiene inhabilidades no da garantías sobre su competencia y calidad, y que el sistema de control mediante informes de desempeño es poco efectivo.⁶⁰

60 Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2017), p. 22 y ss.

Asimismo, se les puede preguntar sobre sus honorarios y su adecuación a los montos usuales cobrados para un peritaje de similares características.

Los honorarios del perito serán a cargo de la parte que lo ofrece, salvo acuerdo de las partes, en que a veces se ponen de acuerdo en designar un solo perito y pagar por partes iguales, pero si hay discordia al respecto cada uno presentará el propio y lo financiará, según lo dispone el artículo 47 de la LTF.

El peritaje designado por el tribunal, conforme al artículo 45 en su inciso tercero LTF, será de instituciones públicas o de algún organismo acreditado ante el SENAME, y se decretará sólo en casos que sean indispensables para la resolución del conflicto. Aunque lo designa el o la juez, puede ser pedido por las partes, especialmente en aquellos casos sobre vulneración de derechos y/o en que alguna de las partes actúe con privilegio de pobreza y no cuente con los medios para pagar un peritaje particular.

Respecto de este extremo, se plantean dudas a nivel dogmático y forense en relación a que “los peritos institucionales no estén obligados a declarar y, por ende, no puedan revisarse las credenciales del perito ni examinar de mejor manera las evidencias presentadas. Además, el plazo que se otorga para revisar los peritajes es mínimo”⁶¹. Esto deriva de la falta de definición acerca del rol que debe tener el perito en el juicio, su propia preparación para efectuar la labor y la capacidad (o falta de ella) del juez o jueza para apreciar la prueba pericial.

En las encuestas sobre desempeño de los peritos a distintos actores de distintas judicaturas, resultó que los peor evaluados eran los de familia (4,5) y que su desempeño es especialmente deficiente y el 75 por ciento de los encuestados de todas las materias estimó que el perito tiende a validar la hipótesis de quien pagó sus honorarios.⁶² Estas circunstancias generan grandes desafíos en relación a la prueba pericial, además que los altos costos de los peritajes particulares

61 Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2017), p. 24.

62 Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2017), p. 25 y ss.

Si el perito presta declaración, se le toma juramento o promesa igual que a un testigo y luego, conforme al artículo 64 inciso segundo LTF, expone brevemente el contenido del informe y las conclusiones arribadas, tras lo cual es interrogado igual que los testigos: primero la parte que lo presentó, luego la contraria y, finalmente, el tribunal.

resultan irremontables para la mayoría de la población, pero inciden directamente en la decisión, especialmente en materia proteccional y de violencia intrafamiliar.

El problema radica en que, dada la escasa regulación legal de esta función, es difícil establecer estándares mínimos generalmente obligatorios, sin embargo se deben cumplir las siguientes garantías de imparcialidad: no tener conflictos de interés; ceñirse a las reglas de su ciencia; recordar que es perito, no terapeuta; cumplir lo que el o la juez le pide; tratar de obtener información imparcial; evitar la subjetividad, los sesgos, y que la remuneración sea un aspecto relevante en el resultado de la investigación⁶³. Además, se deben considerar las recomendaciones de la Cumbre Judicial sobre los peritajes a NNA (ver párr. 1.2.3.1 de este trabajo).

Respecto de la violencia intrafamiliar, es necesario tener en cuenta lo que señala la “Matriz para aplicar los principios de igualdad, no discriminación y perspectiva de género en las sentencias”⁶⁴, que recomienda: “al tiempo de valorar las declaraciones de testigos y los peritajes, (especialmente sociales y psicológicos), se tendrá presente si el relato alude a o incorpora estereotipos o sesgos de género, reconociendo que esas pruebas son también emitidas por personas y el juez debe estar atento a los posibles sesgos que ellos pudieran tener”.

Finalmente, a la producción de esta prueba, sea con o sin declaración del perito, el informe escrito siempre tiene que estar adjuntado al expediente, con al menos cinco días de anticipación a la audiencia de juicio, por la bilateralidad de la audiencia. De manera que si no se cumple este plazo, no se puede considerar en el juicio y no se tomará declaración del perito, aunque llegue a declarar y, si es solo por escrito, tampoco se incorporará mediante su lectura.

Si el perito presta declaración, se le toma juramento o promesa igual que a un testigo y luego, conforme al artículo 64 inciso segundo LTF, expone brevemente el contenido del informe y las conclusiones

63 ECHEBURÚA et al. (2011), p. 141-159.

64 Poder Judicial (2018), p. 94.

arribadas, tras lo cual es interrogado igual que los testigos: primero la parte que lo presentó, luego la contraria y, finalmente, el tribunal. También se puede permitir al consejero técnico formular preguntas, sea directamente o a través del juez o jueza.

Si el perito no declara, el informe escrito es incorporado por la parte que lo solicitó, mediante su lectura, que puede ser resumida si no se opone la parte contraria.

2.3.4 Declaración de partes

Se encuentra regulada en los artículos 50 a 53 de la LTF, indicando que cada parte puede solicitar al juez la declaración de las demás, sobre hechos y circunstancias de la causa, y que digan relación con el objeto juicio.

Respecto del interrogatorio que se realice en la audiencia, en cuanto a las preguntas, la norma señala que:

- a. deben ser planteadas afirmativamente o en forma interrogativa, y
- b. deben ser formuladas con precisión y claridad, sin valoración ni calificación.

El artículo 330 del Código Procesal Penal establece reglas sobre métodos de interrogación, pero no son aplicables compulsivamente en materia de familia, porque el CPP no es supletorio en materia de familia y, por tanto, tampoco se puede obstaculizar el interrogatorio inductivo⁶⁵ (evidentemente, el engañoso o poco claro sí, por aplicación de la LTF); sin embargo, esto afectará el valor probatorio de la declaración tanto de la parte como el testigo.

Las objeciones a las preguntas de las partes se resuelven previo debate, por el tribunal, quien también puede preguntar, al igual que en la declaración de testigos y peritos, no sólo para aclarar sino para adicionar.

65 Se debe recordar que en el conainterrogatorio si se puede sugerir la respuesta en la pregunta.

El artículo 53 inciso segundo de la LTF también establece la posibilidad de que las partes formulen preguntas recíprocas entre ellas, cuando no tienen abogado; sin embargo, el o la juez debe tener especial cuidado en estos casos puesto que, como las partes no entienden la dinámica del interrogatorio, se pueden producir riñas.

La obligatoriedad de comparecencia está regulada en el artículo 52 de esta ley en análisis, generando sanciones o consecuencias en las siguientes alternativas:

- a. si no concurre a declarar,
- b. si concurre y se niega a declarar, o
- c. si concurre y da respuestas evasivas.

En estos tres casos, conforme al artículo 52 de la LTF, se podrán tener como efectivos los hechos que estén contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó su declaración, lo que es facultativo para el tribunal, al emplear la forma verbal “podrá”, lo que se deberá analizar conforme al resto de las probanzas rendidas y que permitan tener una correlación lógica y conforme a las máximas de la experiencia.

El Auto Acordado de 30 de septiembre de 2005 (Acta 104-2005) de la Corte Suprema, regula una especie de pliego posiciones, ya que en su numeral 2 establece, sólo para el caso de la incomparecencia de la parte debidamente citada y con el único objeto de hacer procedente la sanción anterior, que la parte que solicite la declaración deberá presentar un pliego de preguntas por escrito, en un sobre cerrado, al menos dos días antes de la audiencia de juicio. Las preguntas deben formularse en forma asertiva, como un símil de la confesional en los juzgados civiles.

Así, si no comparece el declarante, se abre el pliego y se lee en la audiencia, pudiendo el juez de oficio, o ante incidente formulado por las partes, rechazar las preguntas que considere impertinentes o inútiles, en conformidad a los artículos 51 y 53 de la LTF.

Para que esta sanción opere, la citación debe hacerse con el apercibimiento del artículo 52 citado, lo que se hace en la audiencia preparatoria, en que normalmente lo que debe notificarse, aunque algunos lo consideran innecesario por el efecto del artículo LTF, en cuya virtud todas las resoluciones que se dicten en audiencia son oponibles a las partes no obstante su incomparecencia, sin necesidad de nueva notificación.

Finalmente, este auto acordado regula en el inciso final del numeral 2 citado, que si la parte concurre a declarar, la deposición se realizará sin sujeción a este listado de preguntas, quedando a criterio de quien interroga si las usa como guía, pero no es obligatorio.

2.3.5 Medios de prueba no regulados expresamente

Dentro de los medios de prueba no regulados expresamente se encuentra, a modo enunciativo, en el artículo 54 de la LTF, las películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videgrabaciones, otros sistemas de reproducción de imagen o sonido, versiones taquigráficas, y en general cualquier medio apto para producir fe.

El tribunal determinará la forma como deberán reproducirse o incorporarse en la audiencia de juicio estos otros medios, debiendo adecuarla, en lo posible, a los medios de prueba más similares o análogos. Cuando se trate de la reproducción de videos y/o grabaciones, la parte debe ir preparada a la audiencia de juicio con el soporte tecnológico para su reproducción, según lo aclara el artículo 64 de la LTF.

Los documentos e informe pericial se exhiben a las partes y al juez o la jueza y se incorporan con su lectura, de conformidad asimismo a lo dispuesto por el artículo 64 de la LTF.

A nuestro juicio, no está excluida la inspección personal del tribunal, que debería analizarse en cada caso, si se estima procedente su realización para la mejor resolución del caso, especialmente en materia proteccional cuando se pide la internación de un niño.

Cabe señalar que el juez no tiene por qué saber quiénes son las personas que aparecen en una fotografía o de quién es la voz de un registro de audio, tampoco si un pantallazo de redes sociales pertenece a quien se dice: debe ser exhibido a algún testigo o parte que declare para ser reconocido y adquirir contenido.

2.3.6 Valoración de la prueba

Como se sabe, esta valoración se realiza por el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica, ya analizadas, y su ponderación será plasmada en la sentencia que resuelve la controversia entre las partes, señalando detalladamente los hechos que estimó probados y el derecho que a tales hechos le adjudica.

2.3.6.1 El juez y los hechos

El o la juez no conoce directamente los hechos sino la forma como los abogados los presentan, organizados de la manera que más les conviene. Es con los medios de prueba que el juez adquiere convicción y determina los hechos que estima acreditados, lo que constituye una “premisa fáctica ineludible”. El juez debe:

“1. Elaborar un resumen de las actuaciones realizadas en el proceso, con especial referencia a los hechos expuestos por las partes y a los puntos controvertidos.

2. Señalar, de ser el caso, las afirmaciones realizadas por una parte y admitida por la otra; los hechos imposibles, notorios o de pública evidencia, así como los hechos que son materia de ficciones legales, en la medida que se encuentran exceptuados de la actividad probatoria.

3. En lo que atañe a los hechos controvertidos, detallar los medios probatorios ofrecidos, admitidos y actuados, estableciendo el resultado que se desprende de cada una de las pruebas, pues muchas veces, las partes presentan el mismo medio probatorio, pero otorgándole distinto significado, o bien se hace necesario despejar las dudas en cuanto a la eficacia de una prueba.

4. Expresar qué sucesos, entre los alegados y debatidos en el proceso, han quedado probados, indicando los medios de prueba de los que se ha extraído ‘certeza’ sobre la veracidad de determinadas afirmaciones o, en su caso, la presunción legal o judicial aplicada con relación a

Se debe, entonces, confrontar los hechos estimados probados con la norma jurídica elegida, fijando su sentido en el caso concreto (calificación jurídica). No basta reseñar la normativa y describir los hechos, sino vincular ambas cosas.

algunos hechos. El juez debe determinar los hechos probados a través de una valoración conjunta de los medios de prueba, utilizando su apreciación razonada y expresando, si fuera el caso, las razones por las cuales concede credibilidad a una fuente de prueba y se la niega a otra.

5. Por último, el juez –previa calificación jurídica de los hechos probados– debe justificar jurídicamente su resolución, en coherencia con la parte decisoria de la misma”⁶⁶.

2.3.6.2 El juez y el derecho

El juez debe tener a la vista los hechos al momento de aplicar el derecho, manteniendo sólo los jurídicamente importantes, usando la norma como marco conceptual, debiendo elegir la norma pertinente al caso concreto.

Se debe, entonces, confrontar los hechos estimados probados con la norma jurídica elegida, fijando su sentido en el caso concreto (calificación jurídica). No basta reseñar la normativa y describir los hechos, sino vincular ambas cosas.

“Toda decisión, en tanto acto de elección entre varias opciones con distintas consecuencias, es un acto de voluntad, pero ella no puede ser ejercida de manera ilimitada, sino que debe ceñirse a los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico. El juez debe evaluar las consecuencias especiales del caso *sub iudice*, de modo que al ponerlas en parangón con el plexo jurídico le sirvan de marco para guiar la elección del criterio interpretativo, sin olvidar –en todo ese trayecto– los límites normativos y la estimación axiológica que, sustentada en razones con la mayor objetividad posible, expliquen el porqué de la solución así valorada”⁶⁷.

66 CASTILLO et al. (2006), pp. 417-418.

67 CASTILLO et al. (2006), p. 426 y ss. Citas omitidas.

2.3.6.3 Errores de razonamiento

Según Couture⁶⁸, existen principios de la lógica que nunca podrían ser desatendidos por el tribunal, señalando que nadie podría dudar del error lógico del razonamiento del juez que en una sentencia dijera que los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, se condena entonces a devolver monedas de plata, con lo que evidentemente se infringiría el principio de la lógica de identidad, según el cual una cosa sólo es igual a sí misma.

Lo anterior sucede también si en una sentencia se vulnerara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el principio de contradicción, aunque es evidente que la sola corrección lógica no basta para validar la sentencia, porque el juez puede razonar de manera correcta en la lógica formal, pero ser incorrecta la conclusión (por ejemplo decir “todas las personas de este pueblo son mentirosas, como el testigo pertenece a este pueblo, entonces ha faltado a la verdad”); sin embargo, podría ocurrir que el testigo esté diciendo la verdad realmente, por lo que si bien se han respetados los principios lógicos, conforme al silogismo, la sentencia yerra, porque no puede ese silogismo ser verdadero en sí mismo.

Couture define las máximas de experiencia como “normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”⁶⁹. En consecuencia, si se infringieren tales reglas, se producirán errores en el razonamiento que llevarían a una sentencia injusta.

En este link se puede encontrar ideas sobre razonamiento judicial del profesor Atienza:

[Sobre el razonamiento judicial: Manuel Atienza](#)

68 COUTURE (1956), p. 270.

69 COUTURE (1956), p. 272.

2.3.6.4 Requisitos de la fundamentación

Couture expresó que los fundamentos son el “conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial”⁷⁰. La fundamentación debe explicitarse y, como ejemplos de falta de fundamentación, caben mencionarse⁷¹:

- a. Motivación por remisión: el órgano revisor hace “suyas las razones expuestas en la resolución recurrida”.
- b. Motivaciones abstractas o dogmáticas: se hace referencia a conceptos jurídicos indeterminados como “interés superior”, sin dotarlos de contenido.
- c. Motivación incompleta: el o la juez no se pronuncia sobre todo lo pedido.
- d. Motivación sin fundamento jurídico: fundamentar no consiste en citar normas, sino en justificar su aplicación, la calificación jurídica de los hechos y la interpretación del derecho.
- e. Claridad de la fundamentación: esta debe ser comprensible para el destinatario.

70 COUTURE (1956), p. 280

71 CASTILLO et al. (2006), pp. 450-464.

3

Sistemas alternativos de resolución de conflictos

El conflicto es una “situación social, familiar, de pareja o personal que sitúa a las personas en contradicción y pugna por distintos intereses y motivos”⁷².

Para la resolución del conflicto pueden haber formas adversariales (por ejemplo, el proceso judicial) y métodos no adversariales (genéricamente, solución alternativa de conflictos).⁷³

Las características de las **soluciones alternativas** es que son voluntarias, implican la participación de un tercero, son autocompositivas, participativas, confidenciales, informales, flexibles y con énfasis en el futuro.⁷⁴

Se mencionan como ventajas y desventajas de este tipo de soluciones, las siguientes⁷⁵:

Ventajas	Desventajas
Rápidas y económicas	Acuerdos no equitativos
Transparencia	Acuerdos poco justos
Participación directa de las partes	Falta de retroalimentación con el sistema judicial
Facilita el diálogo	Las partes pueden considerar que sólo son espacios terapéuticos, o delegar en el mediador la decisión
Soluciones más adecuadas al conflicto	Inadecuada preparación de algunos mediadores y falta de supervisión técnica
Flexibilidad	
Restituye la comunicación y restablece la relación entre las partes	
Permite intervenir otros problemas de la familia	

El juez conoce en etapa de admisibilidad los avenimientos y transacciones celebrados directamente por las partes y los aprueba, si no son contrarios a derecho.

En el contexto del proceso, se pueden dar cuatro formas de soluciones alternativas: transacción, avenimiento, conciliación y mediación.

72 BONILLA et al. (1998).

73 Corporación de Asistencia Judicial RM (2003), pp. 25-26.

74 Corporación de Asistencia Judicial RM (2003), p. 27.

75 Corporación de Asistencia Judicial RM (2003), pp. 27-29.

La **transacción** está regulada en los artículos 2446 y siguientes del CC, que la define como “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”.

Respecto de familia, el Código dispone que:

- a. No se puede transigir sobre el estado civil de las personas (artículo 2450 CC).
- b. La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 334 y 335 (artículo 2451 CC).

Por último, es necesario tener presente que el artículo 2460 CC señala que la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a la ley.

El **avenimiento**, como explica Corral, “es también una forma de poner término a un juicio que ya se ha iniciado y se encuentra pendiente por un acuerdo de las partes. Se distingue de la conciliación en que no se hace ante el juez ni este tiene en él el papel de amigable componedor”⁷⁶.

3.1 Conciliación

La **conciliación** es “la actividad desplegada ante un tercero por las partes de un conflicto de intereses, dirigida a lograr una composición justa del mismo”. Está regulada en el Título II del Libro I del CPC, que ofrece algunas reglas sobre cómo proceder:

- a. Sólo son conciliables aquellas materias respecto de las cuales procede transacción.

- b. El o la juez puede, en cualquier estado de la causa y una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda, efectuar el llamado a conciliación. Obrará como *amigable componedor* y tratará de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio.
- c. Las opiniones que emita no lo(a) inhabilitan para seguir conociendo de la causa.
- d. A los comparendos de conciliación deberán concurrir las partes por sí o por apoderado.
- e. El juez podrá exigir la comparecencia personal de las partes, sin perjuicio de la asistencia de sus abogados.
- f. En los procesos en que hubiere pluralidad de partes, la audiencia se llevará a efecto aunque no asistan todas. La conciliación operará entre aquellas que la acuerden y continuará el juicio con las que no hubieren concurrido o no hubieren aceptado la conciliación.
- g. Si los interesados lo piden, la audiencia se suspenderá hasta por media hora para deliberar.
- h. Si el tribunal lo estima necesario postergará la audiencia para dentro de tercero día, salvo que las partes acuerden un plazo mayor, y se dejará de ello constancia. A la nueva audiencia, estas concurrirán sin nueva notificación.
- i. El o la juez, de oficio, ordenará agregar aquellos antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes.
- j. De la conciliación total o parcial se levantará acta, que consignará sólo las especificaciones del arreglo.
- k. El acta se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

La Ley N° 19.968 o LTF, a su turno, sólo contiene tres menciones a la conciliación:

- 1. Artículo 5 letra c), en virtud del cual el consejero técnico debe, a requerimiento del juez, aconsejar la conciliación entre las partes y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo.

2. Artículo 10, que establece que la conciliación que pudiere producirse en las audiencias orales deberá consignarse en extracto, manteniendo fielmente los términos del acuerdo que contengan.
3. Artículo 61 N° 5, según el cual el tribunal, en la audiencia preparatoria, procederá a promover la conciliación total o parcial, conforme a las bases que proponga a las partes.

Como dice González, “la facultad que tiene el conciliador de sugerir opciones para la solución del conflicto que se intenta resolver, es lo que diferencia al mecanismo de la conciliación del proceso de mediación, dado que el mediador acerca a las partes del conflicto, promoviendo el diálogo entre ellas y procurando que sean las partes, como protagonistas del proceso, quienes propongan y encuentren una solución conforme a sus intereses y necesidades sin que el mediador plantee sugerencias de solución”⁷⁷.

A su vez, el artículo 67 de la LMC establece una conciliación especial para indagar si se puede restablecer o no la vida en común de los cónyuges, previo al divorcio. “El conciliador debe proceder conforme a los principios de equidad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, simetría de poder, buena fe, veracidad, celeridad, economía y voluntariedad”⁷⁸.

Materias conciliables y no conciliables

Regla general: en materia de familia son conciliables todas las materias.

Excepción: no son conciliables aquellos asuntos que no puedan ser renunciados, transados o desistidos.

Ejemplos de materias no conciliables: el estado civil (divorcio, nulidad, acciones de filiación [art. 315 del CC], adopción); separación total de bienes; gravar o enajenar inmuebles de menores de edad; designación de guardador; privación, suspensión y rehabilitación de la patria potestad.

77 GONZÁLEZ (2019), p. 20.

78 GONZÁLEZ (2019), p. 20.

3.2 Mediación⁷⁹

Según el artículo 103 LTF, la **mediación** es un “sistema alternativo de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.

En este link se explica y demuestra el proceso:

Mediación familiar. Ministerio de Justicia y DDHH.

3.2.1 Principios rectores

El artículo 105 de la LTF señala los principios que rigen la mediación:

- a. **Igualdad:** El mediador debe verificar que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. De lo contrario, propondrá o adoptará las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declarará terminada la mediación.
- b. **Voluntariedad:** Los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Si alguno de los participantes, en cualquier momento, manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, esta se tendrá por terminada.
- c. **Confidencialidad:** El mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional. La violación de dicha reserva será sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal. Nada de lo dicho por cualquiera de los participantes durante el desarrollo de la mediación podrá invocarse en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de haberlo. Pero el mediador está exento del deber de confidencialidad cuando tome

conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o abuso en contra de NNA o discapacitados. En todo caso, deberá dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención.

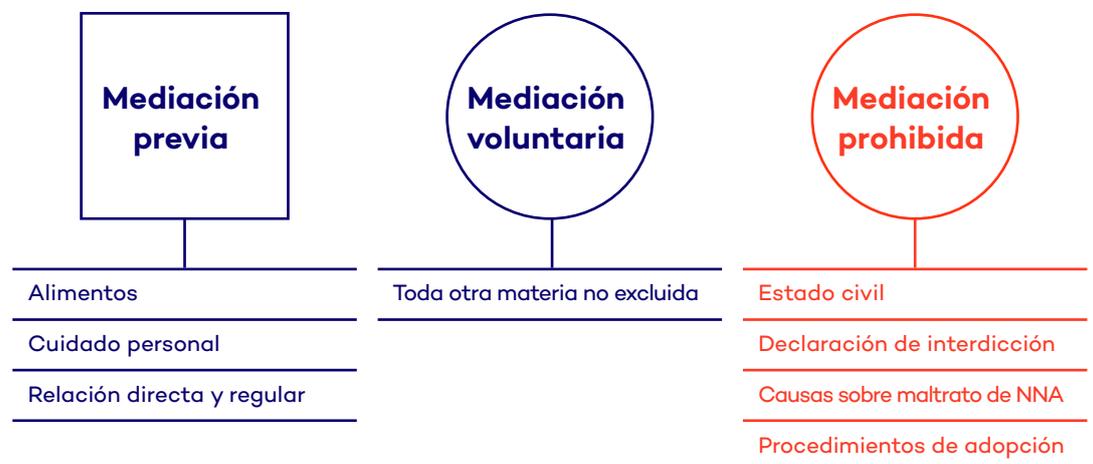
- d. **Imparcialidad:** Los mediadores serán imparciales en relación con los participantes, debiendo abstenerse de promover actuaciones que comprometan dicha condición. Si tal imparcialidad se viere afectada por cualquier causa, deberán rechazar el caso, justificándose ante el juzgado que corresponda. Los involucrados podrán también solicitar al juzgado la designación de un nuevo mediador, justificando que la imparcialidad del designado se encuentra comprometida.
- e. **Interés superior del NNA:** El mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del NNA, pudiendo citarlo sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación.
- f. **Opiniones de terceros:** El mediador velará para que se consideren las opiniones de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar.

3.2.2 Materias de mediación previa y obligatoria.

El caso especial de la violencia intrafamiliar.

Materias de mediación prohibida.

El artículo 106 LTF establece las materias de mediación previa, obligatoria y prohibida:



La mediación previa es aquella en que “se ordena la derivación obligatoria y previa a la interposición de la demanda, de todos aquellos asuntos relativos al derecho de alimentos, cuidado de los hijos y relación directa y regular”⁸⁰.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la mediación previa únicamente en causa rol N° 2042-2011⁸¹, indicando que “no puede sostenerse válidamente que la requirente haya visto obstaculizada la igualdad en el libre ejercicio de sus derechos(...) la requirente no queda impedida de acceder a los tribunales ordinarios para obtener la satisfacción de su pretensión”.

Si en el acta de mediación consta que el proceso de mediación previa resultó frustrado, el o la juez, en etapa de admisibilidad, dispondrá la continuación del procedimiento judicial, cuando corresponda.

En todo caso, al interponer la demanda se deberá acompañar certificado que acredite que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 106 LTF, quedando exentos de este deber si las partes llegaron a un acuerdo privado sobre las materias de mediación previa.

La mediación voluntaria es aquella en que las partes, libremente y sin la sugerencia de un juez ni la imposición de la ley, acuden a un(a) mediador(a) para intentar poner término a un conflicto familiar mediante un proceso de mediación, por ejemplo, para regular aspectos educativos en la crianza de los hijos e hijas, asuntos relacionados con la patria potestad (no la patria potestad misma), autorización para salir del país, compensación económica, declaración de bien(es) familiar(es), etcétera.

Respecto de la violencia intrafamiliar, la mediación sólo procede en la hipótesis del inciso final del artículo 106 de la LTF, esto es, en relación a la suspensión condicional de la sentencia del artículo 96 de la LTF, cuando el denunciado o demandado reconoce ante el tribunal los hechos sobre los que versa la demanda o denuncia y

80 AGUIRRÉZABAL (2013), p. 296.

81 Tribunal Constitucional, rol N° 2042-2011, de 10 de julio de 2012.

existen antecedentes que permiten presumir, fundadamente, que no ejecutará actos similares en lo sucesivo. El o la juez, con acuerdo de las partes, puede someter el asunto a mediación para:

- a. Que las partes establezcan y acepten obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia.
- b. Que las partes establezcan y acepten obligaciones específicas y determinadas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima.

En todo caso, el o la juez debe actuar asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad.

Por último, la mediación se prohíbe en aquellas materias relativas al estado civil (incluida la adopción) y las que se refieren al maltrato, por su importancia para la sociedad.

3.2.3 Procedimiento de derivación

Cuando se trate de materias de mediación previa, las partes de común acuerdo eligen de entre los mediadores contratados, y lo comunicarán al tribunal mediante una presentación que contenga la individualización de los involucrados y las materias incluidas.

A falta de acuerdo, o si las partes manifiestan su decisión de dejar entregada la designación al juez, este procederá a nombrar al mediador mediante un procedimiento objetivo y general, que garantice una distribución equitativa entre los contratados para prestar servicios en ese territorio jurisdiccional y un adecuado acceso a los solicitantes.

Además, el requirente puede recurrir, a su costa, a un mediador inscrito en el registro.

Estas actuaciones se pueden realizar ante cualquier tribunal de familia sin patrocinio de abogado.

Si se trata de materias de mediación voluntaria, el juez ordenará que, al presentarse la demanda, se informe al actor sobre esta alternativa, quien podrá aceptarla o rechazarla.

También puede hacerse hasta el quinto día anterior a la audiencia del juicio, pudiendo designar al mediador de común acuerdo o, a falta de este, escoge el juez.

La designación efectuada por el tribunal no será susceptible de recurso alguno, pero se pueden hacer valer causales de recusación, pudiendo revocarse la designación.

Todas estas cuestiones serán tramitadas en audiencia especial citada al efecto por el tribunal competente.

Una vez realizadas dichas actuaciones, se comunicará al mediador por la vía más expedita posible su designación, la individualización de las partes y las materias sobre las que versa el conflicto.

3.2.4 Desarrollo de la mediación

El mediador designado fijará una sesión inicial de mediación, a la que citará, conjunta o separadamente, a los adultos involucrados en el conflicto, quienes deberán concurrir personalmente, sin perjuicio de la comparecencia de sus abogados.

En la primera sesión se informará la naturaleza y objetivos de la mediación, los principios que la informan y el valor jurídico de los acuerdos a que puedan llegar.

El proceso no podrá durar más de sesenta días, contados desde la comunicación de la designación por el tribunal de familia respectivo. Las partes, de común acuerdo, pueden prorrogarla hasta por sesenta días más.

Se pueden celebrar todas las sesiones que el mediador y las partes estimen necesarias, en las fechas que de común acuerdo se determinen.

3.2.5 Formas de término de la mediación. Efectos.

Si se llega a acuerdo, se levanta un acta firmada por las partes y el mediador, quedando una copia en poder de cada una de las partes. El acta será remitida al tribunal para su aprobación en todo aquello

que no fuere contrario a derecho. El o la juez puede subsanar los defectos formales que tenga, respetando la voluntad de las partes. Con su aprobación, tendrá valor de sentencia ejecutoriada.

Si la mediación se frustra, se deja constancia del término de ella en un acta que, en lo posible, será firmada por los participantes y se entrega copia a quien lo solicite. También se remite al tribunal correspondiente, cesando la suspensión del procedimiento o, en su caso, quedando el demandante habilitado para iniciarlo.

La mediación se frustra:

- a. Si alguno de los participantes, citado dos veces, no concurriere a la sesión inicial, ni justificare causa;
- b. Si alguno de los participantes, habiendo concurrido a las sesiones, manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación, y
- c. En general, en cualquier momento en que el mediador adquiera la convicción de que no se alcanzará acuerdo.

3.2.6 Actas de mediación

Como se dijo, si se llega a acuerdo se debe levantar acta, la que deberá cumplir ciertos requisitos particulares, dependiendo de la materia de que se trata:

- a. **Alimentos (artículos 11 LPA, 334, 335 y 2451 CC)**
 1. Fecha de pago de la pensión.
 2. Lugar de pago de la pensión.
 3. El monto acordado no inferior al 40% o 30% IMMR (artículo 3 de la LPA).
 4. No se venda, ceda, renuncie o transmita por causa de muerte el derecho a pedirlos.
 5. No se compense lo que el alimentante debe al representante del alimentario (madre).

- b. Acuerdo de relación directa y regular (artículos 229 CC y 9 de la CDN)**
 1. Regla general: las visitas proceden siempre con el padre.
 2. Se establecen con la frecuencia y libertad que acuerden las partes.
 3. No proceden si manifiestamente perjudican el bienestar del hijo (requiere resolución fundada).
 4. No proceden ni con padre ni con madre si es contrario al interés superior del NNA.

- c. Acuerdo en divorcio (artículos 106 LTF, 21, 55 y 67 LMC)**
 1. No procede sobre el estado civil mismo (divorcio o nulidad).
 2. Las causas de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio, deben someterse obligatoriamente a mediación.
 3. Pueden someterse a mediación las otras materias del artículo 67 de la LMC: alimentos mayores, patria potestad, liquidación de los bienes y compensación económica.
 4. Los acuerdos deben respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables.
 5. El juez debe verificar que el acuerdo sea “suficiente” y lo es si:
 - resguarda el interés superior de los hijos
 - procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura, y
 - establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.

Tanto el acta como sus modificaciones deben contar con la voluntad y firma de ambas partes. En causa rol N° 12.559-2011 de la Corte

Suprema⁸² se relata un caso en que se modificó el monto de una pensión de alimentos sin la concurrencia de la representante del alimentario, acogiéndose el recurso de protección interpuesto por vulnerar su derecho a la propiedad.

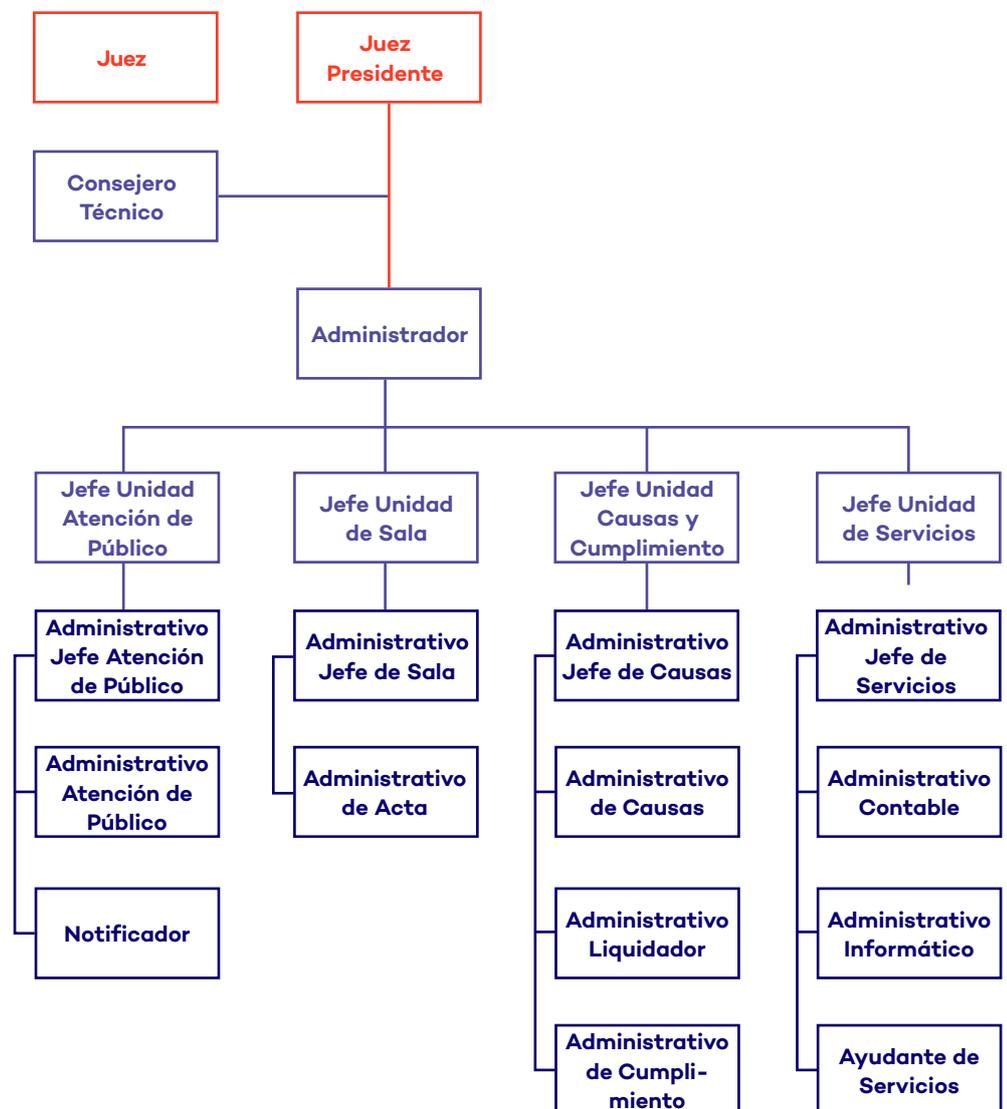
82 CS rol N° 12.559-2011, de 9 de abril de 2012.

4

Organización y administración de los tribunales de familia

Son juzgados de composición múltiple, unipersonales en su funcionamiento. Nunca actúan como colegiados, sino que cada uno de los jueces detenta la plenitud jurisdiccional en forma independiente.

Están compuestos por un número variable de jueces, que se determinó de acuerdo a la carga de trabajo que se estimó para cada jurisdicción. En el siguiente cuadro se observa la estructura de un tribunal de tamaño mayor:



4.1 Jueces

Se regulan por la Ley N° 19.968 (LTF) y, en lo no resuelto por esta, quedan sujetos a las disposiciones del COT y leyes complementarias.

Se aplican, en cuanto resulten compatibles, las normas del COT para los juzgados de garantía y tribunales orales en lo penal sobre:

- Comité de jueces,
- Juez(a) presidente
- Administradores de tribunales
- Organización administrativa.

A la subrogación de los jueces, se aplican las normas de los juzgados de garantía.

Además, hay que tener presente lo señalado por la Corte Suprema en el Acta 71-2016, que revocó las actas 91-2007 y 98-2009, entre otras, y que establecían el marco administrativo anterior. El Tribunal Constitucional, en causa rol N° 2961-16⁸⁴, aclaró que las actas tienen naturaleza jurídica de auto acordado.

4.2 Comité de jueces⁸⁵

El nivel superior de decisión está a cargo de un comité de jueces, integrado por un número variable de 3 a 5 jueces y presidido por el o la juez presidente, a quien se le asignan funciones específicas de decisión y coordinación.

84 Tribunal Constitucional, rol N° 2961-16, de 18 de abril de 2017.

85 Artículo 23 COT.

El comité tiene funciones electivas, disciplinarias, decisorias y financieras. No tiene facultades jurisdiccionales. Es función del comité aprobar anualmente el procedimiento objetivo y general de distribución de causas entre los jueces y de las salas.

A la Corte de Apelaciones corresponde, cuando en su jurisdicción exista más de un juzgado de familia, determinar anualmente las normas que regirán para la distribución de las causas entre los juzgados.

El Acta 71-2016 no contiene normas sobre el comité de jueces y parece restarle importancia a su función, dado que en su artículo 9 señala: “El juez presidente o administrador, según corresponda, son los órganos responsables de la gestión y del resultado operativo del tribunal, debiendo dar estricto cumplimiento a las obligaciones establecidas en virtud del principio de responsabilidad, especialmente en la confección y aprobación oportuna del Plan Anual de Trabajo”.

4.3 Juez o jueza presidente⁸⁶

Le corresponderá velar por el adecuado funcionamiento del tribunal con los siguientes deberes y atribuciones:

- a. Presidir el comité de jueces.
- b. Relacionarse con la CAPJ en todas las materias relativas a la competencia de esta.
- c. Proponer al comité de jueces el procedimiento objetivo y general a que se refieren los artículos 15 y 17 del COT.
- d. Elaborar anualmente la cuenta de la gestión jurisdiccional del juzgado.
- e. Aprobar los criterios de gestión administrativa que le proponga el administrador del tribunal y supervisar su ejecución.

86 Artículo 24 COT.

- f. Aprobar la distribución del personal que le presente el administrador del tribunal.
- g. Calificar al personal, teniendo a la vista la evaluación que le presente el administrador del tribunal.
- h. Presentar al comité de jueces una terna para la designación del administrador del tribunal.
- i. Proponer la remoción del administrador del tribunal al comité de jueces.

En los juzgados de un sólo juez, tendrá las atribuciones de juez o jueza presidente, con excepción de las contempladas en las letras a) y c) Las atribuciones de las letras h) e i) las ejercerá el o la juez ante el presidente de la Corte de Apelaciones respectiva.

En los juzgados conformados por dos jueces, las atribuciones del juez o jueza presidente, con las mismas excepciones señaladas en el inciso anterior, se radicarán anualmente en uno de ellos, empezando por el más antiguo.

Según el Acta 71-2016, las funciones del juez o jueza presidente son:

1. Aprobar el Plan Anual de Trabajo que le presente el administrador en los plazos fijados en este auto acordado.
2. Revisar y evaluar con la periodicidad definida en el Plan el resultado operativo y de gestión del tribunal.
3. Resolver con prontitud las propuestas del administrador para subsanar las deficiencias que se observen.
4. Citar al comité de jueces en aquellas ocasiones en que sea necesario que resolver cuestiones propias de la competencia del comité.
5. Responder del cumplimiento de las metas de gestión anual, en conjunto con el administrador del tribunal.
6. Presentar oportunamente al comité de jueces la propuesta del procedimiento objetivo y general de distribución de causas.

7. Resolver conflictos entre los jueces sobre la aplicación del procedimiento objetivo y general de distribución de causas y la aplicación del Plan Anual de Trabajo.
8. Desempeñar las demás funciones legales y administrativas que le correspondan.

El o la juez presidente podrá proponer al comité de jueces, a través del procedimiento objetivo y general de distribución de causas, una disminución de su carga de trabajo jurisdiccional, en la medida necesaria para ejercer adecuadamente sus labores y sin que ello altere el funcionamiento normal del tribunal.

El o la juez presidente del comité de jueces será elegido de entre sus miembros por un periodo de dos años, pudiendo ser reelegido por un nuevo periodo.

El o la juez presidente de los juzgados con competencia común con dos jueces desempeñará la presidencia por un año, comenzando por el más antiguo de la categoría.

4.4 Consejo técnico⁸⁷

Los consejeros técnicos son auxiliares de la administración de justicia cuya función es asesorar individual o colectivamente a los jueces de familia conforme al artículo 457 del COT, con las atribuciones señaladas en el artículo 5 de la LTF y en el Acta 93-2005⁸⁸.

4.4.1 Composición

En cada juzgado de familia habrá un consejo técnico interdisciplinario integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia. El consejo técnico se compone de profesionales que deben⁸⁹:

87 Artículo 6 LTF.

88 Artículo 81 Acta 71-2016.

89 Artículo 7 LTF.

- a. Poseer título profesional de una carrera que tenga al menos 8 semestres de duración, otorgado por alguna universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por este.
- b. Acreditar experiencia profesional idónea y formación especializada, en materias de familia o de infancia, de a lo menos dos semestres de duración, impartida por alguna universidad o instituto de reconocido prestigio que desarrollen docencia, capacitación o investigación en dichas materias.

4.4.2 Roles

Según la LTF, su función primordial es asesorar individual o colectivamente a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad. En particular, tendrán las siguientes atribuciones:

- a. Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el fin de emitir las opiniones técnicas que les sean solicitadas (artículo 63 N° 4, 64 –ordinario– y 73 –proteccional–);
- b. Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del NNA;
- c. Evaluar, a requerimiento del o de la juez, la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo;
- d. Asesorar al juez, a su requerimiento, en la evaluación del riesgo a que se refiere el artículo 7 de la LVIF, y
- e. Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.

El artículo 4 letra b) del Acta 93-2005 de la Corte Suprema estableció que la audiencia preparatoria sobre la aplicación de medidas de protección debe contar siempre con la asistencia de un miembro del consejo técnico. El Acta 71-2016 detalló en qué casos debe actuar y cómo:

1. Practicar personalmente la primera atención, en el caso de demandas orales por violencia intrafamiliar o medidas de protección, por requerirse asesoría psicosocial especializada y para evitar la

victimización secundaria, debiendo dejar constancia de ella. El administrador, en conjunto con el comité, debe establecer un sistema de turnos que garantice su cumplimiento y la adecuada carga de trabajo.

2. Asistencia a salas o a audiencias específicas conforme a la tipología definida por el comité de jueces. Este último deberá determinar las audiencias a las que:
 - necesariamente deberán asistir
 - eventualmente deban hacerlo
 - no asistirán, salvo que el o la juez expresa, oportuna y particularmente solicite su presencia, dejando constancia de ello.

Igualmente, el comité deberá establecer plazos y formas para el cumplimiento de las resoluciones de despacho en las que se decreta su intervención.

3. Realizar revisión anticipada de la agenda. Esta revisión:
 - se realizará en los plazos que determine el Plan Anual de Trabajo
 - se llevará en planillas electrónicas disponibles para todos los miembros del consejo técnico, que se hará extensivo a jueces y funcionarios, para que cualquiera sea el consejero que asista al juez o la jueza en la audiencia tenga conocimiento sobre el estado de la causa.
 - se debe realizar respecto de las causas de violencia intrafamiliar, adopción, protección, infracción y cumplimiento de causas de protección
 - contemplará las entrevistas con los intervinientes
 - incluirá la mantención actualizada del catastro de NNA ingresados en centros residenciales
 - así también la mantención del catastro de la red social de apoyo actualizado

- y el registro de visitas efectuadas por el juez según el artículo 78 de la LTF

El consejero debe firmar sus actuaciones mediante firma electrónica⁹⁰. La participación de los consejeros técnicos en las audiencias debe ser oral y pública y su opinión deberá quedar registrada en el audio correspondiente. Las actuaciones fuera de audiencia deben reducirse a un informe o certificación. Las evaluaciones, informes y opiniones deben hacerse con rigor metodológico, científico y técnico.

4.4.2.1 Actuaciones con asistencia obligatoria y optativa

Existen actuaciones en que el consejero debe asistir necesariamente y otras en que el o la juez decide si asistirá o no.

Asistencia obligatoria

- Artículo 76 LTF: en el cumplimiento de la obligación de informar sobre la ejecución de las medidas, el o la juez se asesorará por uno o más consejeros técnicos en su ponderación.
- Artículo 96 LTF: en la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, el o la juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, pudiendo derivar a mediación. Para todos estos efectos, el o la juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que “las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad”.
- Artículo 100 LTF: respecto del término del proceso por violencia intrafamiliar, si el proceso se hubiere iniciado por demanda o denuncia de un tercero, el o la juez de familia, durante la audiencia preparatoria y previo informe del consejo técnico, podrá poner término al proceso a requerimiento de la víctima si su voluntad fuere manifestada en forma libre y espontánea.
- Artículo 5 letra b) de la LTF: asesorar al juez(a) para la adecuada comparecencia y declaración del NNA.

- Artículo 4 letra b) del Acta 93-2005: la audiencia preparatoria sobre la aplicación de medidas de protección (...) deberá contar siempre con la asistencia de un miembro del consejo técnico.

Asistencia opcional

- Artículo 63 LTF: a las audiencias preparatorias
- Artículo 64 LTF: opinar sobre la prueba rendida
- Artículo 73 LTF: asesorar al juez sobre las objeciones a la prueba pericial en juicio proteccional
- Artículo 5 LTF): asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas
- Artículo 5 LTF: evaluar la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo
- Artículo 5 LTF: asesorar al juez en la evaluación del riesgo a que se refiere el artículo 7 de la LVIF
- Artículo 5 LTF: asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.

4.4.3 Interacción con el tribunal

Los profesionales del consejo técnico dependerán administrativamente del administrador del tribunal, quien deberá establecer respecto de ellos procedimientos de trabajo, distribución y asignaciones de carga u otros aspectos necesarios para el buen servicio y normal funcionamiento del tribunal.⁹¹

En los juzgados con tres o más consejeros técnicos, uno de ellos ejercerá funciones de coordinación del trabajo de estos para el cumplimiento de sus tareas.

91 Artículo 81 Acta 71-2016.

Su forma de elección y el plazo de duración de esta función estará contenida en el Plan Anual de Trabajo.

Para la elaboración del Plan Anual de Trabajo y en lo que respecta a sus funciones, el consejo técnico será oído a través de su coordinador.⁹²

4.5 Administrador⁹³

Es un funcionario auxiliar de la administración de justicia, encargado de organizar y controlar la gestión administrativa de los juzgados de familia.

En cada tribunal de familia existe un administrador y para optar al cargo se requiere poseer un título profesional relacionado con las áreas de administración y gestión, en una carrera de ocho semestres de duración a lo menos, y otorgado por una universidad o por un instituto profesional. En comuna se puede admitir persona con una carrera de menor duración.

La remoción del administrador del tribunal podrá ser solicitada por el o la juez presidente y será resuelta por el comité de jueces. Esta decisión es apelable ante el presidente de la Corte de Apelaciones respectiva, dentro de los dos días siguientes.

El administrador ejerce las siguientes funciones:

- dirigir las labores administrativas propias del funcionamiento del tribunal, bajo la supervisión del o la juez presidente del comité.
- proponer la designación de los empleados del tribunal al comité de jueces.
- proponer al juez presidente la distribución del personal.

92 Artículo 82 Acta 71-2016.

93 Artículo 389 A-G COT.

- evaluar al personal a su cargo.
- distribuir las causas a los jueces conforme al procedimiento objetivo y general.
- remover al personal de empleados.
- llevar la contabilidad y administrar la cuenta corriente del tribunal.
- dar cuenta acerca de la gestión administrativa del tribunal al juez presidente.
- elaborar el presupuesto anual, que deberá ser presentado al juez presidente a más tardar en el mes de mayo del año anterior al ejercicio correspondiente.
- adquirir y abastecer de material de trabajo al tribunal, de acuerdo al presupuesto respectivo.
- ejercer las demás funciones que le sean asignadas por el comité de jueces o el juez presidente, o que determinen las leyes.

El Acta 71-2016 añade:

- elaborar un informe de gestión del funcionamiento del tribunal, en el cual se presenten los indicadores aprobados en el Plan Anual de Trabajo.
- presentar al juez presidente la propuesta del Plan Anual de Trabajo a más tardar el 15 de noviembre de cada año para su análisis, consulta, evaluación y posterior aprobación.
- fiscalizar el funcionamiento de las unidades operativas del tribunal, ejerciendo las acciones correctivas necesarias para el cumplimiento del Plan Anual de Trabajo y de las instrucciones existentes.
- adoptar las medidas necesarias para detectar y evitar la reiteración de errores en la tramitación.
- notificar las decisiones administrativas a los funcionarios del tribunal, explicando las normas de gestión que sean adoptadas por el juez presidente y el propio administrador.

- coordinarse adecuada y oportunamente con la corporación zonal respectiva de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Para la elaboración del informe de gestión, la Corporación Administrativa del Poder Judicial proporcionará los datos necesarios u otorgará los privilegios para su obtención desde el sistema informático. El administrador deberá propender a la estandarización de procesos de trabajo y a la polifuncionalidad en el desempeño funcionario. Se deben establecer procedimientos internos únicos, claros y uniformes respecto de materias determinadas.

El administrador debe elaborar un manual de procedimientos administrativos que contendrá:

- los instrumentos de gestión
- los procesos de trabajo
- la distribución de la carga funcionaria y
- las obligaciones administrativas específicas de jueces, jefes de unidad, funcionarios y consejeros técnicos, cuando corresponda.

El administrador será responsable de:

- los procesos de revisión y control periódicos de los resultados de cada sala
- el horario de inicio de las audiencias
- la supervisión del uso correcto de las nomenclaturas
- el índice de término en audiencia preparatoria
- la aplicación de causales de suspensión, no realización y reprogramación de audiencias
- el uso de plantillas aprobadas
- el tiempo de duración de las audiencias
- el adecuado registro del audio y

- que las actas se encuentren debidamente ingresadas y firmadas en el sistema.

La revisión será supervisada por el juez o la jueza presidente, quien la pondrá en conocimiento de los demás jueces del tribunal con la periodicidad definida en el Plan Anual de Trabajo. El resumen de la revisión será parte del informe de gestión que se remite al ministro visitador, que puede ordenar la corrección de las anomalías o inconsistencias que advierta.

4.5.1 Unidades administrativas⁹⁴

El o la juez presidente, a proposición del administrador, debe aprobar la distribución del personal y la asignación de sus funciones, asegurando el debido funcionamiento del tribunal.

El o la juez presidente, junto con el administrador, deberán fijar la dotación mínima que ha de prestar servicios en cada una de las unidades funcionales del tribunal, de manera de asegurar su normal desempeño.

La dotación mínima fijada vinculará al administrador para efectos de la autorización de permisos y feriados, así como para la reasignación en caso de insuficiencia en alguna unidad provocada por circunstancias imprevistas.

Todos los puestos de trabajo deberán contar con un funcionario que tenga los conocimientos suficientes para garantizar la continuidad del servicio mediante la realización eficiente de las labores correspondientes.

Será responsabilidad del administrador incorporar en el Plan Anual de Trabajo una programación orientada a que cada funcionario esté capacitado para desarrollar más de una actividad o desenvolverse en más de un puesto de trabajo

Los miembros del escalafón de empleados, así como también los jefes de unidad del respectivo tribunal, dependerán administrativa y funcionalmente del administrador.

Los integrantes del consejo técnico dependerán funcionalmente del juez presidente, según corresponda, y administrativamente del administrador.

4.5.2 Sala

Es la unidad encargada de la organización y asistencia a la realización de las audiencias. Gestiona la agenda, prepara y organiza las audiencias mismas y ejecuta las órdenes del juez que dependen del tribunal, por ejemplo oficiar, notificar, certificar, etcétera.

4.5.3 Atención de público y mediación

Es aquella destinada a:

- otorgar una adecuada atención, orientación e información al público que concurra al juzgado, especialmente a NNA
- manejar la correspondencia del tribunal y
- ejecutar las acciones de información y derivación a mediación.

4.5.4 Servicio

Sus funciones son:

- el soporte técnico de la red computacional
- llevar la contabilidad
- apoyar la actividad administrativa
- la coordinación y el abastecimiento de todas las necesidades físicas y materiales para la realización de las audiencias.

4.5.5 Administración de causas

Esta unidad se ocupa de:

- manejo de causas
- registro de los procesos en el juzgado, incluidas las notificaciones

- manejo de las fechas y salas para las audiencias
- archivo judicial básico
- ingreso y número de rol de las causas nuevas
- actualización diaria de la base de datos de causas del juzgado, y de las estadísticas básicas.

4.5.5.1 Cumplimiento

Esta sección desarrolla las gestiones para la ejecución de las resoluciones judiciales, particularmente de aquellas que requieren de cumplimiento sostenido en el tiempo.

No se contempló en el diseño original de los tribunales de familia, que dejó de lado el cumplimiento de las resoluciones en general, pero fue introducida por la Ley N° 20.286 de 2008, reconociéndose en el mensaje que los procedimientos de familia “se caracterizan por requerir de un cumplimiento sostenido en el tiempo, que se agrega a la estructura actual, conformada por cuatro unidades administrativas: sala, atención de público, administración de causas, y servicios”⁹⁵.

5

Procedimiento ordinario

Este procedimiento está establecido en el Párrafo IV de la LTF, denominado “Del procedimiento ordinario ante los juzgados de familia” y es aplicable a todos los asuntos contenciosos que no tengan previsto un procedimiento distinto en esta ley u otras leyes de familia. En este último caso, es de aplicación supletoria de la norma especial.

5.1 Etapa de recepción y control de admisibilidad de la demanda

Primeramente, se debe señalar que cualquier procedimiento de familia puede iniciarse mediante la interposición de una demanda, denuncia o requerimiento. El juzgado no puede iniciar el conocimiento de algún asunto civil de familia si no es mediante el ejercicio de una acción, incluso en los casos en que el o la juez de familia puede actuar de oficio, ya que se traducirá a lo menos en una resolución que determinará la activación de este procedimiento, como sucede por ejemplo en el proceso de susceptibilidad de adopción.

5.1.1 Control de admisibilidad

El artículo 54-1 de la LTF establece el examen de admisibilidad que deberá efectuar uno(a) o más jueces del tribunal, analizando si la demanda, denuncia o requerimiento cumple con los requisitos del artículo 57 de esta misma ley, que se remite al ya antes citado artículo 254 del CPC.

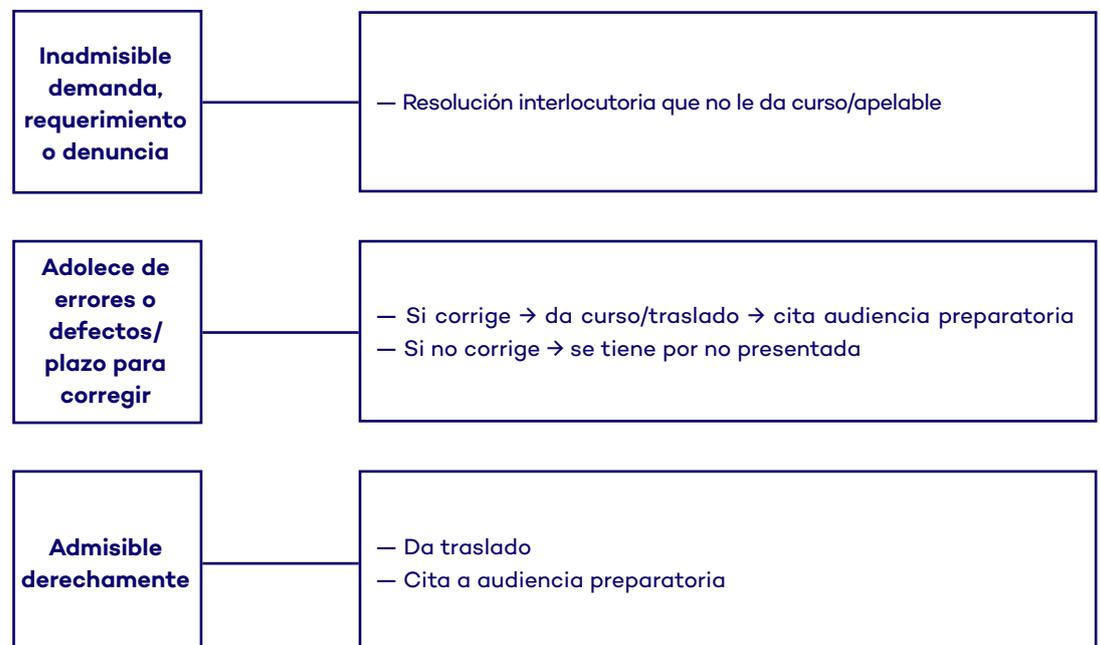
Las metas de gestión y el sistema de calificaciones pueden llevar a desarrollar una “prisa de gestión” que puede perjudicar los derechos de los justiciables, razón por la cual se debe equilibrar la necesidad de un plazo razonable con el ejercicio de derechos y garantías.

5.1.2 Facultades del juez en la etapa de recepción

Iniciado el procedimiento por demanda oral o escrita, requerimiento o denuncia, el tribunal en esta etapa tiene tres alternativas posibles:

- a. Estima inadmisibile la demanda por ser manifiestamente improcedente y así lo declarará en una sentencia interlocutoria, que es apelable, conforme a las reglas generales.
- b. Estima que contiene errores o defectos por no cumplir con los requisitos del artículo 57 de la LTF, entonces los manda a subsanar dentro de cierto plazo, bajo sanción de que si no se hiciera en ese plazo se la tendrá por no presentada. Si se subsanan, le dará curso y citará a audiencia preparatoria.
- c. Si la demanda se estima admisible desde el inicio, dará curso confiriendo traslado a la parte demandada y citará a audiencia preparatoria.

Finalmente, aunque la demanda reúna los requisitos de forma y fondo, si el tribunal, conforme a las reglas aplicables, advierte su incompetencia, deberá así declararlo sin necesidad de esperar a que la parte contraria la alegue. Esto, sin perjuicio de que si el tribunal no hubiere declarado su incompetencia desde el inicio, puede hacerlo una vez alegada por la parte demandada.



En esta norma se puede encontrar lo que la doctrina denomina el control formal de la demanda, que es similar a lo establecido en el CPC, pero también se encuentra un **control material o de fondo**

al referirse a la manifiesta falta de fundamentos, en el que se realiza un control sobre el interés material invocado por el actor como objeto de protección, así como un control sobre la **fundabilidad de la pretensión**, esto es, sobre la idoneidad de los hechos contenidos en la pretensión para formar, en abstracto, un juicio de acogimiento o prosperidad de la demanda.

Aquí el problema es mayor y dice relación con el encuadre de los hechos a la calificación jurídica que el actor pide en su demanda, así como con el principio *iura novit curia* (el o la juez conoce el derecho).

Finalmente, existe un control sobre la **legitimación activa y pasiva**, por ejemplo, la demanda de ofrecimiento de alimentos o la demanda de visitas de quien tiene el cuidado personal de un NNA, todos los problemas donde se demanda a unos, debiendo demandarse a otros, hermanos, abuelos en materia de alimentos, por ejemplo.

5.1.3 Ámbito de aplicación del procedimiento ordinario

Se verá a continuación que este procedimiento ordinario, conjuntamente con los párrafos segundo y tercero del Título III, esto es desde los artículos 17 a 54-2 de la LTF, se aplican a todos los asuntos que sean de conocimiento de los juzgados de familia. En particular, el artículo 55 LTF refiere que se aplica supletoriamente a todos los asuntos contenciosos que no tengan previsto un procedimiento distinto en esta ley u otras leyes de familia.

De esta manera, por ejemplo, en todo lo relativo a las reglas sobre los medios de prueba, las notificaciones, los recursos, las audiencias, si no estuvieren modificadas por el procedimiento especial, se aplicarán las reglas del procedimiento ordinario.

5.1.4 Requisitos de admisibilidad de la demanda

La demanda contiene las pretensiones de la parte demandante y sus peticiones concretas, por lo que debe ser presentadas por escrito al tribunal, con excepción de aquellas que, por resolución fundada, el tribunal podría autorizar a efectuar de forma oral conforme a la norma del artículo 56 de la LTF, como el caso en que en alguna comuna no exista número suficiente de abogados y se autorice a presentarla sin patrocinio de abogado y de manera personal por el actor.

Si se autoriza que la demanda se presente oralmente, un funcionario del tribunal deberá tomar una declaración al demandante, de la cual se levantará un acta que será suscrita por quien la presenta. Normalmente, se cuenta en los tribunales con formularios estándar para ser completados por la parte que concurre a efectuar esta demanda oral.

El acta de demanda oral debe contener, al igual que la escrita, el lugar y fecha, la individualización de la persona demandante, la exposición de los hechos y fundamentos de derecho de la acción, las peticiones claras y la individualización de la persona contra quien se presenta, si se sabe. Debe ser firmada por la parte demandante.

Todas estas acciones deben cumplir con los requisitos básicos de individualización de las partes, en la medida que se conocen, de relato de hechos y peticiones que se someten al conocimiento del tribunal y además, conforme al artículo 57 de la LTF, debe satisfacer los requisitos que establece el artículo 254 del CPC, esto es:

- 1°. La designación del tribunal ante quien se presenta;
- 2°. Nombre, domicilio, profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representen, y naturaleza de la representación;
- 3°. Nombre, domicilio, profesión u oficio de la persona demandada;
- 4°. Exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya;
- 5°. Enunciación precisa y clara, de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.

Es necesario aclarar que sólo se inician a través de una denuncia ante las policías los procedimientos de violencia intrafamiliar, de aplicación de medidas de protección por vulneración de derechos, y las causas por infracción legal de los adolescentes, o también mediante un requerimiento (solicitud de alguna institución pública o privada) en los dos primeros casos. A dichas materias no les es exigible estos requisitos del artículo 254 del CPC.

Con la demanda se pueden acompañar los documentos que digan relación con ella, cuando la naturaleza y oportunidad de las peticiones así lo requieran, por ejemplo, en una causa de alimentos los certificados respectivos, para poder resolver los alimentos provisorios.

En aquellas materias que se requiera de mediación previa (obligatoria) como requisito de admisibilidad de la demanda, se debe acompañar el certificado de mediación frustrada.

La resolución que provee la demanda, si la admite a tramitación, debe dar traslado a la contraria y fijar fecha para la audiencia preparatoria, la que deberá realizarse en el más breve plazo posible. Se debe advertir que la audiencia se realizará con los que asistan, bajo apercibimiento de que si no concurren se tendrán por notificados de todo lo obrado en la audiencia, sin nueva notificación, conforme a la norma del artículo 59 de la LTF.

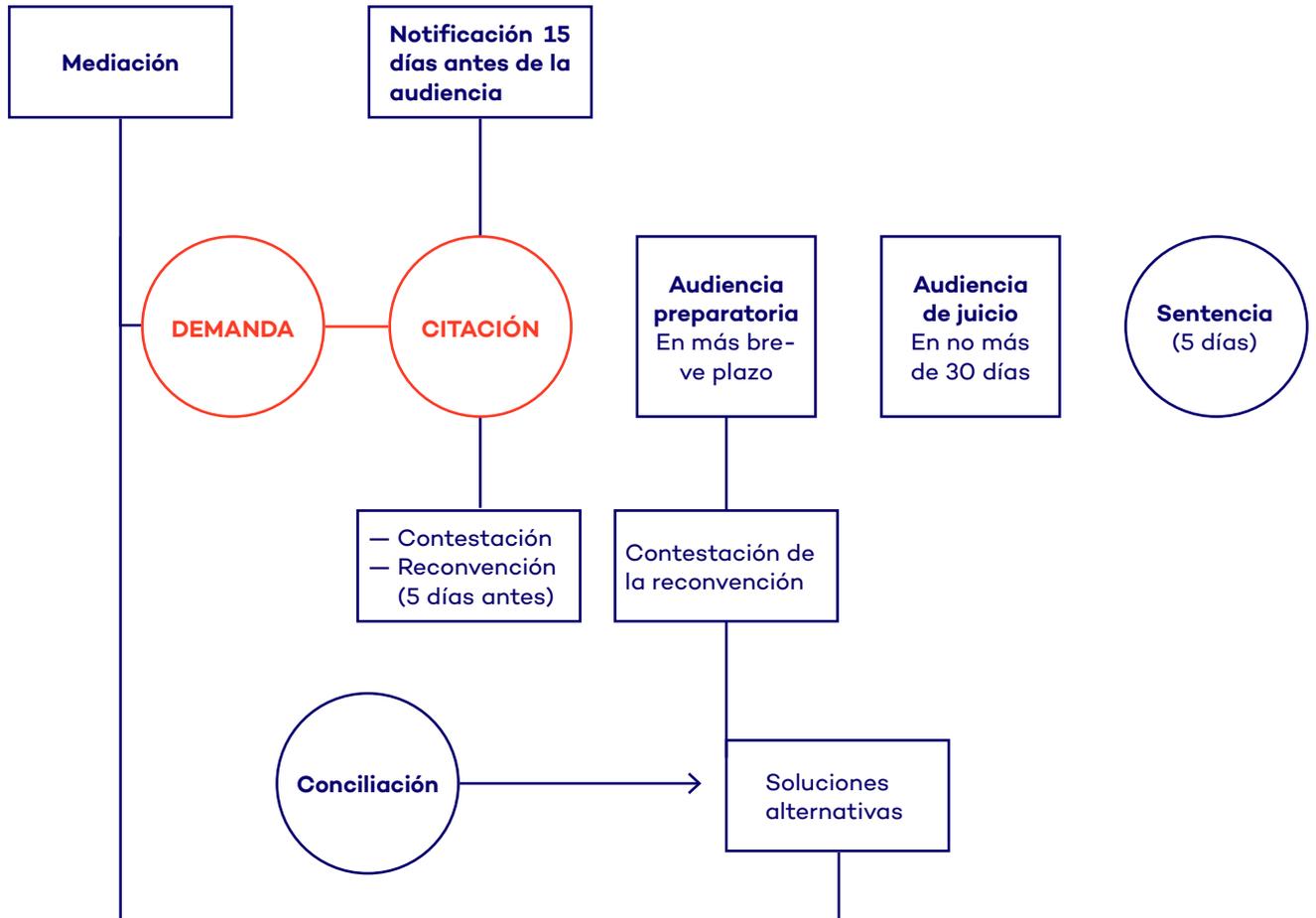
En cuanto a la contestación y a la demanda reconvenional, el artículo 58 de la LTF establece que el demandado debe realizarla por escrito, si desea reconvenir, conjuntamente con la contestación de la demanda y a más tardar con cinco días de antelación a la audiencia preparatoria. La reconvenión debe cumplir con los mismos requisitos de la demanda.

Oralmente, se aceptará la contestación sólo por resolución fundada, en casos calificados (contestación y reconvenión), de lo que se levantará acta de inmediato, asegurando que se cumpla dentro de plazo legal y llegue a conocimiento de la contraria, en consecuencia, hasta cinco días antes de la audiencia preparatoria.

De la demanda reconvenional se dará traslado al actor y este podrá contestarla oralmente en la audiencia o por escrito, fuera de la audiencia.

5.2 Esquema del procedimiento

El proceso se puede sistematizar de la siguiente manera:



5.3 Comparecencia a las audiencias

Las partes, demandante y demandada, deben comparecer personalmente, con patrocinio de abogado habilitado y representadas por persona legalmente habilitada para actuar en juicio, tanto a la audiencia preparatoria como a la audiencia de juicio, según lo dispone el artículo 60 de la LTF.

Todo ello, salvo que el o la juez los exceptúe expresamente, por motivos fundados, en resolución que debe dictar de inmediato. Normalmente se alegan motivos laborales o de salud, que se analizan caso a caso.

En el evento de que la parte demandada tenga domicilio en un territorio distinto del juzgado donde se sigue el juicio, puede contestar y demandar reconvenzionalmente ante el juzgado de familia de su jurisdicción y podrá designar un representante para que comparezca a su nombre en la audiencia preparatoria.

A veces sucede que comparece una parte con abogado y la otra no: se ha estimado que, por garantía del debido proceso, debería suspenderse la audiencia y proceder a designarle un abogado a la parte que no lo tenga y fijar de inmediato la nueva fecha de audiencia.

En cuanto a la obligación de comparecencia personal, en los divorcios de común acuerdo se permite derechamente la comparecencia representada y no es necesario comparecer personalmente, según lo dispone el artículo 68 de la LMC, en que pueden sus apoderados representarlos en la audiencia.

5.4 Audiencia preparatoria del juicio

Esta es la audiencia preliminar del juicio posterior, en que se analizan las pretensiones de las partes, se resuelven las excepciones de mero trámite, se efectuará el llamado a conciliación en las materias en que proceda y, si no hubiere acuerdo, se citará a audiencia de juicio.

5.4.1 Constitución del tribunal en la audiencia preparatoria

Llegado el día de la audiencia preparatoria citada, esta se iniciará con la presencia esencial del juez que la dirigirá. Eventualmente podrá llamarse a un miembro del consejo técnico, para que preste asesoría

directa en la audiencia, especialmente en aquellas causas sobre aplicación de medidas de protección a NNA, en las causas sobre violencia intrafamiliar, en los procedimientos de la ley de adopción, entre otras.

Se verificará la presencia de una o ambas partes y si se han cumplido con las notificaciones decretadas, de manera legal, se dará inicio a la audiencia con los que se encuentren presentes.

5.4.2 Objetivo

Esta audiencia tiene por objetivo despejar la controversia, resolviendo las excepciones que corrijan el procedimiento o que sean de resolución inmediata, por constar con los antecedentes en la misma; promover la posibilidad de avenimiento entre las partes, con el llamado a conciliación, en aquellas materias en que la ley lo permite; evitar la prueba no necesaria, aclarando aquella que se acepta para la audiencia de juicio, y, eventualmente, desarrollar el juicio de inmediato, si las partes están de acuerdo y son materias de baja complejidad.

5.4.3 Desarrollo de la audiencia

Conforme lo dispone el artículo 61 de la LTF, en esta audiencia se procederá a:

1. Oír la relación breve y sintética, del contenido de la demanda, la contestación y la reconvenición si la hay, y de la contestación de la reconvenición, si se hizo por escrito. Esto se refiere a que cada parte realice un resumen de los hechos contenidos en la demanda, en la contestación, reconvenicional y contestación escrita, si se hubiere contestado por escrito.
2. Contestar demanda reconvenicional oralmente, en su caso, esto es, si no se hubiere contestado por escrito se contesta en esta audiencia, de manera oral, por la parte demandante. En esta audiencia se deben resolver las excepciones de incompetencia, falta de capacidad o de personería, las que se refieren a la corrección del procedimiento y la de prescripción, siempre que el fallo pueda fundarse en antecedentes que consten en el proceso o que sean de pública notoriedad. Las demás excepciones que se opongán se dejarán para resolver en definitiva, tramitándose

conjuntamente con las acciones deducidas, esto es, serán parte del juicio, incluyéndoselas como objeto y dentro de los hechos probatorios.

3. Decretar medidas cautelares, de oficio o a petición de parte, sean innovativas o conservativas, o se resolverá si se mantienen las ya decretadas, en conformidad al artículo 22, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 61 respecto a las medidas cautelares en causas por aplicación de medidas de protección.
4. Promover la mediación de oficio o a petición de parte, sólo en las materias respecto de las que procedería. Por ejemplo, en materia de filiación no es procedente, mientras que para las materias de la ley de matrimonio civil, sólo para la demanda de compensación económica sería procedente. Si es aceptada, se suspende el procedimiento.
5. Promover la conciliación total o parcial, conforme a las bases que se proponga a las partes. Aquí es plenamente aplicable lo que establece el artículo 263 del CPC, aunque se encuentra en el Libro Segundo, al no existir más regla en esta LTF, en virtud de lo establecido por el artículo 3 de este código, por lo que las opiniones que se emitan por el tribunal al presentar las bases y promover la conciliación no lo inhabilitan para seguir conociendo el juicio.
6. Determinar el objeto del juicio. El objeto del juicio no lo aclara esta norma, pero se ha entendido como el contenido o la materia que se encuentra en la discusión de las partes, por ejemplo, determinar la procedencia y cuantía de los alimentos, la procedencia de regular un régimen de relación directa y regular, etcétera.
7. Fijar los hechos que deben ser probados y las convenciones probatorias acordadas por las partes.
8. Determinar las pruebas que deban rendirse, tanto las propuestas por las partes como la dispuesta por el tribunal.
9. Excepcionalmente, y por motivos justificados, recibir la prueba que deba rendirse en ese momento. La documental que se rinda allí no radica la causa en el o la juez que la reciba.

10. Fijar la fecha de la audiencia de juicio oral, dentro de un plazo no superior a treinta días de realizada la audiencia preparatoria.

Con acuerdo de las partes, el o la juez podrá desarrollar inmediatamente la audiencia de juicio, después de finalizada la preparatoria. Normalmente se utiliza esta forma para causas de litigio menor, como por ejemplo un divorcio de común acuerdo.

Las partes se entienden citadas por sólo ministerio de la ley y les es aplicable el apercibimiento que establece el artículo 59 de la LTF, en su inciso tercero.

Si se advierte por el tribunal la existencia de vulneración de derechos de NNA, de oficio o a petición de parte, iniciará procedimiento de aplicación de medidas de protección previsto en el artículo 68 de esta ley. Ante esta situación, citará a audiencia preparatoria o incluirá los hechos para efectos de su acumulación, pudiendo decretar medidas cautelares del artículo 71 de la LTF.

5.4.4 Audiencia de NNA

Eventualmente, en el procedimiento ordinario se podrá escuchar a los NNA a quienes pudiera afectarles este procedimiento, especialmente en las materias de cuidado personal y relación directa y regular. Por ejemplo, en el evento que en esta audiencia preparatoria se solicitare resolver una medida cautelar que les afecte directamente, podría previamente determinarse la escucha de alguno de ellos, atendida su edad y grado de madurez y desarrollo. Otro tanto puede suceder en la audiencia de juicio. Siempre, en estos casos, es recomendable designar un curador *ad litem* para su defensa e invocar la presencia de un miembro del consejo técnico. Así está consagrado en el artículo 16 de la LTF y en el artículo 12 de la CDN, como se vio en el apartado respectivo.

5.4.5 Contenido de la resolución que cita a juicio

Al término de la audiencia preparatoria, si no se ha producido una solución alternativa al conflicto, conforme a lo dispuesto por el artículo 62 de la LTF, el tribunal dictará el auto de apertura de juicio oral, la resolución que cita a la audiencia de juicio oral, cuyo contenido es el siguiente:

1. La o las demandas que deben ser conocidas en el juicio, la contestación, la reconvencción de haberse interpuesto y su contestación.
2. El objeto del juicio.
3. Los hechos que deban probarse.
4. Las convenciones probatorias.
5. Pruebas que se rendirán en el juicio oral, sin perjuicio de la prueba nueva y de la prueba sobre prueba.
6. La individualización de todos quienes deben ser citados a esa audiencia de juicio.

En la parte final de este trabajo, se incluye como anexo un ejemplo de acta de audiencia preparatoria, con las menciones que señala el artículo en estudio y un extracto del debate acaecido.

5.5 Audiencia de juicio oral

Es la audiencia destinada a la recepción de la prueba ofrecida por las partes y la que se hubiere decretado por el tribunal, recibiendo al final la opinión del miembro del consejo técnico que hubiere estado presente en el juicio, las observaciones a la prueba y alegatos de clausura, resolviéndose la cuestión debatida.

Sin embargo, nada obsta a que, en conformidad a lo dispuesto por el inciso final del artículo 262 del CPC, se pueda nuevamente llamar a conciliación a las partes y proponer bases de arreglo, lo que es altamente recomendable, ya que en esta etapa del procedimiento se encuentra la prueba que efectivamente ha arribado al tribunal y de la que se dispone en ese día, lo que acarrea claridad a las pretensiones a veces excesivas de las partes.

5.5.1 Constitución del tribunal

Llegado el día y hora fijados, con la asistencia de las partes y sus abogados, si corresponde, se constituye el tribunal y eventualmente podrían estar presentes un miembro del consejo técnico y el curador *ad litem* que se hubiere designado para los NNA a quienes pudiere afectar el juicio.

5.5.2 Objetivo

El objetivo principal de esta audiencia es verificar la presencia de todas las personas que hubieren sido citados a prestar declaración, incluyendo, además de las partes, a testigos y peritos, especialmente si hubieren sido citados a prestar declaración de parte en conformidad al artículo 52 de la LTF, al miembro del consejo técnico, al curador *ad litem* que se hubiere designado y a los NNA citados a audiencia confidencial o reservada. Recién entonces se verificarán las condiciones para iniciar el debate y recibir la prueba que deba rendirse en ella.

5.5.3 Desarrollo de la audiencia de juicio

Conforme a lo dispuesto por el artículo 63 de la LTF, el que también es aplicable a la audiencia preparatoria, la audiencia de juicio deberá desarrollarse en un sólo acto, pero podrá prolongarse por el número de sesiones que sea necesario. Normalmente se alcanza a desarrollar el juicio en una sola jornada, pero a veces, cuando la prueba es muy extensa, debe continuarse en otra audiencia, la que deberá señalarse de inmediato quedando citadas todas las partes, como asimismo los testigos y peritos que no hubieren declarado.

5.5.4 Apertura del juicio oral

Constituido el tribunal en la sala de audiencias, se deberá:

- a. Verificar que estén presentes todas las personas citadas, declarando iniciado el juicio.
- b. Señalar el objetivo de la audiencia y advertir a las partes que deben estar atentas a su desarrollo, especialmente cuando asisten sin asesoría letrada.
- c. Disponer que testigos y peritos hagan abandono de la sala de audiencias,

- d. Adoptar todas las medidas necesarias para el adecuado desarrollo de la audiencia.
- e. Se puede disponer la presencia de algún miembro del consejo técnico.
- f. Se puede disponer que un NNA, u otro miembro de la familia, se ausenten durante determinadas actuaciones. Normalmente los NNA no presencian la audiencia, sólo ingresan para fines específicos.

Cumplido lo anterior, se declarará iniciado el debate.

5.5.5 Recepción de la prueba

Como se dijo, el objetivo de esta audiencia es la producción de toda la prueba disponible (de las partes y del tribunal, en su caso) y la resolución del caso.

Para este fin, el artículo 64 de la LTF establece que la prueba se rinde de acuerdo al orden fijado por las partes, esto es, la parte rendirá su prueba en el orden que lo estime conveniente, pudiendo iniciar con los peritos o testigos, si así lo estima; pero no podría, a nuestro juicio, ir alternando pruebas, por ejemplo que declare un testigo, luego rendir la documental y luego llamar a otro testigo, esto por la continuidad de la audiencia y del hilo conductor del debate.

Se comenzará por la parte demandante, con la prueba ofrecida por esta, y luego por la parte demandada, o demandadas en caso de haber más de una. Finalmente, se incorporará o rendirá la prueba ordenada por el o la juez.

Los testigos primero son interrogados por quien los presenta, luego por la parte contraria y finalmente por el tribunal, si así lo estima.

Si las partes son las que prestan declaración, se procede de igual forma, entendiendo que a la parte contraria, esto es, a la que está declarando, cuando concurren con abogado, este o su apoderado podrá interrogar a su parte para que aclare las respuestas que hubiese dado, conforme al debido proceso y a la bilateralidad de la audiencia. Finalmente podrá ser interrogado el declarante, por el tribunal.

En cuanto a los peritos, si además de haber evacuado dentro de plazo su informe por escrito concurre al tribunal a declarar, será él quien incorpore el informe y primero deberá dar cuenta de su contenido y conclusiones, para luego poder ser interrogado por las partes, en el mismo orden anterior: primero quien lo presenta, luego la parte contraria y finalmente el tribunal.

Respecto del interrogatorio del juez o la jueza al perito, hay que tener presente que el tribunal siempre podrá interrogarlo con el fin no sólo que efectúe aclaraciones de sus respuestas, sino que, muy especialmente, para que haga adiciones a sus testimonios, esto es, el tribunal podrá interrogar y formular preguntas conforme al objeto del juicio y las que estime necesarias para la resolución del caso.

Los documentos y los informes periciales se deben producir en el juicio, mediante su exhibición o lectura, con indicación de su origen. La ley no señala quién debe leer los documentos.

Las grabaciones, pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro medio electrónico apto para producir fe, se deben reproducir en la audiencia a través de un medio idóneo para que pueda ser percibido por los asistentes y el tribunal, pudiéndose autorizar su reproducción parcial o resumida, con acuerdo de las partes.

Todos los medios de prueba pueden ser exhibidos a los declarantes durante el juicio, para que los reconozcan o se refieran a su conocimiento. Cabe aquí remitir a lo dispuesto por el artículo 63 bis de la LTF, sobre la prueba nueva y la prueba sobre prueba, ya analizada.

5.6 Observaciones de las partes

Después de finalizada la recepción de la prueba, el tribunal podrá pedir la opinión del miembro del consejo técnico que hubiere sido citado a la audiencia de juicio, especialmente en las materias del ámbito de su especialidad, respecto de la prueba rendida.

Y luego de lo anterior, o de simplemente finalizada la prueba, en el caso en que hubiere estado presente un miembro del consejo técnico en el desarrollo del juicio, la intervención final de las partes se hará oralmente y en forma breve, precisa y concreta.

De esta manera, cada parte formulará las observaciones que le merezca la prueba rendida, aquellas respecto de la opinión del miembro del consejo técnico, en su caso, así como sus propias conclusiones, y tendrán derecho a replicar las conclusiones y observaciones de la parte contraria.

5.6.1 Resolución o decisión

Concluidos los trámites anteriores, toca al tribunal resolver la cuestión sometida a su conocimiento. Lo hará comunicando de inmediato su resolución o decisión del asunto controvertido, con un fundamento somero de los motivos que lo llevan a concluir de una u otra manera, esto es, lo que se conoce como “veredicto”.

Al ser juez unipersonal, no delibera con otros para resolver, por ello la ley emplea las formas verbales “resolución” o “decisión”. Esta decisión, si el juicio ha durado más de dos días, puede entregarla al día hábil siguiente.

Podrá dictar de inmediato la sentencia, sin formular en este caso la resolución con fundamentos someros, sino que derechamente dicta la sentencia con todos sus requisitos legales. Esta debe dictarse en el plazo de cinco días desde finalizado el juicio, o podrá diferirla para el máximo de diez días, con fundamento.

Se debe tratar de ser equitativo, sin transgredir las normas legales.

5.6.2 Radicación de la causa en el (la) juez(a) ante el cual se celebró la audiencia de juicio. Celebración de nueva audiencia.

De acuerdo a la norma del artículo 66 bis de la LTF, si el o la juez ante quien se celebró la audiencia de juicio, habiendo recibido la prueba rendida, no pudiera por alguna causa legal (licencia médica prolongada, fallecimiento u otra causa justificada) dictar la sentencia, deberá celebrarse el juicio de nuevo. Esto es obligatorio, pues

no puede otro juez o jueza dictar la sentencia en su ausencia, como sucedería en el proceso ante un tribunal civil. Significa entonces que la causa queda radicada, para la dictación de su sentencia, en el o la juez que dirigió la audiencia de juicio y en nadie más.

La situación recién señalada se refiere sólo a la dictación de la sentencia, pues si se presentare algún escrito por las partes, este puede ser proveído por cualquiera de los demás jueces del tribunal.

La norma establece limitación para aquel o aquella juez que obtenga una promoción, nombramiento, destinación, traslado o comisión, y que tenga alguna sentencia pendiente de dictación. Deberá dictar todas las sentencias que tuviere pendientes antes de asumir su nueva función. Esto es muy importante, porque aquí no es necesario realizar el juicio de nuevo, dado que no es una situación en que el o la juez esté imposibilitado(a) de dictar sentencia, sino que asumirá en el corto plazo otra función y no por ello queda eximido de dictar la sentencia que tuviere pendiente.

5.7 Sentencia

El artículo 66 de la LTF establece el contenido de la sentencia definitiva, esto es, aquella que pone término al juicio decidiendo la cuestión sometida a su conocimiento. Esta sentencia, como toda sentencia definitiva, debe contener una parte expositiva de los asuntos sometidos a conocimiento del tribunal, consideraciones o motivos del fallo y, finalmente, adjudicar a cada parte lo que se haya estimado acreditado conforme a los hechos y el derecho aplicable.

Las reglas que se analizan a continuación rigen para todos los procedimientos establecidos por la LTF, por cuanto así lo dispone su artículo 55 en su parte final, y ya que en los procedimientos especiales no hay reglas distintas para la sentencia definitiva.

Para efectos didácticos, se dividirá la explicación en tres etapas.

5.7.1 Requisitos de la parte expositiva

La norma señala con precisión que debe contener el lugar y fecha en que se dicta, la individualización completa de las partes litigantes, la síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes. Esto es lo que se denomina parte expositiva de la sentencia, en donde se hace un resumen de los hechos de la causa y de las pretensiones de las partes.

En síntesis, el o la juez deberá: resumir la o las demandas y sus contestaciones, la reconventional y su contestación, si las hay.

5.7.2 Requisitos de la parte considerativa

En esta etapa de la sentencia, que normalmente se divide en considerandos o motivos, se deberá analizar (por el o la juez) la prueba rendida, los hechos que estime probados conforme a la prueba aplicando las reglas de la sana crítica, los razonamientos que conducen a sus conclusiones y las razones legales y doctrinarias que sirvieran para fundar el fallo.

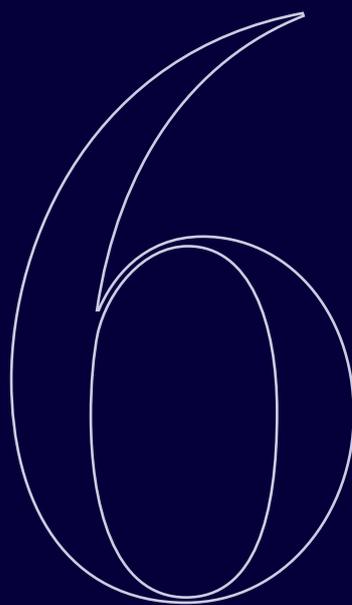
En síntesis, el tribunal deberá: exponer en los considerandos la prueba rendida y los fundamentos por los cuales resuelve de una u otra manera.

5.7.3 Requisitos de la parte resolutive

Esta es la parte final de la sentencia, donde el tribunal resuelve la cuestión debatida y determina si se acogerá total o parcialmente la acción o acciones deducidas, o si se rechazará aquella que, conforme al razonamiento y al derecho aplicable y a lo que la doctrina y jurisprudencia han dicho, corresponda.

En esta etapa, además, debe pronunciarse acerca del pago de las costas de la causa y, en el evento de que no se condene a la parte vencida, el motivo que se tiene para no hacerlo. Esto está en estrecha relación con los artículos 138 y siguientes del CPC, los que por remisión del artículo 27 de la LTF son aplicables en esta etapa.

En definitiva, esta es la parte de la sentencia en la que se declara (la decisión final) si ha lugar o no, o si ha lugar en parte (sólo en cuanto) lo pedido.



El procedimiento de violencia intrafamiliar

Este procedimiento tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a la víctima.

Las partes pueden comparecer sin patrocinio de abogado, lo que supone un importante dilema ético para el o la juez, pues debe ser capaz de equilibrar la asistencia a las partes que no conocen el derecho, las pruebas, ni cómo rendirlas, ni en general cómo efectuar una adecuada defensa de su caso, con la debida imparcialidad que debe mantener la persona llamada a decidir.

El proceso se puede esquematizar de la siguiente forma:



6.1 Concepto de violencia

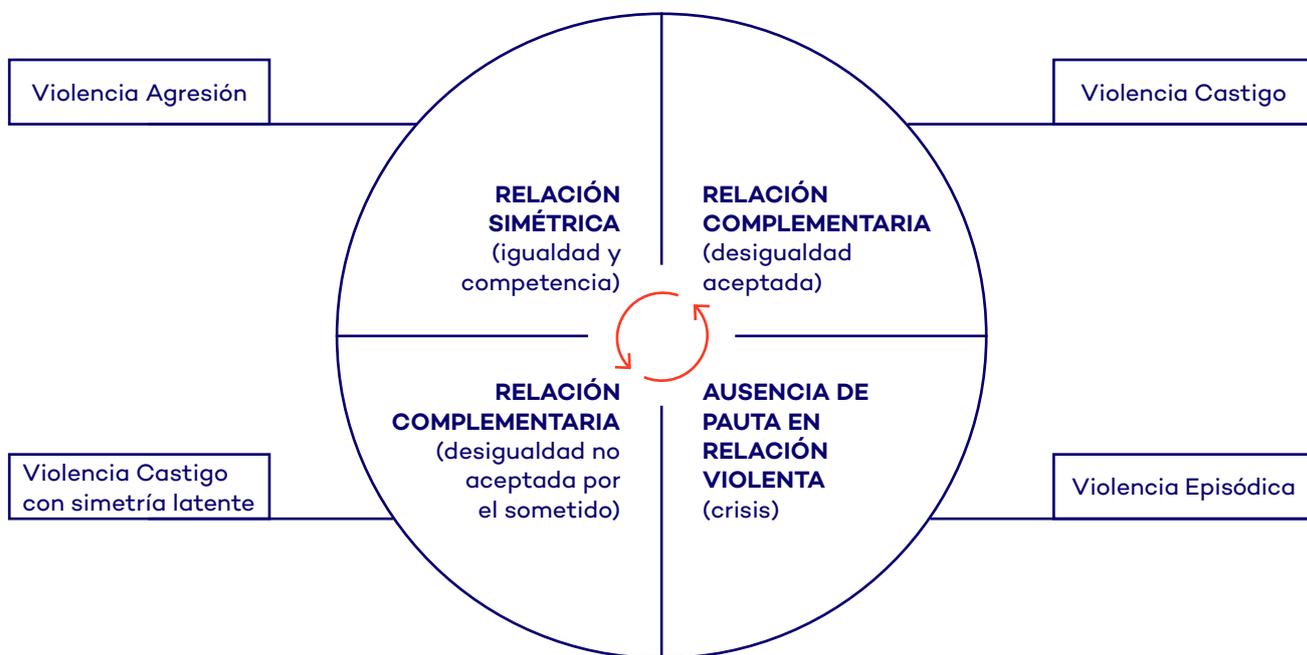
La Ley N° 20.066 o Ley de Violencia Intrafamiliar (LVIF), en su artículo 5, define violencia intrafamiliar como “todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica”, un concepto que es amplísimo, por lo tanto se debe hacer un esfuerzo para contextualizarlo.

La Corte Suprema ha expresado que “el concepto de violencia intrafamiliar dice relación con situaciones de abuso de poder o maltrato, físico o psíquico, de un miembro de la familia sobre otro, la que puede manifestarse en el plano físico, psicológico, sexual y/o económico. Puede adquirir numerosas manifestaciones, lo relevante es que ‘se afecte la vida o integridad física o psíquica de la persona’, calificación que resulta determinante para los efectos de la configuración del tipo de violencia intrafamiliar, al punto que de no existir esta afectación, el acto reprochable en sí mismo no puede ser castigado por esta vía”⁹⁶.

6.1.1 La existencia y tipo de maltrato

En primer lugar, se debe decir que a los juzgados de familia corresponde el conocimiento de los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito (artículo 6 de la LVIF).

Asimismo, se debe precisar que, especialmente en la pareja, existen distintos tipos de relación agresiva y esta violencia relacional puede ser:



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

- a. **Asimétrica o Castigo:** su contexto es una relación desigual.⁹⁷
 1. Existe un patrón de relación de superioridad masculina vs. una inferioridad femenina. Las partes no se encuentran en condiciones de igualdad y no son posibles las soluciones negociadas. No procede la suspensión condicional de la sentencia y normalmente será una violencia “habitual”, por ende, un delito.
 2. La decisión judicial significa una intervención donde alguien que tiene una jerarquía superior, ejerce autoridad y dirige la cuestión. Por ello, se requiere un juicio completo con eventual sanción.
 3. El archivo provisional es la vía si la víctima se retracta de la denuncia.⁹⁸
 4. La violencia es unidireccional e íntima.⁹⁹
 5. El castigo se justifica aludiendo a una falta.
- b. **Simétrica:** su contexto es una relación de igualdad.
 1. No se trata de casos “de” violencia, sino de problemas de pareja “con” violencia.
 2. No existe un patrón de relación de superioridad masculina vs. una inferioridad femenina, sino una relación de reconocimiento de la mutua valía de ambos.
 3. Por lo mismo, son posibles las soluciones alternativas.
 4. Los actores tienen conciencia de que esta violencia es “bidireccional, recíproca y pública”.
- c. **Asimétrica con simetría latente:** se da cuando el sujeto que se encuentra en la posición baja, obligado a sufrir el castigo, se resiste a pesar de la relación desfavorable de fuerzas.
 1. El agredido se transforma, a veces, en agresor.

97 PERRONE y NANNINI (2007), p. 60.

98 GIANELLA y CURI (s/a).

99 PERRONE y NANNINI (2007), pp. 58-63.

La acreditación de la violencia no es fácil, no sólo porque se produce al interior de la familia, donde normalmente no hay extraños que la presencién, sino porque todos estamos insertos en una sociedad de corte patriarcal, que tiende a minimizar el problema y a la normalización de las conductas.

2. Es frecuente en violencia de larga data.

La acreditación de la violencia no es fácil, no sólo porque se produce al interior de la familia, donde normalmente no hay extraños que la presencién, sino porque todos estamos insertos en una sociedad de corte patriarcal, que tiende a minimizar el problema y a la normalización de las conductas. Por ello, es imperioso que el o la juez conozca y estudie el fenómeno de la violencia para estar preparado, por ejemplo, para el retracto, que lejos de demostrar la inexistencia del hecho es un fenómeno propio del contexto abusivo.¹⁰⁰

La fecha de los hechos, por su parte, es un tema complicado en causas de este tipo de violencia, pues por definición “implica un conjunto de acciones, conductas y actitudes que se mantienen como estilo relacional imperante en la pareja y que son validadas y sostenidas por ciertas ideas y creencias de los distintos actores de la violencia, a veces compartidas implícitamente por ellos, y que emergen en estructuras que favorecen las dinámicas mantenedoras del abuso”¹⁰¹ y es difícil probar uno en particular, debiendo evitarse el “énfasis exclusivo en la prueba directa”¹⁰².

El Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW por su sigla en inglés) ha dicho que los Estados parte también pueden ser responsables de actos privados si no intervienen con la debida diligencia “para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y ofrecer reparación por los actos u omisiones de agentes no estatales que den lugar a la violencia por razón de género contra la mujer”¹⁰³.

Si bien el Estado, en la persona del juez o de la jueza, debe investigar con celo las denuncias de violencia, ello no significa que toda denuncia reúna los requisitos para ser tenida por violencia intrafamiliar (por ejemplo, denuncia por agresión a un vecino), ni que toda denuncia sea verdadera.

100 CEJIL (2013), p. 53.

101 Ministerio de Salud (2004-2005), p. 11.

102 CEJIL (2013), p. 51.

103 CEDAW (2017), párr. 24.

Otro problema es la retractación, en que la víctima “modifica los dichos entregados en su primera declaración, ya sea negando su versión original o cambiando la figura del agresor durante el transcurso del proceso, manteniendo este nuevo relato”¹⁰⁴. Esto es muy desgastante para el operador jurídico, que se ha movilizó para proteger a la víctima y piensa que esta “juega” con el sistema, lo que induce a considerar que el hecho de la retractación es un indicio de que la violencia no existe, en circunstancias de que es, precisamente, un rasgo propio de ella.

Es necesario entender el fenómeno del retracto, porque produce lo que se llama “*burn out*”, un estado de fatiga o frustración que aparece como resultado de la devoción a una causa, a un estilo de vida o a una relación que no produce las recompensas esperadas (Freundenberg, 1974)¹⁰⁵, donde el profesional expuesto a la violencia siente cansancio y distancia emocional y, por ello, no sólo sufre consecuencias personales sino que tiende a relativizar, minimizar, ser agresivo y, en definitiva, a no prestar un buen servicio.

6.1.2 Entre quiénes hay violencia intrafamiliar

El parentesco o relación debe ser uno de aquellos que menciona el artículo 5 de la LVIF, que hace que la violencia sea “intrafamiliar” y no configure otro tipo de delito o falta. Habrá violencia en relación a quien tenga o haya tenido la calidad de:

- cónyuge del ofensor
- relación de convivencia con él
- pariente por consanguinidad o
- pariente por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

104 Servicio Nacional de la Mujer (2012).

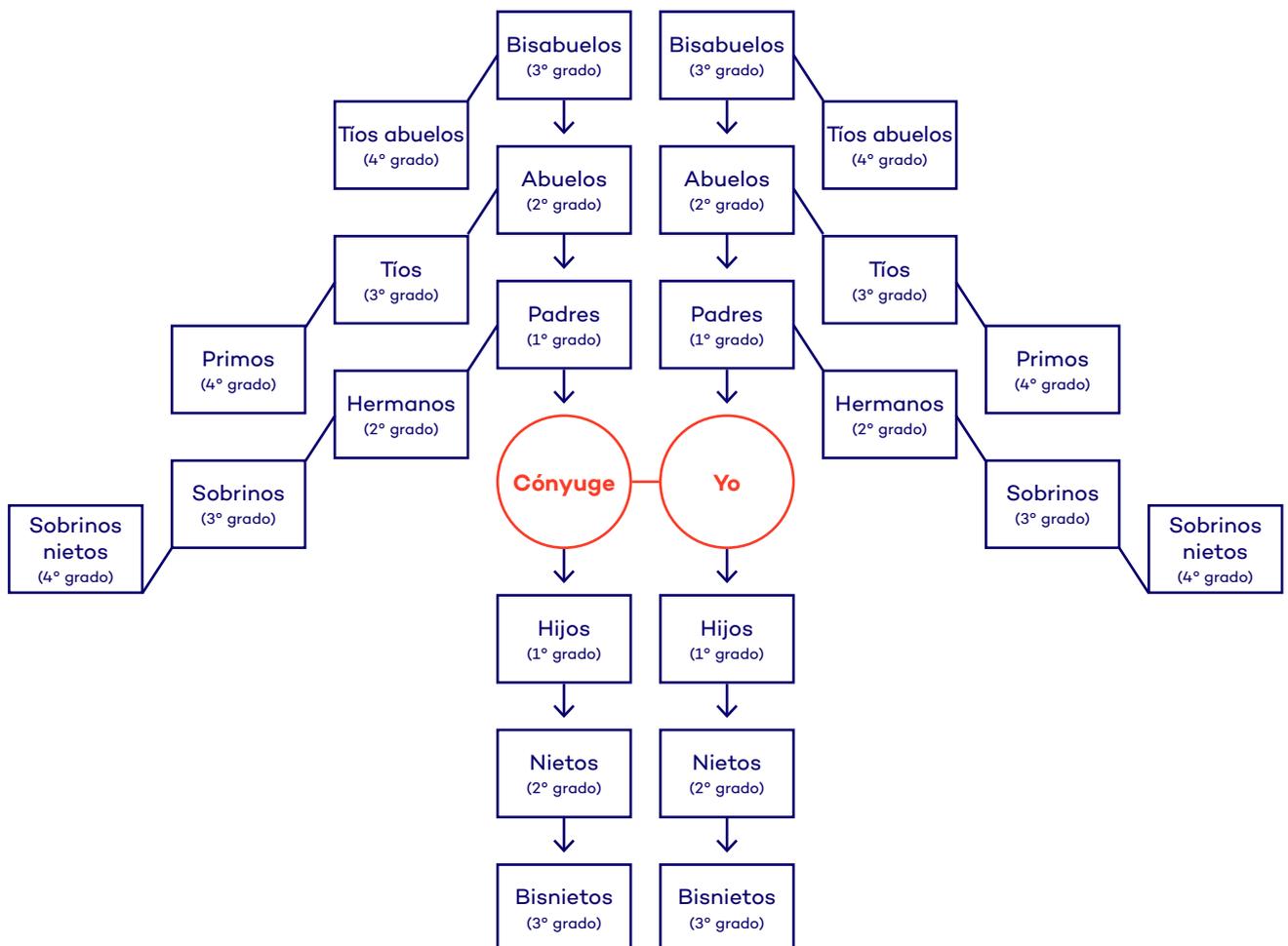
105 ARÓN (2001), p. 69.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida ocurra entre (o sobre):

- los padres de un hijo común
- persona menor de edad
- adulto mayor o
- persona discapacitada

En los tres últimos casos, la persona debe encontrarse bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

Diagrama de grados de parentesco



6.1.3 Competencia

En su inciso primero, el artículo 81 de la LTF establece que corresponderá la competencia al juzgado de familia del domicilio o de la residencia de la persona afectada, esto es, de la víctima. Siempre que tales hechos no sean constitutivos de delito.

En caso de efectuarse la denuncia o demanda en un organismo que no tenga competencia, cualquier tribunal con competencia en familia, fiscal o juez de garantía deberá decretar medidas cautelares, si procedieren, según lo dispone el inciso segundo de la misma ley. Se aplicarán a este procedimiento las normas del párrafo segundo de la LTF, denominado “Del procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar” y comprendido entre los artículos 81 a 101.

En lo no previsto por las normas del párrafo segundo citado, se aplicarán las reglas generales del procedimiento de los artículos 17 a 67 LTF, esto es, las reglas del juicio ordinario.

6.1.4 Obligación de denunciar

Según la ley, existen ciertas personas que, en razón de sus cargos, se encuentran obligados a presentar la denuncia por actos de violencia intrafamiliar cuando tomen conocimiento de hechos que pudieren constituir actos de VIF (tanto física como psicológica), conforme a lo dispuesto por el artículo 84 de la LTF, en relación al artículo 175 del Código Procesal Penal. Estas personas son:

- a. Carabineros, Policía de Investigaciones, Gendarmería, fuerzas armadas en general
- b. Fiscales y demás empleados públicos (incluido el poder judicial)
- c. Jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares, profesionales de la medicina, odontología, etcétera.
- d. Directores, inspectores, profesores de establecimientos educacionales.

La norma también previene que la misma obligación recae sobre quienes estén ejerciendo el cuidado personal de quienes, en razón de su edad, incapacidad u otra condición similar, no pudieren formular por ellos mismos la respectiva denuncia.

En todo caso, si la denuncia se refiere a un menor de edad, por especificidad de procedimiento no se aplicará el de VIF, sino que el de aplicación de medidas de protección para NNA víctimas de vulneración de derechos.

6.1.5 Exclusión del control de admisibilidad

Tanto la denuncia como la demanda de VIF pueden ser incompletas a la luz de lo analizado conforme al control de admisibilidad de las demandas, denuncias y requerimientos, ya que el propio artículo 54-1 LTF sólo permite efectuar un control formal de la demanda o denuncia, excluyéndola de la posibilidad de que sea declarada manifiestamente improcedente y rechazada de plano.

La ley va más allá e incluso permite presentarlas desconociendo la identidad (nombre, domicilio, profesión u oficio) de la persona demandada o denunciada, lo que tiene razón lógica si esta es presentada por un tercero que ignora mayores antecedentes.

La demanda conforme al artículo 86 de la LTF debe contener la individualización del tribunal ante el que se presenta, la identificación del demandante, de la víctima (si fuere distinta del demandante) y de las personas que componen su grupo familiar. Debe asimismo efectuar una narración o relato de los hechos y debe designar a quien o quienes pudieren haber cometidos esos hechos, siempre que ello fuere conocido.

La denuncia será aquella que se hace ante las policías, la fiscalía, etcétera, de conformidad al artículo 87 de la LTF, y debe contener las menciones que establece el artículo 86 si le constaren al denunciante, pero siempre los hechos deben describirse. Entonces podrá no contener la individualización del ofensor, de la víctima y de las personas que componen su grupo familiar, pero sí los hechos.

La denuncia o demanda de terceros debe tener el mismo contenido que la anterior y también puede ignorar identidades y/o detalles específicos sobre el grupo familiar, pero en todos los casos señalados debe contener narración de los hechos constitutivos de VIF.

Una vez recibida esta demanda o denuncia de terceros, se debe poner en conocimiento de la víctima, antes de la audiencia preparatoria, por la vía más idónea, directa y segura, para asegurar su integridad, esto es, notificarla de una manera que no la exponga a ningún tipo de riesgo.

Podrá recoger el testimonio del denunciante o demandante, antes de la audiencia preparatoria.

En cuanto a la identificación del ofensor, cuando la denuncia se hace ante un organismo policial y se ignora identidad de aquel, el artículo 88 de la LTF establece diligencias inmediatas que deben realizar los funcionarios:

- conforme al artículo 85 del Código Procesal Penal (policía realiza control de identidad)
- mediante declaraciones de personas que conozcan su identidad.

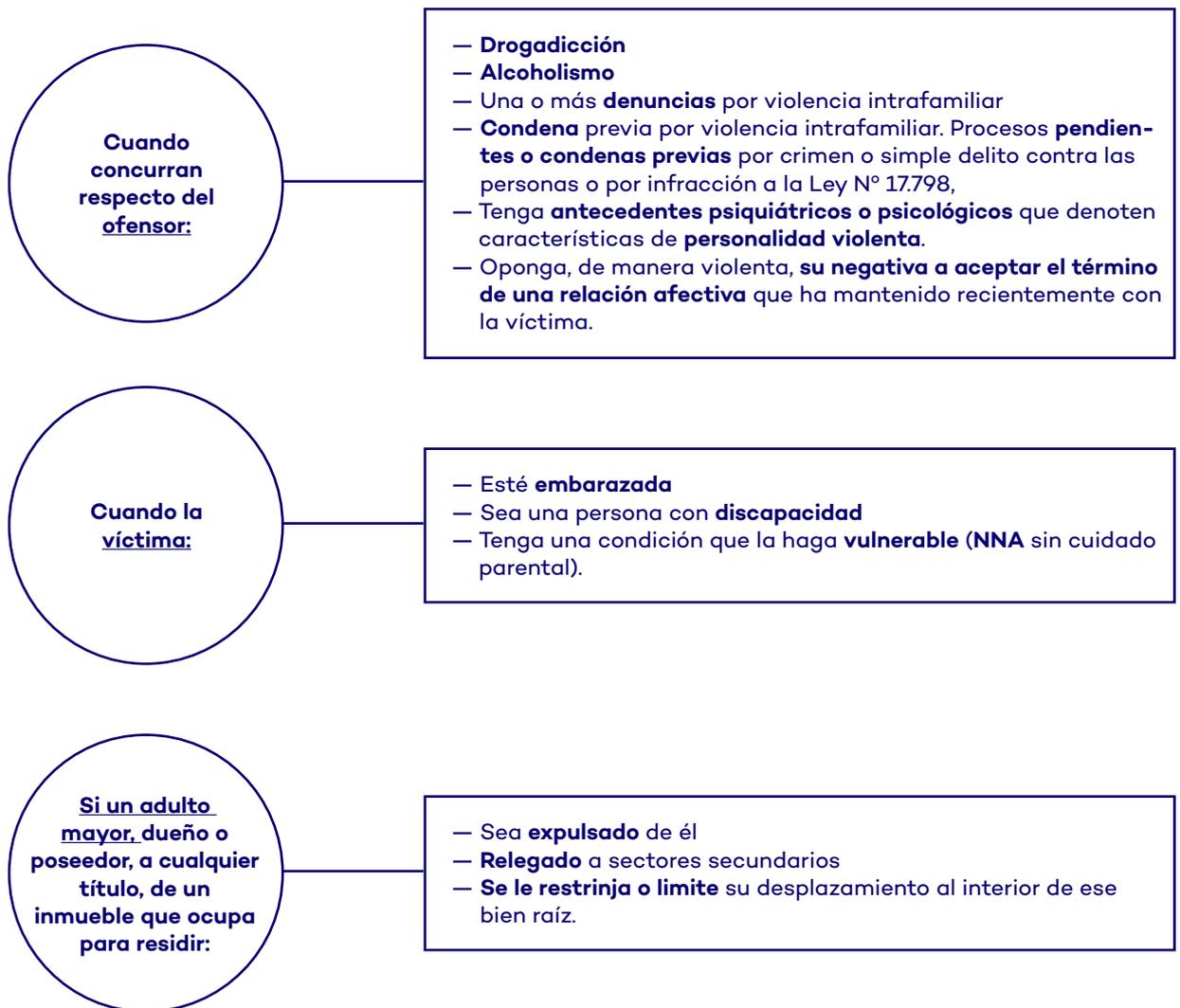
Si la denuncia o demanda se interpone ante el tribunal, el juzgado decretará las medidas necesarias para su identificación.

El tribunal debe requerir, a través del Registro Civil, el extracto de filiación denunciado o demandado, conforme al artículo 89 de la LTF.

6.1.6 Presunciones legales de riesgo

Conforme al artículo 7 de la LVIF, se presumirá por el o la juez de familia la existencia de situaciones de riesgo que impliquen la adopción inmediata de medidas cautelares para protección de la víctima, lo que además es analizado con la asesoría del consejo técnico del tribunal, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5 letra d) de la LTF, en las siguientes situaciones:

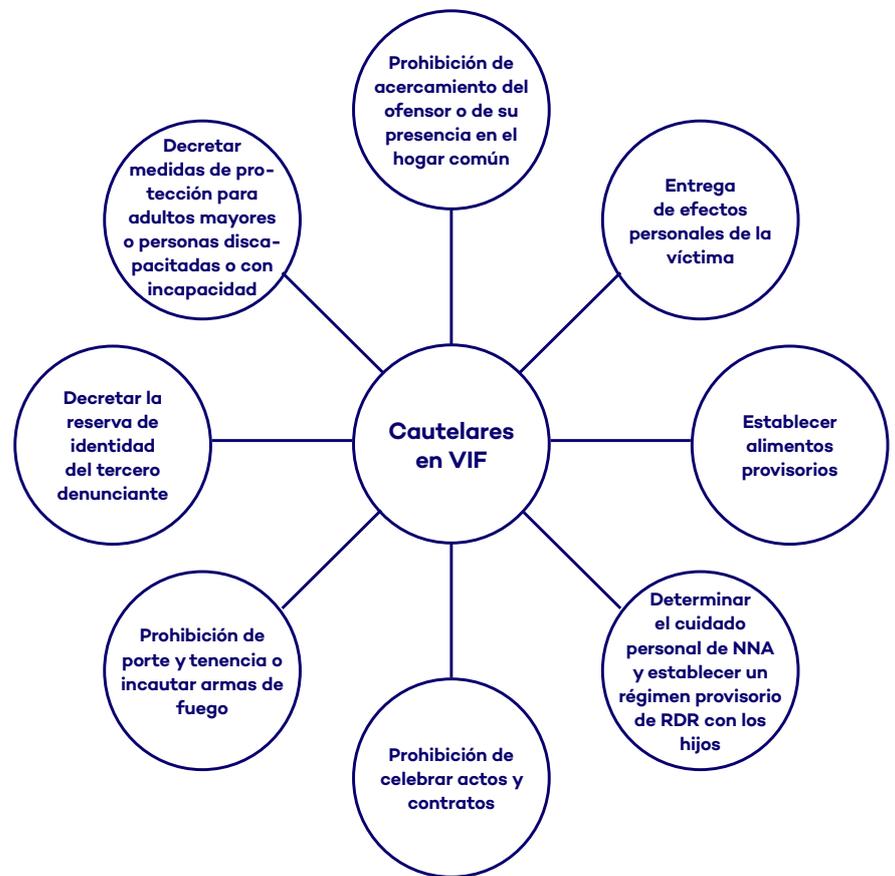
- cuando haya existido intimidación de causar daño por parte del ofensor, o
- cuando concurren, además, una o más de las siguientes circunstancias:



6.1.7 Medidas cautelares

Conforme al artículo 92 de la LTF, el o la juez de familia debe dar protección a la víctima y grupo familiar y cautelar su integridad física, síquica, su subsistencia económica e integridad patrimonial.

En tal virtud, podrá decretar las medidas cautelares que estime pertinentes y en particular, a vía ejemplar, el artículo citado establece las medidas que de manera resumida se detallan a continuación:



El plazo de duración de las medidas cautelares es de ciento ochenta días hábiles, renovables por una sola vez, por igual plazo. Dichas medidas son modificables (ampliar, limitar, sustituir) en cualquier momento, a petición de parte o de oficio por el tribunal.

Cuando se está en presencia de víctimas NNA, las medidas de protección serán las cautelares del artículo 71 de la LTF. Estas son para la protección de personas en situación de riesgo de VIF de acuerdo al artículo 7 de la LVIF, que contempla cautela especial de mujeres embarazadas, personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad.

También se pueden decretar, como medidas cautelares, las accesorias establecidas por el artículo 9 de la LVIF, por un plazo de no menos de seis meses y de dos años como máximo.

Es obligatoria la comunicación de las medidas a la víctima y al ofensor, según lo dispone el artículo 93 de la LTF, con indicación de las medidas de apremio por incumplimiento. A las policías se les remite oficio para su cumplimiento.

Para la ejecución de las medidas, conforme al artículo 93 inciso segundo y 94 de la LTF, el o la juez puede:

- a. Requerir el auxilio de la fuerza pública.
- b. Dictar orden de allanamiento y descerrajamiento.
- c. Decretar orden de ejercicio sin más trámite de los medios de acción conducentes al cumplimiento de las medidas.
- d. Apremiar frente al incumplimiento de las medidas.
- e. Enviar antecedentes del incumplimiento al Ministerio Público, a efectos del artículo 240 del CPC (delito de desacato).
- f. Imponer arresto hasta por quince días.

6.1.8 Remisión de antecedentes si el hecho reviste caracteres de delito

Atendido lo dispuesto por el artículo 90 de la LTF, si el hecho denunciado pudiera ser constitutivo de un delito, por ejemplo si se narra por la víctima que el ofensor le ha dicho que la lesionará mientras sostenía un arma blanca en sus manos (delito de amenazas), o que intentó estrangularla y fue atendida en el hospital constatándose lesiones en el cuello (tentativa de homicidio), se remitirán de inmediato los antecedentes al Ministerio Público.

En tales casos, conforme al inciso tercero de esta norma, el o la juez de familia debe adoptar medidas cautelares, que estarán vigentes en tanto el fiscal no pida su modificación o cese.

Ante contienda de competencia por tal remisión, el o la juez de familia puede dictar medidas cautelares, las que se mantendrán vigentes hasta resolver la contienda a través de la Corte respectiva.

6.1.9 Actuación del tribunal si el demandado no comparece a citación

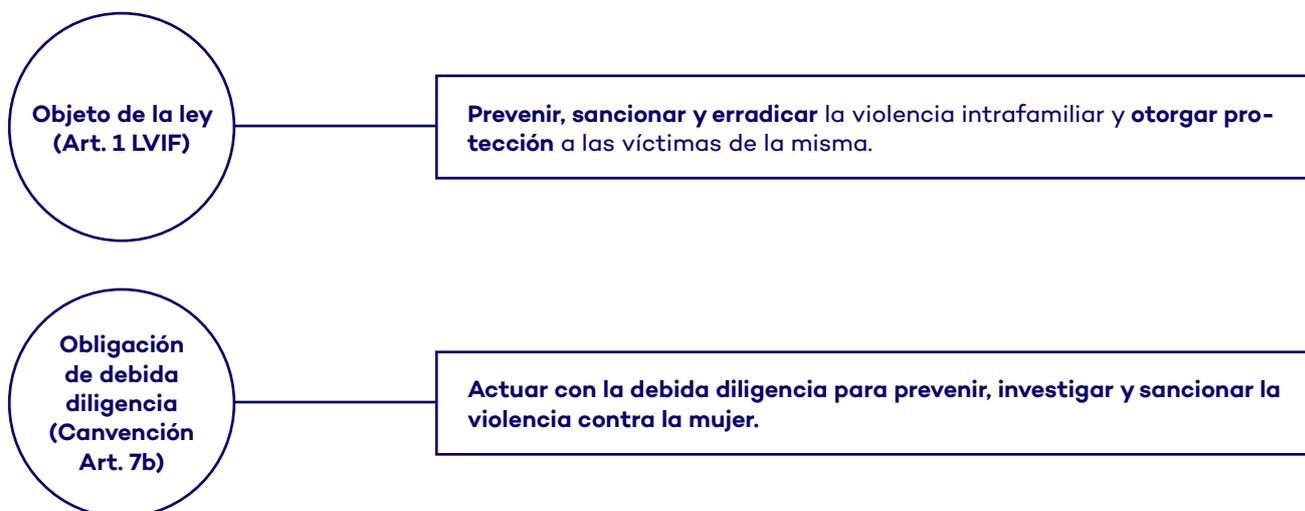
La citación a la audiencia preparatoria, que debe llevarse a efecto en el plazo de diez días siguientes de recibida la denuncia o demanda, debe serle notificada a todas las partes que figuren el proceso (demandante, víctima y ofensor).

A la audiencia deberá concurrir personalmente el denunciado o demandado, bajo apercibimiento de arresto, en conformidad al artículo 95 de la LTF. En consecuencia, si sólo el demandado o denunciado no comparece, estando legalmente notificado, debe citarse a una nueva fecha de audiencia y mandarlo traer arrestado para la audiencia que se fije al efecto. El arresto es sólo para llevarlo a la audiencia preparatoria, las demás diligencias del juicio se podrán llevar a cabo en su rebeldía.

Si no concurren todas las partes, aplicará el archivo provisional previsto en el artículo 21 de la LTF (ya analizado).

6.1.10 Objeto de la ley¹⁰⁶

La LVIF señala en su artículo 1 cuál es su objeto, lo que es muy útil para determinar medidas a adoptar, especialmente cautelares, pero ello debe ser complementado con lo que dispone la Convención de Belém do Pará y el artículo 92 de la LTF, de lo que se sigue que su propósito es:



106 Artículo 1 LVIF.

Definición de
protección
integral
(Art. 92 LTF)

Dar protección a la víctima y al grupo familiar. Cautelar su subsistencia económica e integridad patrimonial.

6.1.11 Actuación de la policía¹⁰⁷

Los funcionarios de Carabineros o de la PDI deberán intervenir en el lugar, detener al agresor, si procede, incautar armas u objetos de agresión y prestar ayuda inmediata y directa a la víctima, en caso de:

- violencia intrafamiliar que se esté cometiendo actualmente
- llamadas de auxilio de personas desde el interior de un lugar cerrado
- otros signos evidentes que indiquen que se está cometiendo VIF.

6.1.12 Habitualidad¹⁰⁸

La ley regula dos situaciones en que se deben remitir los antecedentes a Fiscalía:

- a. Si los hechos que fundamentan la denuncia son constitutivos de delito: el o la juez deberá enviar de inmediato los antecedentes (artículo 6 LVIF).
- b. Si en la audiencia preparatoria advierte que la violencia reúne las características del artículo 14 de la LVIF.

Sin embargo, la violencia habitual también es delito, por lo que el Tribunal Constitucional¹⁰⁹ resolvió, en causa, que se puede derivar los antecedentes desde que el o la juez advierta que se configura habitualidad.

107 Artículo 83 LTF.

108 Artículo 90 LTF.

109 Tribunal Constitucional, rol N° 1320, de 17 de marzo de 2009.

Previo a ello adoptará las cautelares pertinentes, que se mantendrán hasta que la Fiscalía solicite que se dejen sin efecto.

En caso de contienda, el o la juez de familia puede adoptar cautelares, que permanecen vigentes hasta que se resuelva.

Para apreciar si existe habitualidad, se debe considerar:

- el número de actos ejecutados
- la proximidad temporal de los mismos
- con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o sobre diferentes víctimas.

No se considerarán, en cambio, los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria.

6.2 Término del proceso

De acuerdo a lo establecido por el artículo 100 de la LTF, el proceso sólo podrá terminar por sentencia ejecutoriada, archivo provisional o por la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, lo que se analizará en el siguiente punto.

Como la norma en estudio, respecto al término por sentencia, no señala que sea la definitiva, se entiende que el proceso también puede terminar mediante una sentencia interlocutoria. Dado que la norma no distingue, no procede agregar exigencias que no se contemplan en ella.

Así se considera que debería resolverse un posible desistimiento de la demanda o denuncia que pudiese plantear la propia víctima, cuando esta haya efectuado su propia demanda o denuncia, siempre que conste que no se estuviere ejerciendo coacción para obtener su desistimiento (para lo cual se cuenta con la asesoría del consejo téc-

nico del tribunal). Se estima que debería tramitarse como incidente y, verificando las condiciones de que la parte demandante o denunciante actúa de manera libre y espontánea, no habría razón para no resolverlo como tal dictando la sentencia interlocutoria que proceda.

En cualquier caso, si se presumiera que se ha ejercido algún tipo de coacción para ello, se deberá continuar adelante con el procedimiento y buscar la mejor forma de proteger a la víctima, incluso podría remitirse esos nuevos hechos al Ministerio Público, pues podrían ser constitutivos de algún delito. Eventualmente, y a lo menos, del delito de amenazas.

6.2.1 Suspensión condicional de la dictación de la sentencia

Este procedimiento especial de VIF regula una forma alternativa de término del proceso, condicionada a ciertos requisitos para su procedencia, conforme lo establecen los artículos 96 a 98 de la LTF. En este sentido, el o la juez podrá decretar la suspensión condicional de la dictación de sentencia, por el término de un año, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el denunciado o demandado reconozca ante el tribunal los hechos sobre los cuales versa la demanda o denuncia, y
- Que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo.

A esto además se le suma, siempre que se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones:

- a. Que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima, o
- b. Que se haya adquirido, por el demandado o denunciado, y con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más de las medidas cautelares, por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año.

Si no hubiere acuerdo respecto de la letra a), se podrá, con acuerdo de las partes, derivar a mediación para el establecimiento de las condiciones reparatorias.

Para poder aceptar la procedencia de esta alternativa, conforme al artículo 97 de la LTF, no se debe estar en alguno de los siguientes casos de improcedencia de la suspensión:

1. si el o la juez estima conveniente la continuación del proceso
2. si ha habido demanda o denuncia previa por actos de violencia intrafamiliar en contra del denunciado o demandado, cualquiera haya sido la víctima, o
3. si el demandado o denunciado hubiere sido condenado previamente por crimen o simple delito contra las personas, o por delitos de connotación sexual (de los artículos 361 a 375 del Código Penal).

En cuanto a los efectos de esta suspensión, conforme al artículo 98 de la LTF, una vez vencido el plazo de un año y habiéndose cumplido las condiciones, el o la juez dictará una sentencia interlocutoria que ordenará omitir la anotación practicada en el extracto de filiación del denunciado o demandado y se archivará la causa.

Ante el incumplimiento de las condiciones, se deberá dictar sentencia condenatoria, dado que hubo reconocimiento de los hechos y siempre que se haya acreditado el incumplimiento de las condiciones establecidas.

Sobre la revocación de la suspensión, conforme al artículo 99 de la LTF, si el demandado o denunciado cometiere nuevos hechos de VIF durante el período de condicionalidad de un año, deberán realizarse de manera acumulada dos juicios, uno por los hechos reconocidos y otro por los nuevos hechos, que si se prueban, darán pie a la dictación de sentencia condenatoria por ambos juicios.

6.2.2 Archivo provisional. Reapertura.

Abandono del procedimiento.

Durante el periodo en que la causa se encuentra archivada (un año) por no haber llegado ninguna de las partes a la audiencia preparatoria, de acuerdo a lo que dispone el artículo 21 de la LTF, en cualquier momento la parte demandante o denunciante podrá solicitar la reapertura del procedimiento.

En este caso, lo que procede es citar nuevamente a audiencia preparatoria a todas las partes, tal como la primera vez, sólo que esta nueva notificación no será personal como la primera. Si no hubieren establecido forma especial de notificación, será por carta certificada.

Esta situación puede darse más de una vez durante el proceso, que se pida la reapertura y no se concurra nuevamente a la audiencia preparatoria, hasta el vencimiento de su plazo de un año.

Esto puede suceder así por lo que se ha explicado del ciclo de la violencia, y puede ser probable que no se concurra por estar en esa situación.

En cada reapertura, se analiza nuevamente si es procedente decretar una nueva medida cautelar, la que si se había dictado originalmente, es probable que se renueve.

Finalmente, si cumplido el plazo de un año, no se continuó con el procedimiento, se declarará abandonado el procedimiento y se archivará definitivamente. Lo que no obsta, nuevamente, a que se pueda presentar una nueva demanda o denuncia por actos de violencia intrafamiliar, por hechos nuevos.

6.2.3 Requerimiento de la víctima (denuncia de tercero)

Otra forma de poner término al proceso es la del artículo 100 de la LTF, en virtud del cual, si el proceso se hubiere iniciado por denuncia o demanda de un tercero, o sea no de la propia víctima, el o la juez de familia, conforme al inciso segundo de esta norma, podrá durante la audiencia preparatoria y, previo informe del consejo técnico, poner término al proceso a solicitud de la víctima.

Lo anterior, siempre que su voluntad se manifieste de manera libre y espontánea, es decir, sin ningún tipo de coacción o bajo amenaza.

En tal caso, procede a dictar una sentencia interlocutoria aceptando la voluntad de la víctima y le pondrá término al proceso, ordenando su archivo. Lo que resulta de toda lógica, porque el proceso se ha iniciado sin una manifestación de voluntad de ella, o incluso, sin su conocimiento hasta que fue notificada.

6.2.4 Sentencia

De acuerdo al artículo 101 de la LTF, la sentencia definitiva del procedimiento de VIF debe contener el pronunciamiento sobre la existencia de hechos constitutivos de VIF, la participación que en tales hechos le ha cabido a la persona demandada o denunciada, y la sanción que corresponde aplicar, conforme a lo anterior. Y si además hubieren quedado establecidas como víctimas de VIF algún NNA, el o la juez podrá siempre aplicar alguna medida de protección, en conformidad a la Ley de Menores (LM).

A este respecto, es útil usar la matriz para aplicar los principios de igualdad, no discriminación y perspectiva de género a la sentencia, que estableció la Corte Suprema en 2018 y que se puede encontrar entre los anexos de este trabajo, puesto que todos compartimos estereotipos de género que esta matriz ayuda a soslayar para llegar a una solución que respete los principios indicados. Asimismo, se deben cumplir las obligaciones que se establecieron en las cumbres judiciales (ver 1.2.1 de este trabajo).

6.2.4.1 Pronunciamiento sobre la existencia de hechos constitutivos de VIF (hechos)

La norma del artículo 101 obliga al sentenciador a incluir en su sentencia una mención específica sobre cuáles hechos específicos son constitutivos de algún tipo de violencia, como lo describe la doctrina y la LVIF sanciona, al señalar que en la sentencia se efectuará un “pronunciamiento sobre la existencia de hechos constitutivos de violencia intrafamiliar”.

Esto significa que, además de las menciones esenciales de toda sentencia definitiva, debe el tribunal señalar pormenorizadamente que los hechos que se dan por acreditados son constitutivos de actos de violencia intrafamiliar, en conformidad a lo prevenido, a su vez, por el artículo 5 LVIF.¹¹⁰

6.2.4.2 Establecimiento de la responsabilidad del denunciado o demandado (participación)

En el mismo inciso primero del artículo 101 de la LTF, se exige al sentenciador que deberá establecer, acreditado que hayan sido hechos de VIF, la responsabilidad que en los mismos le ha cabido al denunciado o demandado si este se encuentra dentro de los posibles ofensores descritos en el artículo 5 de la LVIF. Esto es, quien “tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”.

6.2.4.3 Aplicación de la sanción

En conformidad al artículo 8 de la LVIF, el maltrato que no sea constitutivo de delito será sancionado con multa a beneficio del gobierno regional del domicilio del demandante o denunciante, y serán destinados a los centros de atención a víctimas de VIF de la región, sean de financiamiento público o privado.

Esta multa irá desde un mínimo de media unidad tributaria mensual, hasta quince, lo que dependerá de la gravedad del hecho constitutivo de VIF. Si no paga la multa, se remitirán los antecedentes al Ministerio Público conforme al artículo 240 del CPC (desacato).

La LVIF también establece medidas accesorias en su artículo 9, esto es, además de la multa se deberá aplicar alguna de las siguientes:

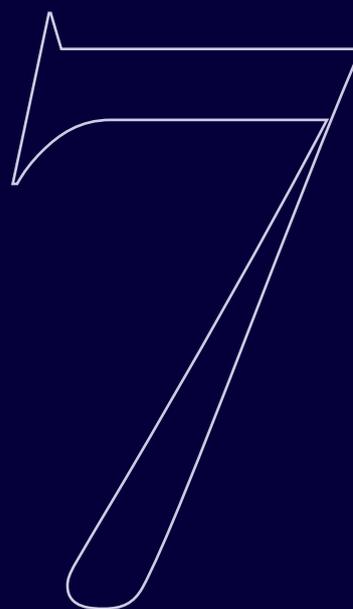
- “a) Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima.

110 Ver acápites 6.1 a 6.1.2 de este trabajo.

- b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta 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.
- c) Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan.
- d) La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término.
- e) Obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez”.

A continuación, esta misma norma establece que el tribunal deberá fijar de manera prudencial el plazo de duración de estas medidas, que no puede ser inferior a seis meses ni superior a dos años, pudiendo ser prorrogadas a petición de la víctima si se mantienen los hechos que las justificaron.

La medida de asistencia obligatoria a terapia, establecida en la letra d) citada, tendrá la duración que las instituciones encargadas señalen, pudiendo también prorrogarse.



Procedimiento sobre aplicación de medidas de protección de acuerdo a la LTF¹¹¹

En este acápite se estudiará el procedimiento especial aplicable a los casos de vulneración de derechos de NNA.

En este procedimiento, dado que las partes pueden comparecer sin patrocinio y por las consecuencias que puede traer al niño, es especialmente importante que el o la juez responda a las dudas que puedan manifestar las partes y explique las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento.



112

7.1 Procedimiento

El procedimiento especial de aplicación de medidas de protección es aquel en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para proteger los derechos de NNA que se encuentren amenazados o vulnerados en sus derechos (artículo 68 LTF).

El artículo 8 LTF agrega que esta vulneración debe ser “grave” y, además, debe resultar necesario aplicar alguna de las medidas del artículo 30 de la Ley de Menores (LM).

En el procedimiento de protección se establece una acción popular, ya que si bien el artículo 70 de la LTF enumera una serie de sujetos que pueden deducir la denuncia, su parte final permite interponer el requerimiento a cualquier persona que tenga interés.

El único caso en que la intervención judicial será siempre necesaria es aquel que implique de la adopción de medidas que importen separar al NNA de uno o ambos padres o de quienes lo tengan legalmente bajo su cuidado (artículo 68 inciso segundo LTF).

Esta regla es concordante con lo que señala el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), que dispone: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

No es un juicio propiamente adversarial, pero debe permitirse a las personas dar su versión, por los principios de todo procedimiento y porque así lo dice expresamente el artículo 9.2 de la CDN, al indicar que “se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”.

En el procedimiento de protección se establece una acción popular, ya que si bien el artículo 70 de la LTF enumera una serie de sujetos que pueden deducir la denuncia, su parte final permite interponer el requerimiento a cualquier persona que tenga interés. Este interés no es de orden patrimonial como en la filiación, sino que, por la importancia del bien protegido y porque muchas veces son los propios padres los que vulneran los derechos de los NNA, basta actuar en interés de este¹¹³. La sola petición inicia el procedimiento.

Notable es, en cuanto ejercicio autónomo de derechos, que el NNA pueda iniciar por sí mismo el procedimiento, sin embargo esto es poco frecuente; normalmente, el NNA concurre al tribunal acompañado

Si bien la ley no exige que las partes acudan a este procedimiento patrocinadas por abogado(a) como se vio en el acápite correspondiente, es desaconsejable que acudan solas, porque involucra principios jurídicos y por la dificultad de prueba.

de un adulto (o se le pide que acuda con un adulto), que es quien realiza los trámites, pese que la ley no lo exige y puede entorpecer la protección de los derechos del NNA.

Existen numerosas barreras a la denuncia autónoma, que la CIDH resume como “falta de conocimiento por los NNA de sus derechos y sobre la posibilidad de interponer denuncias y de cómo hacerlo y a dónde acudir; limitación en la legitimación activa de las personas que pueden interponer acciones ante la justicia frente a violaciones a los derechos de los NNA, puesto que en algunos casos se limita a los padres y/o tutores legales sin que el NNA pueda ejercer el derecho por sí mismo; ausencia de una asesoría jurídica y una representación legal independiente y especializada de carácter gratuito para el niño, que permita defender sus intereses y derechos de modo efectivo; los plazos breves de prescripción para algunos delitos cometidos contra los NNA; la escasa adaptación de los procedimientos judiciales a los NNA y la falta de especialización de los juzgados en materia de derechos de la niñez; el temor a la re-victimización en el marco de los procedimientos judiciales; y la falta de confianza en las autoridades para investigar y enjuiciar los delitos contra los NNA”¹¹⁴.

Muchas veces, la causa se inicia por demanda espontánea ante el tribunal o por denuncia efectuada ante Carabineros, lo que genera la necesidad de adoptar medidas cautelares sin audiencia de la parte contraria, por la urgencia del caso. Si la persona está en el tribunal, la recibe el o la juez de turno en audiencia especial, de lo contrario decide el mismo juez con la asesoría del consejo técnico.

Si bien la ley no exige que las partes acudan a este procedimiento patrocinadas por abogado(a) como se vio en el acápite correspondiente, es desaconsejable que acudan solas, porque involucra principios jurídicos y por la dificultad de prueba.

114 CIDH (2017), p. 81.

Se estima imprescindible el patrocinio, por ejemplo, si se trata de una persona cuya primera lengua no sea el castellano; o una persona con discapacidad intelectual o psicosocial, o que por cualquier otro motivo tenga problemas para entender el procedimiento.

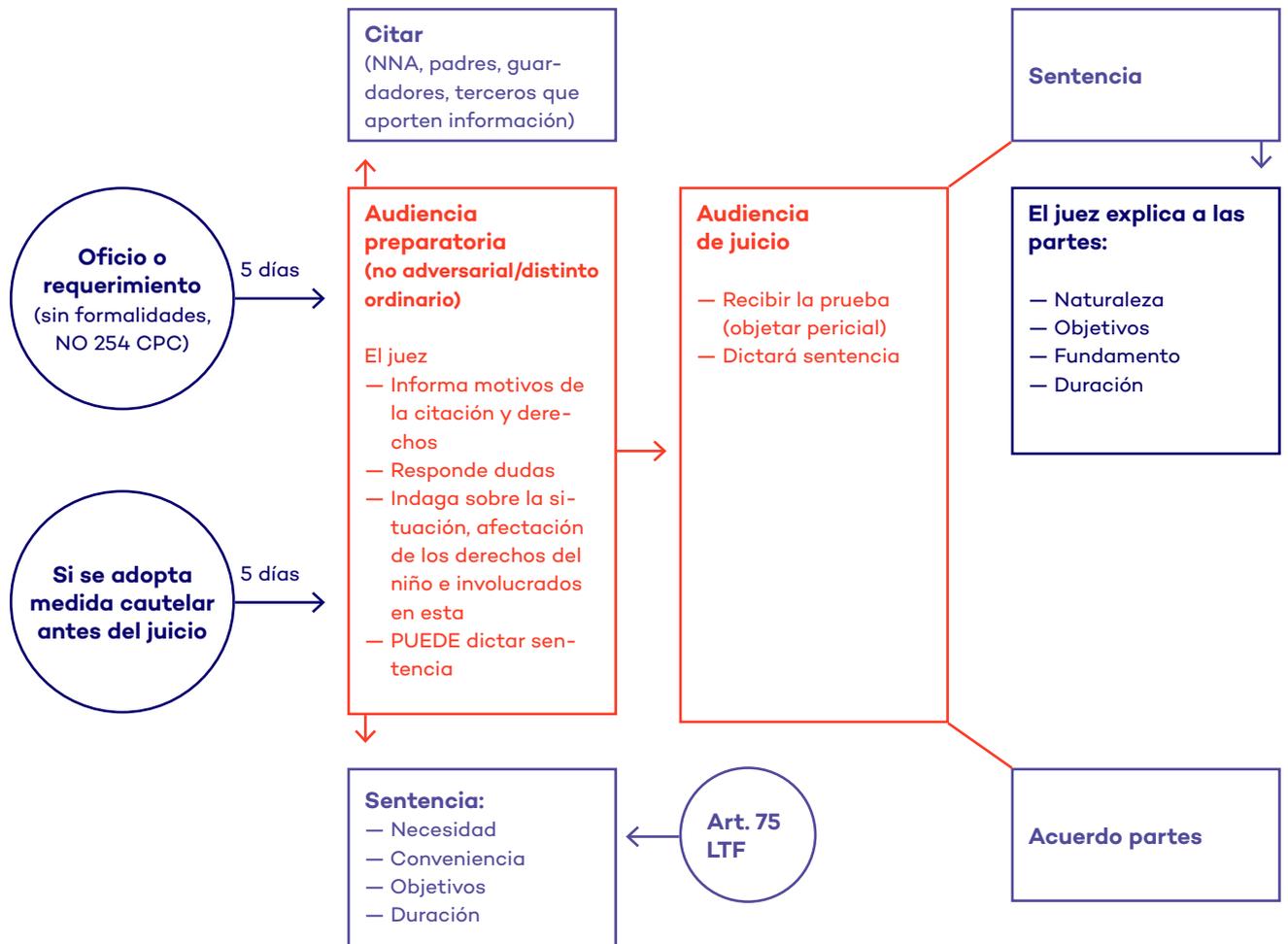
También es necesaria la designación de abogado cuando una de las partes comparece con abogado(a), como se ha fallado en Corte de Apelaciones en ocasiones: “(...) el tribunal deberá arbitrar las medidas para que en las audiencias se cumpla estrictamente lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley 19.968, en el sentido de mantener la igualdad procesal de las partes en el evento que una de ellas comparezca representada por letrado, lo que implica que deberá suspender las audiencias decretadas de ser necesario; asimismo, deberá tener en especial consideración que las resoluciones se adopten escuchando la opinión del curador *ad litem*, quien conforme las disposiciones legales citadas debe representar los derechos del niño sobre quien se adopta la medida de protección”¹¹⁵.

Ni la LTF ni el Código Orgánico de Tribunales contienen reglas de competencia relativa, pero tradicionalmente se ha estimado competente el del domicilio del NNA.

Estas causas no están excluidas del control de admisibilidad según el artículo 54-1 LTF, pero no pueden ser rechazadas por incumplimiento de requisitos formales, ya que en ese caso puede ser conocida como denuncia.

La ley no desarrolla mayormente lo que debe hacerse en las audiencias de estos juicios, pero por aplicación supletoria de las normas del juicio ordinario de familia, se debe recibir la causa a prueba y admitir el ofrecimiento y discusión, así como la rendición de las mismas conforme las reglas generales. En este esquema se sistematizan las reglas del artículo 68 y siguientes de la LTF:

115 CA de Antofagasta, causa rol N° 36-2019, recurso de apelación.



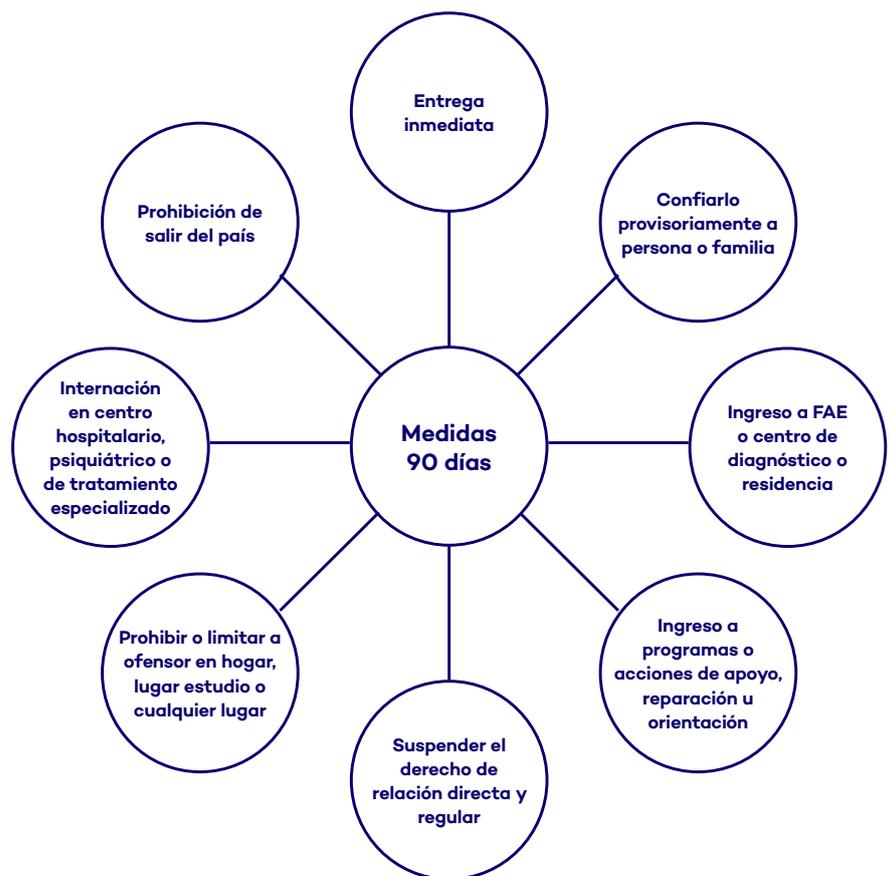
7.2 Potestad cautelar en materia de protección de NNA

Las medidas cautelares se pueden adoptar en cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, caso en el cual el o la juez fijará inmediatamente la fecha de la audiencia preparatoria dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida.

Como en todas las cautelares de familia, se pueden decretar de oficio o a petición de parte, pero se agrega la solicitud de la autoridad pública de cualquier persona. Los requisitos que debe cumplir son:

- a. Que sea necesaria para proteger los derechos del NNA.
- b. Que esté fundada en antecedentes calificados como suficientes para ameritar su adopción, dejando expresa constancia de ellos.

Las medidas cautelares de protección que pueden adoptarse son únicamente las siguientes:



En ningún caso podrá ordenarse, como medida de protección, el ingreso de un NNA a un establecimiento penitenciario para adultos.

La internación hospitalaria, en cambio, sólo procederá cuando:

1. sean necesarios los servicios que estos establecimientos ofrecen.
2. sea indispensable por amenaza a la vida o salud del NNA.

El o la juez podrá requerir el auxilio de Carabineros para cumplirlas.

En todos los casos, la audiencia debe efectuarse en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica, ya que su exposición al juicio, dada la problemática que se tramita en estas causas, puede ser vulneratoria para el NNA.

La medida cautelar provisoria no podrá durar más de noventa días y no es prorrogable.

El artículo 69 de la LTF encarga especialmente al juez tener en debida cuenta las opiniones de los NNA, según su edad y madurez, pudiendo escucharlos en las audiencias:

- preparatoria
- de juicio, o
- especial, fijada al efecto.

En todos los casos, la audiencia debe efectuarse en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica, ya que su exposición al juicio, dada la problemática que se tramita en estas causas, puede ser vulneratoria para el NNA.

En el siguiente link se puede visualizar la situación que vive un NNA si debe declarar muchas veces:

Revictimización

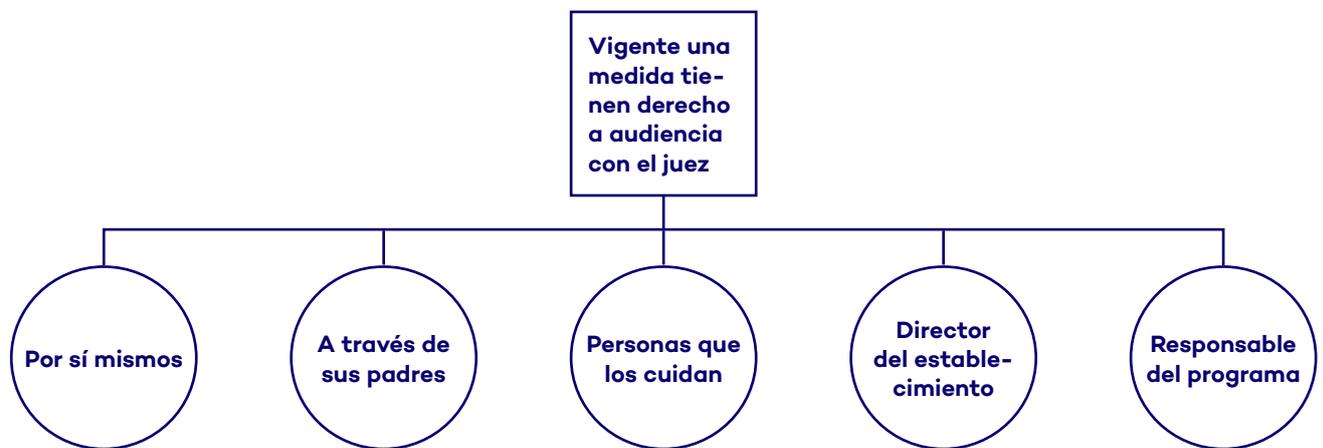
Para evaluar las implicaciones en cada caso, es útil recurrir a la pauta de evaluación de riesgo confeccionada en base a encuestas y entrevistas a jueces y consejeros técnicos, agregada al final de este trabajo en los documentos anexos.

7.3 Medida de separación de sus padres (art. 74 LTF)

Esta medida, que es especialmente gravosa y constituye en sí misma una vulneración del artículo 9 de la CDN, se adoptará sólo mediante resolución fundada.¹¹⁶

7.4 Derecho de audiencia con el o la juez (art. 79 LTF)

Los NNA respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el o la juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten:



Se debe tener presente que estos NNA son los más vulnerables, especialmente los institucionalizados, por lo que deben estar permanentemente en contacto con el o la juez.¹¹⁷

117 Para mayor ilustración sobre la participación en juicio de NNA, ir al acápite 1.2.5.3 y ss.

7.5 Deber de información del SENAME (art. 80 bis inc. 1° LTF)

El Servicio Nacional de Menores, a través de sus directores regionales, informará periódica y detalladamente a cada juzgado de familia la oferta programática vigente en la región, según las líneas de acción desarrolladas, su modalidad de intervención y la cobertura existente en ellas. Estas pueden ser:

- a. Centros de administración directa
- b. Proyectos de organismos colaboradores acreditados.

El consejo técnico es el encargado de procesar dicha oferta y mantener actualizado el registro interno para su uso tanto dentro como fuera de audiencia.

7.6 Deber de adoptar medidas inexistentes solicitadas por el juez (artículo 80 bis inc. 2° LTF)

Si el o la juez decreta una medida respecto de la cual no existe oferta programática en la región, dentro de las líneas de acción indicadas en la Ley N° 20.032 de 2005, los pasos son:

- a. Lo comunica al director nacional del SENAME,
- b. El director nacional debe generar dicha oferta en el menor tiempo posible,
- c. Entretanto, el o la juez decretará alguna de las restantes medidas del artículo 71 LTF.

Si la cautelar decretada consiste en la internación del NNA en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, se deberá darle cumplimiento de inmediato y sin más trámite.

7.7 Obligación de informar (art. 76 LTF)

El director del establecimiento, o responsable del programa al que se envíe al NNA y su familia, debe informar al tribunal sobre el cumplimiento cada tres meses, ampliables hasta seis. El informe debe referir a:

- a. Desarrollo de la medida
- b. Situación en que se encuentra el NNA
- c. Avances alcanzados en la consecución de los objetivos establecidos por la sentencia.
- d. El o la juez tiene el deber de asesorarse con el consejo técnico cuando evalúe los informes.

7.8 Incumplimiento de las medidas (art. 77 LTF)

Si no se cumplen las medidas por los padres u otros obligados, la institución debe informar para que el juez:

Ordene su
ejecución, incluso
mediante apremios

La sustituya
por otra

7.9 Suspensión, modificación y cesación de medidas (art. 80 LTF)

Puede hacerse:

En cualquier momento que se justifique

De oficio

A petición del NNA

A petición de los padres

A petición de las personas que lo cuidan

A petición del responsable del programa

Para decidir, el o la juez puede¹¹⁸:

A. Solicitar un informe psicosocial actualizado del NNA

B. Citar a una única audiencia destinada a:

a. Escuchar a las partes

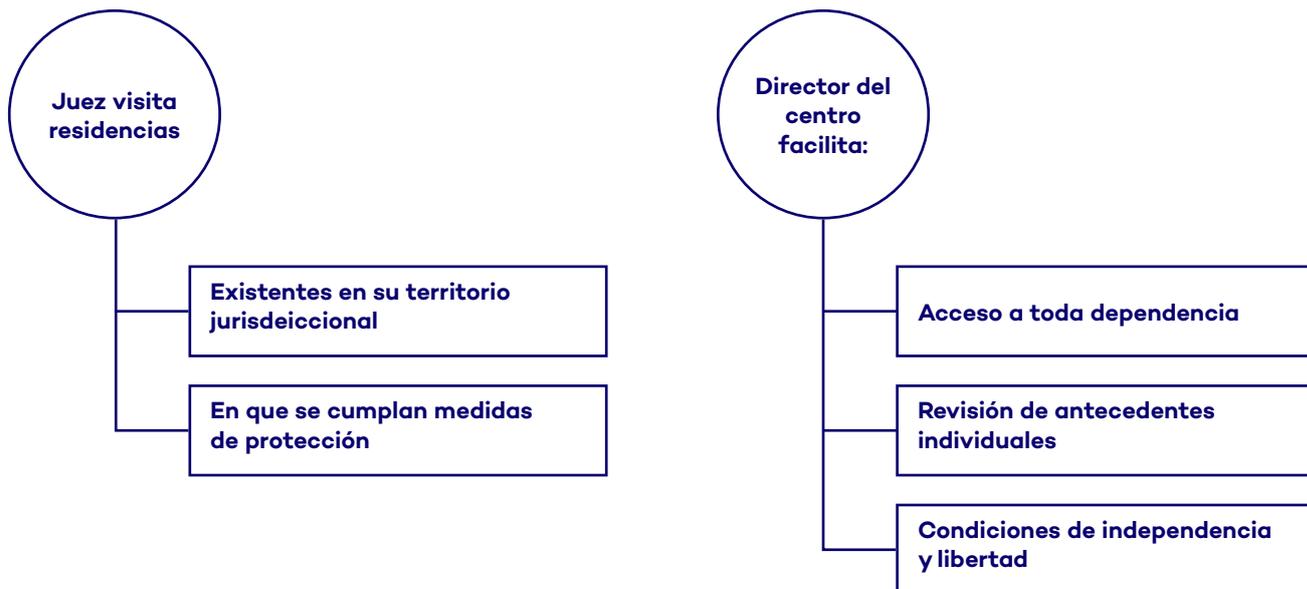
b. Recibir los antecedentes y,

c. Recibir la declaración del perito que elaboró el informe, entregado con 5 días de anticipación a la audiencia

La medida cesará cuando el NNA alcance la mayoría de edad, sea adoptado o transcurra el plazo sin ser modificada o renovada.

7.10 Obligación de visita¹¹⁹

Los jueces de familia deberán visitar personalmente los establecimientos residenciales según el siguiente esquema:



Materiales docentes Academia Judicial

Los jueces de familia podrán siempre visitar los centros, programas y proyectos de carácter ambulatorio existentes en su territorio jurisdiccional, y en que se cumplan medidas de protección.

Las visitas podrán efectuarse en cualquier momento, dentro de lapsos que no excedan los seis meses. El incumplimiento de esta obligación se considera como una falta disciplinaria grave.

El o la juez evacuará un informe con las conclusiones extraídas, que se remite al SENAME y a la Corte de Apelaciones respectiva.

Existiendo más de un juez(a) en la jurisdicción, las visitas se harán por turno de acuerdo al orden que determine el o la juez presidente.

Los jueces de familia podrán siempre visitar los centros, programas y proyectos de carácter ambulatorio existentes en su territorio jurisdiccional, y en que se cumplan medidas de protección.

119 Artículo 78 LTF.

7.11 Sentencia

El artículo 75 de la LTF señala que la sentencia debe fundamentar “la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicará los objetivos que se pretenden cumplir con ella y determinará el tiempo de su duración”. Si bien las exigencias son menores que en el juicio ordinario, dado que la sentencia se dicta en la misma audiencia, ello no libera al juez(a) de cumplir los requisitos del artículo 66 de la LTF.

Pero, adicionalmente y en razón de la materia y el hecho de que las partes asisten sin abogado, el o la juez debe “explicar claramente a las partes la naturaleza y objetivos de la medida adoptada, sus fundamentos y su duración” tras su dictación.¹²⁰

7.11.1 Determinación del derecho vulnerado

El procedimiento busca restablecer derechos vulnerados, por tanto el primer paso es establecer qué derecho del NNA es el que se denuncia o estima vulnerado, porque, en primer lugar, ello facilitará determinar si efectivamente hay amenaza o vulneración y, en segundo lugar, permitirá delimitar de mejor manera la medida a aplicar y sus objetivos.

Si en la denuncia o demanda no se mencionan hechos que puedan constituir vulneración de derechos o garantías del NNA, el consejero en la primera entrevista, o el juez(a) en la audiencia, deberán recabar los antecedentes necesarios.

Es útil que la demanda o denuncia señale la garantía que se estima vulnerada, pero es el o la juez quien, finalmente, debe hacer el ejercicio de encuadrar los hechos en alguno de los derechos garantizados al NNA, ya sea en la Constitución o en un tratado ratificado por Chile que se encuentre vigente, particularmente en la CDN.

120 El legislador pareciera instar al juez a “traducir” la sentencia a las partes para asegurarse que se cumpla.

Existirá vulneración de derechos cuando, en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a los padres o por cualquier otra causa, se limite el pleno ejercicio de los derechos del NNA sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

En el caso de los tratados, debe tomarse en cuenta no sólo lo que el propio artículo consagra, sino además la interpretación que el comité internacional respectivo o la Corte Interamericana ha dado al derecho o libertad de que se trata. Asimismo, se debe tener presente que los derechos que emanan de tratados no se interpretan de acuerdo con los artículos 19 al 24 del CC, sino según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, particularmente su artículo 31.

En cuanto a qué significa “vulnerado”, para dilucidarlo se puede recurrir a lo que dispone el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política, que señala: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Y, por analogía, al artículo 489 del Código del Trabajo, que trata precisamente de la vulneración de derechos fundamentales¹²¹: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”.

Entonces, llevadas estas definiciones a los derechos del NNA, se puede decir que existirá vulneración de derechos cuando, en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a los padres o por cualquier otra causa, se limite el pleno ejercicio de los derechos del NNA sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Finalmente, se debe considerar que la Constitución establece que un derecho puede ser conculcado en diferentes grados: privación, perturbación o amenaza. Al respecto, Humberto Alcalá Nogueira¹²² señala que:

121 En su caso, del trabajador.

122 NOGUEIRA (2010), p. 263.

- La **privación** “consiste en la imposibilidad material, total de ejercerlo”.
- La **perturbación** “consiste en el ejercicio anormal del derecho por causa de acciones u omisiones arbitrarias o ilegales que impiden, parcial y materialmente, el goce o ejercicio del derecho”.
- La **amenaza** “está constituida por las acciones u omisiones que impiden el goce pacífico del derecho, ante la inminencia de la perturbación o privación del derecho”.

En el siguiente link se puede ver una breve explicación sobre los derechos de los NNA y la CDN:

Convención sobre los Derechos del Niño-Unicef

7.11.2 Necesidad y conveniencia de la medida adoptada

En la sentencia debe consignarse la situación que ha motivado el inicio del proceso, la forma en que afecta a los NNA y la identidad de las personas que se encuentren involucradas en la afectación de sus derechos¹²³. Es útil incluir:

- a. Derecho(s) que se estima(n) vulnerado(s).
- b. Qué instrumento consagra el derecho.
- c. Medidas que se adoptan.
- d. Leyes que permiten su adopción.
- e. Cumplimiento de los requisitos para la adopción de las medidas especialmente lesivas.
- f. Necesidad y urgencia de la aplicación de la medida.

El o la juez debe asegurarse de que la intervención sea realmente necesaria, por la regla de la mínima intervención judicial, ya que adoptar una medida cuando el caso no lo amerita puede ser tan perjudicial como no actuar cuando hay un derecho vulnerado.

De acuerdo a la Observación General N° 13 del Comité de los Derechos del Niño¹²⁴, las medidas que se adopten deben:

1. Perseguir la finalidad principal de proteger al NNA.
2. Salvaguardar su desarrollo posterior.
3. Velar por su interés superior (y el de otros NNA, si existe un riesgo de reincidencia del autor de los actos de violencia).
4. Procurar que la intervención sea lo menos perjudicial posible, en función de lo que exijan las circunstancias.

El o la juez debe asegurarse de que la intervención sea realmente necesaria, por la regla de la mínima intervención judicial, ya que adoptar una medida cuando el caso no lo amerita puede ser tan perjudicial como no actuar cuando hay un derecho vulnerado.

7.11.3 Medidas de protección definitivas que pueden adoptarse (art. 30 LM)

Las medidas definitivas que se pueden adoptar son:

- a. Concurrencia a programas de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis.
 1. Se recurrirá a ellos en la medida que se requiera de los servicios que ofrecen.
 2. Se debe recordar que, en medidas de protección, *lo que abunda daña*.
 3. Problema de la doble evaluación: Previo-De ingreso, que implica contar la historia de vulneración varias veces a distintas personas.
- b. Internación (se analizará en acápite especial)

- c. Cualquier otra medida necesaria para proteger a los NNA (inciso primero). Pueden ser:
1. Las medidas que se decretaron como cautelares y pueden adquirir naturaleza definitiva.
 2. Otras que puedan resultar útiles y no estén enumeradas, como búsqueda de establecimiento educacional si el NNA está desescolarizado, asistencia a cursos de manejo si ha sido sorprendido conduciendo sin licencia, y sin conocimiento de los padres, etcétera.
 3. El requisito es que sea conducente a la vulneración y que resulte mejor que no hacer nada.

Respecto de la **internación** en un establecimiento de protección, es necesario decir que sólo procederá:

- en los casos en que resulte **indispensable**, y
- **a falta** de parientes o personas de confianza.

La internación podrá renovarse en los mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar. Se podrá sustituir o revocar la medida antes del vencimiento del plazo por el que se la hubiere dispuesto, si varían las circunstancias.

7.11.4 Objetivos de la medida adoptada

Los objetivos de las medidas de protección deben ser expresos, esto es, quedar claramente establecidos en la sentencia, para que las partes y el organismo designado para cumplirlas sepa lo que tiene que hacer y qué debe cumplir. Estos objetivos deben ser concretos y, en la medida de lo posible, verificables, para poder controlar su cumplimiento.

7.11.5 Duración de la medida

La sentencia debe establecer un plazo para su ejecución, que en el caso de la internación no puede ser superior a un año, aunque puede prorrogarse si las circunstancias que motivaron la adopción se mantienen.

7.11.6 Fundamentación reforzada en caso de medidas especialmente lesivas

Hay ciertas medidas que en sí mismas son especialmente vulneratorias de derechos, como la separación de los padres y la internación. Transgreden derechos, por cuanto a pesar de que se adoptan para proteger a los NNA, los privan de otros derechos, como ser cuidados por sus padres, la libertad personal (en el caso de la internación), asistencia al colegio, salud, etcétera, por lo que para adoptarlas se requiere razones más poderosas que para adoptar otras y, por tanto, el deber de fundamentación es mayor.

7.11.6.1 Estándares para la aplicación de medida de separación de los padres

Sólo puede adoptarse:

- a. Cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del NNA.
- b. Siempre que no exista otra más adecuada.
- c. Si se han agotado previamente las posibilidades de que el NNA permanezca con sus padres o un pariente consanguíneo o persona de su confianza.

Estas exigencias rigen también para la separación como medida cautelar. Para precaver la integridad física y psíquica del los NNA, el o la juez preferirá a:

1. Sus parientes consanguíneos.
2. Otras personas con las que tenga una relación de confianza, y
3. Sólo en defecto de los anteriores, un establecimiento de protección.

7.11.6.2 Estándares para proceder a la internación de un NNA

Para proceder a la internación deben concurrir dos circunstancias copulativas:

- a. Que resulte indispensable para cautelar la integridad física o psíquica de los NNA, lo que implica haber agotado todas las posibilidades de trabajo con los padres y la familia extensa, incluyendo la concurrencia a terapia, medicamentos, etcétera.

- b. Que no existan parientes o personas cercanas que puedan asumir su cuidado, o sean inhábiles. La medida es esencialmente:
- **Temporal** (no más de 1 año)
 - **Renovable** (si subsiste la causa)
 - **Revisable** (cada seis meses y basándose en los informes que deben enviar las instituciones)
 - **Revocable** (se puede sustituir o dejar sin efecto en cualquier momento).

En todo caso, se deberá trabajar con la familia y parientes con el fin de habilitarlos para que el NNA retorne a su hogar lo antes posible y, si ello no se puede lograr, buscar una familia sustituta, pues el sano desarrollo sólo se logra en un hogar bientratante.

La CIDH ha señalado que “la Declaración y la Convención Americanas y la CDN, reconocen a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia atribuyendo a la familia un papel preponderante en la garantía del cuidado, bienestar y protección de los NNA por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en sus primeras etapas de vida. Se reconoce asimismo el derecho del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos, así como el deber de los Estados de apoyar a la familia para que ésta pueda cumplir cabalmente con sus funciones. De estos derechos se deriva la obligación del Estado de promover y propiciar un apoyo adecuado a las familias para que éstas puedan cumplir con sus responsabilidades parentales en el cuidado y la crianza de los hijos, y de ese modo garantizar la protección de los niños y de sus derechos”¹²⁵.

La exigencia de gravedad es cuestionada por algunos jueces, sin embargo, no toda vulneración debe ser abordada por la justicia de familia. Existen, por ejemplo, padecimientos psicológicos o problemas de familia que pueden ser atendidos por instancias administrativas o privadas, sin orden judicial.

7.11.7 Medida de protección como “mal menor”

Las medidas de protección no son bienes sino males menores, por ello debe justificarse que ellas obedezcan a una imperiosa urgencia dada por la vulneración o amenaza grave de derechos, como indica el artículo 8 N° 7 LTF.

La exigencia de gravedad es cuestionada por algunos jueces, sin embargo, no toda vulneración debe ser abordada por la justicia de familia. Existen, por ejemplo, padecimientos psicológicos o problemas de familia que pueden ser atendidos por instancias administrativas o privadas, sin orden judicial.

Lo anterior, además, sigue la regla, ya mencionada y reconocida a nivel internacional, de “mínima intervención judicial”, según la cual, cuando un tribunal está considerando si debe o no adoptar una o más decisiones respecto a un NNA, no se procederá a otorgarlas a menos que considere que ello sería mejor para este que no hacer nada en absoluto.

“La CIDH ha señalado la importancia de ofrecer respuestas especializadas a las diversas situaciones de desprotección que afectan a los NNA, que consideren y sean respetuosas de los derechos de los NNA, promuevan la efectiva vigencia de sus derechos, y aborden las causas socio-económicas y de carácter estructural que subyacen a las situaciones de desprotección a través de políticas y servicios sociales. En la medida de lo posible, y de acuerdo con la ley, se debería evitar judicializar los problemas sociales subyacentes a la situación de vulneración de derechos cuando estos problemas puedan ser abordados de modo más eficiente y adecuado a partir de políticas sociales de protección y apoyo a la familia, en particular cuando el telón de fondo de muchas de las medidas de protección es la pobreza, la exclusión social, y sus consecuencias en las familias”¹²⁶.



Bibliografía
Glosario
Anexos

Bibliografía

1. **American Bar Association (1999):** *Standards of Practice for Lawyers who Represent Children in Abuse and Neglect Cases (NACC Revised Version)*. Disponible en https://cdn.ymaws.com/www.naccchildlaw.org/resource/resmgr/Standards/ABA_Standards_NACC_Revised.pdf, [consultado el 13 julio de 2020].
2. **ALSINA, Hugo (2016):** *Fundamentos del derecho procesal*, Tomo I (Buenos Aires, Editorial Ediar).
3. **ARÓN, Ana María (2001):** *Violencia en la familia. Un modelo de intervención en red: la experiencia de San Bernardo* (Santiago, Editorial Galdoc).
4. **Adimark (1993):** "Informe Final N° 117/93 de Estudio de Organizaciones Representativas para la Comisión Nacional de la Familia", junio de 1993. Disponible en <http://archivospublicos.cl/uploads/r/archivo-institucional-universidad-alberto-hurtado/6/3/c/63c91e2e5d94d16f41d1fc-b70a656bf3663de1cabe8c3ac2fd35aa690f5d-fe68/45-2-3.pdf>, [consultado el 30 abril de 2020].
5. **AGUIRRÉZABAL, Maite (2013):** "Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, julio 2013, N° 20, pp. 295-308 Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000100017 [consultado el 9 mayo de 2020].
6. **ARNSTEIN, Sherry R. (1969):** "A Ladder Of Citizen Participation", en *Journal of the American Planning Association*, 35: 4, pp. 216-224. Disponible en https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/01944366908977225?casa_token=aVaB7AZrjGMAAAAA:uoNOZ-yy79AV-GcfPXhCBo4xVk6RxqL6mPKfXILIDTtmFP80BZ-nBz3Nmnwh2kX66nHtCCZlwmOopLEgmO5w [consultado el 11 octubre de 2020].
7. **BARCIA, Rodrigo (2013):** "La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez", en *Ius et Praxis*, N°19(2), pp. 3-52. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200002 [consultado el 13 julio de 2020].
8. **BCN (2004):** Historia de la Ley N° 19968, "Crea los Tribunales de Familia". Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5746/>, [consultado el 28 abril de 2020].
9. **BCN (2008):** Historia de la Ley N° 20.286, que Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19968, que crea los Tribunales de Familia. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5166/>, [consultado el 28 abril de 2020].
10. **CALAMANDREI, Piero (1996):** *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (Buenos Aires, Librería El Foro).
11. **Cámara de Diputados (2019):** Proyecto de Ley de Garantías de los Derechos de la Niñez, Boletín 10315-2018, Segundo Trámite Constitucional/Senado de 29 de Octubre de 2019, sesión 64ª / 367. Disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prml-D=10729&prmBoletin=10315-18>, [consultado el 13 julio de 2020].
12. **CASTILLO A., José Luis et al. (2006):** *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales* (Lima, Ara Editores).
13. **CEJIL (2013):** *La debida diligencia en la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos de Violencia de Género*, Centro por la Justicia y el Derecho internacional. Disponible en https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/Debida%20diligencia_0.pdf, [consultado el 2 mayo de 2020].
14. **CEDAW (2017):** Recomendación General N° 35: "La violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19". Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en, [consultado el 2 mayo de 2020].
15. **CIDH (2017):** *Garantía de derechos Niños, niñas y adolescentes*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>, [consultado el 21 julio de 2020].
16. **Chilectra (2001):** *Luces de Modernidad: Archivo Fotográfico Chilectra*, (Santiago de Chile, Larrea Impresores). Disponible en <http://www.memoria-chilena.gob.cl/602/w3-article-8126.html>, [consultado el 8 mayo de 2020].
17. **CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999):** "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de Derechos del Niño", *Revista*

- Justicia y Derechos del Niño* N° 1, disponible en http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/202/Justicia_N_1.pdf, [consultado el 2 mayo de 2020].
18. **Comité de los Derechos del Niño (2009):** “Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado”. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fG-C%2f12&Lang=en, [consultado el 11 octubre de 2020].
 19. **CONTRERAS, Dante, BRAVO, David y PUENTES, Esteban (2000):** “Tasa de Participación Femenina: 1957-1997. Un Análisis de Cohortes Sintéticos”, Departamento de Economía de la Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Disponible en <http://econ.uchile.cl/uploads/publicacion/531975f9-a96a-41ad-8f88-f8d9b3c-d5c55.pdf>, [consultado el 30 abril de 2020].
 20. **Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002):** Opinión Consultiva N° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, [consultado el 2 mayo de 2020].
 21. **Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005):** Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf, [consultado el 13 julio de 2020].
 22. **Corporación de Asistencia Judicial R.M. (2003):** *Resolución alternativa de conflictos: una opción democrática de acceso a la justicia, una forma de intervención humanizante en la asistencia jurídica gratuita* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
 23. **CORRAL, Hernán (2013):** “Conciliación, avenimiento y transacción”, en *Derecho y Academia*. Blog de Hernán Corral. Disponible en <https://corralalciani.wordpress.com/2013/05/19/conciliacion-avenimiento-y-transaccion/>, [consultado el 9 mayo de 2020].
 24. **COUTURE, EDUARDO J. (1958):** *Fundamentos del derecho procesal*, 3ª edición (póstuma). (Buenos Aires, Editorial Roque Depalma).
 25. **Cumbre Judicial (2002):** “Carta de derechos de las personas ante la justicia”, Cancún.
 26. **Cumbre Judicial (2014a):** “Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas”, Santiago.
 27. **Cumbre Judicial (2014b):** “Protocolo de Actuación Judicial para casos de Violencia de Género contra las mujeres”, Santiago.
 28. **Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2017):** *Peritajes en Chile*. Disponible en http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ru1FR_sgxBLJ:decs.pjud.cl/documentos/descargas/338_Informe_Estudio_Diagnostico_Peritos_Final_web.pdf+&cd=13&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl&safe=vss#22. [consultado el 20 de julio de 2020].
 29. **ECHEBURÚA, Enrique; MUÑOZ, José Manuel y LOINAZ, Ismael (2011):** “La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro”, en *International Journal of Clinical and Health Psychology*, vol. 11, núm. 1, pp. 141-159. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/337/33715423009.pdf>. [consultado el 20 de julio de 2020].
 30. **FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO (2012):** “**Derecho probatorio de familia**”, en *Revista chilena de derecho privado*, N° 19, pp. 245-252. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000200013 [consultado el 2 de mayo de 2020].
 31. **GIANELLA, Carolina y CURI, Sara (s/a):** “Mediación y violencia familiar en el contexto judicial”. Disponible en https://59551301-6bae-4ea6-b848-4b8a0e525957.filesusr.com/ugd/db-5d57_9cf81d6505274a529d34a2f6edef741e.pdf, [consultado el 2 de mayo de 2020].
 32. **GONZÁLEZ, Joel (2006):** “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1, pp. 93-107. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100006, [consultado el 7 de mayo de 2020].
 33. **GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel (2019):** “La conciliación: modelos y técnicas”, en *Mecanismos alternativos de solución de conflictos* (Santiago, Academia Judicial). Disponible en https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/MASC_MATERIAL_DOCENTE.pdf [consultado el 6 de mayo de 2020].

34. **GREEVEN, Nel y VALENZUELA, Verónica (2019):** *Manual para la intervención con niños, niñas y adolescentes en riesgo o vulnerados en sus derechos humanos*. Disponible en https://intranet.academijudicial.cl/Imagenes/Temp/Man_NNA_DDHH.pdf, [consultado el 7 de mayo de 2020].
 35. **HERRERA, Marisa (2015):** *Manual de derecho de las familias* (Buenos Aires, AbeledoPerrot).
 36. **LANSDOWN, Gerison (2001):** *Promoting Children's Participation In Democratic Decision-Making* (Italia, Unicef).
 37. **LANSDOWN, Gerison (2005):** *La evolución de las facultades del niño* (Italia, Unicef).
 38. **LOUTAYF, Roberto y SOLÁ, Ernesto (2017):** "Principio de bilateralidad o contradicción en la prueba", en *Elementos de derecho probatorio*, Jorge W. Peyrano director (Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores) Disponible en <file:///C:/Users/Nel/Downloads/PRINCIPIO%20DE%20BILATERALIDAD%20%20CONTRADICCION%20EN%20LA%20PRUEBA.pdf>, [consultado el 8 de mayo de 2020].
 39. **LEPIN, Cristián (2013):** "El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 2, pp. 513-548, Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v40n2/art07.pdf>, [consultado el 3 de mayo de 2020].
 40. **Ministerio de Salud (2004-2005):** "Guía Clínica para la Atención Primaria: Violencia Intrafamiliar, Detección, Diagnóstico y Tratamiento" (Santiago).
 41. **MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2014):** *Los recursos procesales*, 2ª Edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
 42. **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010):** "La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México", *Revista Ius et Praxis*, Año 16 Número 1. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000100009, [consultado el 30 abril de 2020].
 43. **NUÑEZ OJEDA, Raúl (2009):** *Negociación, mediación y conciliación, como métodos alternativos de solución de controversias* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
 44. **NÚÑEZ, René y CORTÉS, Mauricio (2012):** *Derecho procesal de familia. La primera reforma procesal civil en Chile* (Santiago, Legal Publishing Chile).
 45. **ORTELLS RAMOS, Manuel (2000):** *Las medidas cautelares* (Madrid, La Ley).
 46. **PÁEZ GONZÁLEZ, Valentina (2008):** "La introducción del contradictorio en la tutela cautelar de los tribunales de familia", memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales (Universidad Austral de Chile, Valdivia). Disponible en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2008/fjp126i/doc/fjp126i.pdf>, [consultado el 30 abril de 2020].
 47. **PÉREZ MANRÍQUEZ, Ricardo (2007):** "Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes", en *Revista Justicia y Derechos del Niño* N° 9 (Santiago, UNICEF).
 48. **PERRONE, Reynaldo y NANNINI, Martine (2007):** *Violencia y abusos sexuales en la familia. Una visión sistémica de las conductas sociales violentas* (Paidós).
 49. **Poder Judicial (2018):** *Cuaderno Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Disponible en http://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/CBP/CBP_30052019_HR1.1.pdf, [consultado el 20 julio de 2020].
 50. **Poder Judicial (s/a):** *Descripciones de cargos de los tribunales del país. Tribunal de Familia, (tamaño mayor)*. Disponible en <https://www.pjud.cl/documents/10179/7584977/Juzgado+de+Familia+-+Tama%C3%B1o+Mayor.pdf/a65e129f-3454-4a5e-89cc-556b4fb51600?version=1.0>, [consultado el 3 de mayo de 2020].
 51. **RODRÍGUEZ, Laura (2011):** *Infancia y derechos: del patronato al abogado del niño* [ebook], (Buenos Aires, Eudeba).
 52. **THOBURN, June y SCHOFIELD, Gillian (1996):** *Child Protection: The Voice of the Child in Decision-making*, (Londres, Institute for Public Policy Research).
- ### Normas jurídicas
1. **Acta 93-2005**, Auto Acordado Relativo al Funcionamiento de los Juzgados de Familia. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242794>, [consultado el 3 de mayo de 2020].
 2. **Acta 140-2007**, Auto Acordado sobre confección de Lista de Peritos en el Procedimiento Civil, Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?id->

- [Norma=263995](#), [consultado el 20 de julio de 2020].
3. **Acta 71-2016**, Auto Acordado que Regula el Funcionamiento de Tribunales que Tramitan Electrónicamente, Disponible en [Http://Www.Tramitacionelectronica.Cl/Auto-Acordado-71-2016/](http://www.Tramitacionelectronica.Cl/Auto-Acordado-71-2016/), [consultado el 3 de mayo de 2020].
 4. **Declaración de los Derechos del Niño**. Disponible en <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/> [consultado el 1 de marzo de 2020].
 5. **Decreto 100**, Constitución Política de la República de Chile, Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.
 6. **Decreto 201**, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Diario Oficial, 17 de septiembre de 2008.
 7. **Decreto 789**, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Diario Oficial, 9 de diciembre de 1989.
 8. **Decreto 830**, Convención sobre los Derechos del Niño. Diario Oficial, 27 de septiembre de 1990.
 9. **Decreto 873**, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Diario Oficial, 5 de enero de 1991.
 10. **DFL N° 1**, Código Civil. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.
 11. **Ley N° 1.552**, Código de Procedimiento Civil de Chile, Diario Oficial, 30 de agosto de 1902.
 12. **Ley N° 5.750**, Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Diario Oficial, 2 de diciembre de 1935.
 13. **Ley N° 19.620**, dicta Normas sobre Adopción de Menores. Diario Oficial, 5 de agosto de 1999.
 14. **Ley N° 19968**, crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial, 30 de agosto de 2004.
 15. **Ley N° 20.032**, establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME, y su Régimen de Subvención. Diario Oficial, 25 de julio de 2005.
 16. **Ley N° 20.066**, establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Diario Oficial, 7 de octubre de 2005.
 17. **Ley N° 20.084**, establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. Diario Oficial, 7 de diciembre de 2005.
 18. **Ley N° 20.286**, Introduce Modificaciones Orgánicas y Procedimentales a la Ley N° 19968, que Crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial, 15 de septiembre de 2008.
 19. **Ley N° 20.680**, Introduce Modificaciones al Código Civil y a Otros Cuerpos Legales, con el Objeto de Proteger la Integridad del Menor en Caso de que sus Padres Vivan Separados. Diario Oficial, 21 de junio de 2013.
 20. **Ley N° 20.830**, crea el Acuerdo de Unión Civil. Diario Oficial, 21 de abril de 2015.
 21. **Ley N° 20.886**, Modifica el Código de Procedimiento Civil, para Establecer la Tramitación Digital de los Procedimientos Judiciales. Diario Oficial, 18 de diciembre de 2015.

Jurisprudencia citada

1. Corte de Apelaciones de Arica, rol N° 34-2006, de 25 de agosto de 2006, (Recurso de Apelación).
2. Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 373-2009, de 8 de octubre de 2009, (Recurso de Apelación).
3. Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 511-2009, de 17 de noviembre de 2009, (Recurso de Apelación).
4. Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 190-2014, de 1° de julio de 2014, (Recurso de Apelación).
5. Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 31-2018, de 20 de Septiembre de 2018, (Recurso de Apelación).
6. Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 967-2015, de 4 de enero de 2016, (Recurso de Apelación).
7. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1773-2009, de 26 de agosto de 2009, (Recurso de Apelación).
8. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1777-2009, de 21 de octubre de 2009, (Recurso de Apelación).
9. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2171-2009, de 21 de octubre de 2009, (Recurso de Apelación).

10. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2268-2009, de 21 de octubre de 2009, (Recurso de Apelación).
11. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 313-2013, de 19 de abril de 2013, (Recurso de Apelación).
12. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 16-2015, de 11 de febrero de 2015, (Recurso de Apelación).
13. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 292-2015, de 16 de marzo de 2015, (Recurso de Apelación).
14. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 84-2015, de 23 de marzo de 2015, (Recurso de Apelación).
15. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6-2015, de 6 de abril de 2015, (Recurso de Apelación).
16. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 124-2015, de 8 de abril de 2015, (Recurso de Apelación).
17. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 387-2015, de 7 de mayo de 2015, (Recurso de Apelación).
18. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 633-2015, de 20 de mayo de 2015, (Recurso de Apelación).
19. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1054-2015, de 20 de julio de 2015, (Recurso de Apelación).
20. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1090-2015, de 20 de julio de 2015, (Recurso de Apelación).
21. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2503-2015, de 18 de noviembre de 2015, (Recurso de Apelación).
22. Corte de Apelaciones de Rancagua, rol N° 1-2009, de 13 de febrero de 2009, (Recurso de Apelación).
23. Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 413-2006, de 25 de octubre de 2006, (Recurso de Apelación).
24. Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N° 750-2008, de 4 de septiembre de 2008, (Recurso de Apelación).
25. Corte Suprema, rol N° 12.559-2011, de 9 de abril de 2012, (Recurso de Protección).
26. Corte Suprema, rol N° 5.468-13, de 28 de enero de 2014, (recurso de casación en el fondo). Disponible en <http://www.derecho-chile.cl/sentencia-corte-suprema-sienta-precedente-en-procedimientos-de-materias-de-familia-rige-el-principio-de-libertad-de-prueba/>, [consultado el 6 de mayo de 2020].
27. Corte Suprema, rol N° 14.998-2018, de 30 de julio de 2018, (recurso de protección). Disponible en https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte, [consultado el 3 de mayo de 2020].
28. Corte Suprema, rol N° 6.219-2018, de 31 de octubre de 2018 (recurso de casación en el fondo).
29. Corte Suprema, rol N° 26.184-2018, de 3 de enero de 2019 (recurso de casación en el fondo).
30. Corte Suprema, rol N° 3363-2018, de 20 de febrero de 2019 (recurso de casación en el fondo).
31. Corte Suprema, rol N° 32.624-18, de 28 de marzo de 2019 (recurso de casación en el fondo).
32. Corte Suprema, rol N° 25.198- 2018, de 28 de noviembre de 2019 (recurso de casación en el fondo).
33. Corte Suprema, rol N° 12.639-2019, de 20 de abril de 2020 (recurso de casación en el fondo).
34. Tribunal Constitucional, rol N° 1320, de 17 de marzo de 2009, (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, [consultado el 14 de mayo de 2020].
35. Tribunal Constitucional, rol N° 2042-2011, de 10 de julio de 2012 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, [consultado el 10 de mayo de 2020].
36. Tribunal Constitucional, rol N° 2961-16, de 18 de abril de 2017 (requerimiento de inconstitucionalidad) Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, [consultado el 1 de mayo de 2020].

Glosario

1. **Administrador:** funcionario auxiliar de la administración de justicia encargado de organizar y controlar la gestión administrativa de los juzgados de familia.
2. **Burn out:** estado de fatiga o frustración que aparece como resultado de la devoción a una causa, a un estilo de vida o a una relación que no produce las recompensas esperadas.
3. **Consejeros técnicos:** auxiliares de la administración de justicia cuya función es asesorar individual o colectivamente a los jueces de familia conforme al artículo 457 del COT, con las atribuciones señaladas en el artículo 5 de la Ley N° 19.968 y en el Acta 93-2005.
4. **Fundamentos de la sentencia:** conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho, y especialmente de derecho, en que se apoya una decisión judicial.
5. **Mediación:** sistema alternativo de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial y sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.
6. **Medidas cautelares:** providencias o resoluciones que se dictan durante la tramitación de un proceso y que tienen por objeto otorgar a una de las partes, normalmente la demandante, la anticipación provisoria de algunos efectos de la sentencia o decisión definitiva, para prevenir la consecuencia dañosa que podría derivar del retardo en la decisión del asunto sometido a su conocimiento.
7. **Protección del cónyuge más débil:** consiste en que uno de los cónyuges (más débil) queda en una situación de desmedro económico frente al otro cónyuge (más fuerte) al momento del término del matrimonio, ya sea por divorcio o nulidad, lo que se traduce en escasas posibilidades de negociación.
8. **Recurso de reposición:** acto jurídico procesal de impugnación que emana exclusivamente de la parte agraviada, y tiene por objeto solicitar al mismo tribunal que dictó la resolución que la modifique o deje sin efecto.
9. **Recurso de apelación:** acto jurídico procesal que tiene por objeto obtener, del tribunal superior respectivo, que enmiende con arreglo a derecho la resolución del tribunal inferior.
10. **Recurso de casación en la forma:** acto jurídico procesal de la parte agraviada, destinado a obtener del tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia, por haber sido pronunciada por el tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales, o emanar de un procedimiento viciado al haberse omitido las formalidades que la ley establece.
11. **Recurso de casación en el fondo:** acto jurídico procesal de parte agraviada con determinadas resoluciones judiciales, para obtener de la Corte Suprema que las invalide por haberse pronunciado con una infracción de la ley que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, y que las reemplace por otra resolución en que la ley se aplique correctamente.
12. **Retractación:** situación en que la víctima modifica los dichos entregados en su primera declaración, ya sea negando su versión original o cambiando la figura del agresor durante el transcurso del proceso, manteniendo este nuevo relato.
13. **Violencia intrafamiliar:** todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

Anexos

I. Modelo de Acta de Audiencia preparatoria en causa sobre Violencia Intrafamiliar

ACTA DE AUDIENCIA PREPARATORIA SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

FECHA	EN ..., a veintinueve de abril de dos mil ...
RUC	20-2-0000-3
RIT	F-000-2020
MAGISTRADO	XXXXX
CONSEJERA TÉCNICO	CCC.
ENCARGADA DE ACTA	ZZZ
HORA DE INICIO	12:37 Horas
HORA DE TERMINO	13:07 Horas.
Nº REGISTRO DE AUDIO	0000
PARTE DENUNCIANTE COMPARECE	MARIA, RUN: domiciliada en .
ABOGADOS COMPARECEN	AAAAA
PARTE DENUNCIADA COMPARECE	JOHNNY, RUN: domiciliado en .
ABOGADO COMPARECE	NNNN
APODERADO	EEEE

RESUMEN ACTUACIONES EFECTUADAS:	SI	NO	Pista audio
Individualización Comparecientes	X		1
Parte denunciante ratifica denuncia en todas sus partes.	X		2
Parte denunciada ratifica contestación de la denuncia e interpone denuncia reconvenicional de violencia intrafamiliar, la que no se transcribe atendido que consta en la carpeta virtual por escrito.	X		3
Abogado denunciante viene en interponer excepción de ineptitud de libelo, todo lo cual consta íntegramente en registro de audio. / Tribunal Resuelve: atendido el artículo 57 de la Ley 19968, pudiendo, se rechaza la excepción de ineptitud de libelo. Abogado denunciante interpone recurso de reposición Tribunal resuelve: atendido lo que dispone el artículo 87 en su parte final, "si al denunciante le constare las demás menciones indicadas en el artículo anterior", no ha lugar al recurso de reposición.	X		4-5
Abogado demandante principal contesta demanda reconvenicional solicitando al Tribunal que se rechace la misma y señala que las partes artículo 5 de la Ley 20.066 y por tanto solicita que se tenga por rechazados todos los hechos vertidos en la contestación y en consecuencia se absuelva a su representada de los hechos demandados, condenando al demandante reconvenicional en costas.	X		5
Objeto del Juicio y hechos a probar /Convenciones probatorias.	X		6
Ofrecimiento de prueba parte denunciante	X		7
Exclusión de prueba parte denunciada.	X		8
Ofrecimiento de prueba parte denunciada.	X		9
Medida cautelar / Cita a audiencia de Juicio por correo electrónico	X		10

PARTE RESOLUTIVA: AUDIENCIA PREPARATORIA:	
De conformidad a lo dispuesto en el artículo 61 N° 10 de la Ley 19.968, se cita a Audiencia de Juicio .	
OBJETO DEL JUICIO	Procedencia de aplicar una sanción por la existencia de actos de violencia intrafamiliar.
HECHOS A PROBAR	<ol style="list-style-type: none"> 1. Efectividad que la parte demandada habría incurrido en actos de violencia intrafamiliar en perjuicio de la parte demandada y en la reconvenional, efectividad que la demandada reconvenional habría incurrido en actos de violencia intrafamiliar y en perjuicio del demandante reconvenional. 2. Época en que habrían sucedido unos u otros hechos. 3. Grado o entidad de los hechos que hubiesen acaecido. 4. Daño producido a consecuencia de tales hechos a la demandante y/o al demandado, en el carácter de reconvenional.
<p>CONVENCIONES PROBATORIAS: Se establecen las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las partes tuvieron relación de convivencia que terminó en ... 2. La denunciante es madre de UUU, que actualmente tiene más de 18 años de edad. 3. Ambas partes son padre y madre del niño JMJM, nacido con fecha 03 de,,,, de 2013, y que el niño se encuentra al cuidado personal de su madre. 4. Las partes tienen un régimen de relación directa y regular y alimentos y cuidado personal, establecido por mediación RIT: M-000-2018 y M-000-2018, ambas de este mismo Tribunal, respecto del hijo común. 5. Que actualmente existe en tramitación la causa RIT C-000-2020 por rebaja de alimentos. 	
<p>PRUEBAS OFRECIDAS: Que en virtud de lo establecido en los artículos 28 y siguientes de la Ley 19.968, las pruebas que deberán rendirse en juicio:</p>	
<p>1. PRUEBA PARTE DEMANDANTE PRINCIPAL:</p> <p>a) Documental</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Set de 03 capturas de pantallas de whatsapp (en su aparato o dispositivo electrónico de soporte), impresa en 1 hoja. 2. Set de 08 capturas de pantalla de whatsapp (en su aparato o dispositivo electrónico de soporte), de la denunciante con mensajes del denunciado, impresas en un máximo de 2 hojas). 3. Set de 4 capturas de pantalla del registro de llamadas del denunciado a la denunciante (en su aparato o dispositivo electrónico de soporte), impresa en una hoja. 4. Informe psicológico efectuado por psicóloga PPP, de fecha 27 de agosto de 2018, respecto de la hija de la denunciante. <p>b) Testimonial:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. L 2. A 3. M 4. J <p>c) Pericial</p> <p>Peritaje psicológico de la denunciante a fin de evaluar y determinar las consecuencias psicológicas derivadas del maltrato por parte del denunciado elaborado por la psicóloga doña RRR, inscrita en la nómina de peritos de la Iltma. Corte de XXX.</p> <p>d) Oficios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>Ofíciase a ENTEL CHILE S.A.</u>, a fin de que remita al tribunal el historial de llamadas, con indicación de hora y fecha recibidas por el teléfono celular: +569 de propiedad de doña María, desde el mes de diciembre de 2019 a la fecha. 2. <u>Ofíciase al PUB H, ubicado en calle T.,</u> a fin de remita las grabaciones de la cámara de seguridad desde las 00:20 a las 00:45 horas AM, del día domingo 08-03-2020 en la madrugada. Debiendo traer el medio electrónico necesario para su exhibición. <p>e) Declaración de parte denunciada, bajo apercibimiento legal del artículo 52 de la Ley 19.968.</p> <p><u>Incidente exclusión de prueba:</u></p> <p>Demandado: Solicita se excluya el informe psicológico de la hija de la demandante.</p> <p>Demandante: Solicita se mantenga porque da cuenta del carácter violento del demandado.</p> <p><u>El tribunal:</u> Atendido el mérito de y lo dispuesto por el art., no ha lugar a la exclusión de prueba.</p>	

2. PRUEBA PARTE DEMANDADA PRINCIPAL:

a) Documental

1. 02 informes terapéuticos del denunciado, de época abril de 2020.
2. Certificado de antecedentes del denunciado.

b) Testimonial

- 1.-P.
- 2.-M.
- 3.-P.
- 4.-J.

c) Pericial

Informe pericial a elaborar por la perito psicóloga GGGG, a fin de que realice pericia psicológica para acreditar el perfil psicológico, victimización por violencia intrafamiliar y comprobar si mantiene un perfil reaccionar violento del denunciado, debiendo la perito comparecer a prestar declaración en juicio.

d) Declaración de parte de la denunciante principal, bajo apercibimiento legal.

APERCIBIMIENTOS: Se apercibe a las partes en el siguiente sentido:

En cuanto a la **declaración de parte**, se cita a ambas partes a prestar su declaración, bajo apercibimiento del artículo 52 de la Ley 19.968, esto es: “Que si no comparecen a la audiencia, o compareciendo se negasen a declarar o diesen respuestas evasivas, el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos contenidos en el pliego de posiciones respectivo, enunciados de forma afirmativa”.

En cuanto a **los oficios**, se ordena oficiar en los términos solicitados. Sin perjuicio, se hace presente a las partes, lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 19.968 modificado por la Ley 20.286, en cuanto a que “Las partes tendrán plenas facultades para solicitar a los órganos, servicios públicos, o terceras personas, la respuesta de los oficios solicitados en audiencia preparatoria y que hayan sido admitidos por el Tribunal, a fin que puedan ser presentados como medios de prueba en la audiencia de juicio.” Se hace presente además que en los oficios se despacharán por conducto regular oportunamente, sin perjuicio de lo cual será deber de la parte respectiva su tramitación por mano, de modo tal que la información requerida deberá estar a disposición del tribunal para la fecha de audiencia de juicio, antes decretada, bajo el apercibimiento de realizar el juicio con la prueba que hubiese sido allegada a la causa para tal fecha.

En cuanto a **los peritajes** deberán ser arribados al Tribunal con al menos 5 días de antelación a la audiencia de juicio, debiendo concurrir a la misma los respectivos peritos.

En cuanto a **los testigos**, deberán ser citados por conducto de la parte que los ofrece, no siendo obligación del Tribunal remitirles notificación, y el día de la audiencia de juicio, sólo se recibirá la declaración de dos testigos por cada parte.

LA AUDIENCIA DE JUICIO NO SE SUSPENDERÁ BAJO NINGÚN MOTIVO POR FALTA DE PRUEBA DE LAS PARTES.

CITACION A JUICIO-FECHA

21 DE JULIO DE 2020, A LAS 11:15 HORAS

PRORROGA MEDIDA CAUTELAR:

Visto:

Atendido el mérito de los antecedentes, la solicitud planteada por las partes, la opinión vertida por la Consejera Técnica y lo dispuesto en el art. 92 de la Ley 19.968, **se prorroga la medida cautelar decretada en autos**, esto es, la **PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO** por parte del denunciado, **JOHNNY, RUN**, a una distancia inferior a 200 metros, del domicilio de la parte denunciante **MARIA, RUN**, ubicado en calle _____, asimismo a de trabajo, así como en cualquier otro lugar en que la demandante permanezca, concurra o visite habitualmente.

La presente medida cautelar se encontrará vigente a contar de esta fecha y hasta la realización de la audiencia de juicio decretada en autos.

Póngase en conocimiento de Carabineros de Chile a través de correo electrónico: ordenesjudiciales.vzona@carabineros.cl, diligenciado, devuélvase, debiendo remitirse la presente resolución vía correo electrónico.

La información solicitada, deberá ser remitida al Tribunal, directamente a través de la Oficina Judicial Virtual en formato PDF. Deberá procederse por Carabineros de Chile, a practicar rondas y contactos periódicos con la denunciante, a fin de cautelar de manera eficaz la aplicación de la presente medida y arbitrarse las diligencias necesarias para procurar el cumplimiento inmediato de las medidas decretadas, auxiliando a la denunciante en caso necesario.

El incumplimiento de las medidas decretadas anteriormente hace incurrir a la parte denunciada en el delito de desacato, sin perjuicio de las medidas de apremio establecidas en la Ley 20.066. En tal caso, Carabineros deberá dar inmediato aviso al Fiscal de Turno, actuando conforme lo prescribe el artículo 10 de la Ley 20.066, lo que servirá de suficiente puesta en conocimiento para el Ministerio Público.

FORMA NOTIFICACIÓN	En Audiencia	Carta Certificada	E-mail	Personal (Art. 23 de la Ley 19.968 y art. 44 del Código de Proc. Civil)	Cédula	Otros
Denunciante	X					
Abogado denunciante	X		X			
Denunciado	X					
Abogado denunciado	X		X			

RIT: F-000-2020

Registro íntegro de la audiencia se guarda en formato de audio, según acuerdo de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 28 de enero de 2002.

Dirigió la audiencia y resolvió, **Juez Titular del Juzgado de Familia de XXX**, que firma electrónicamente al pie de la presente acta de audiencia.

II. Competencia de los tribunales de familia (artículo 8 LTF)

1. Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes: domicilio demandado.
2. Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con este una relación directa y regular: domicilio demandado.
3. Las causas relativas a:
 - ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad, y a la emancipación: domicilio demandado.
 - autorizaciones a que se refieren los Párrafos 2º y 3º del Título X del Libro I del Código Civil: si se trata de inmuebles, aquellos en que el bien estuviere situado (art. 153 COT).
4. Las causas relativas al derecho de alimentos: el del domicilio del alimentante o alimentario, a elección de este; en los juicios de aumentos, el o la juez que los decretó o el del nuevo domicilio del alimentario, a elección de este; de las demandas de rebaja o cese de la pensión conocerá el tribunal del domicilio del alimentario.
5. Los disensos para contraer matrimonio: domicilio niño.
6. Las guardas, con excepción de aquellas relativas a pupilos mayores de edad y aquellas que digan relación con la curaduría de la herencia yacente, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 494 del Código Civil: domicilio del pupilo (art. 150 COT); curador ausente: último domicilio del ausente (art. 152 COT); curador de los derechos del que está por nacer: domicilio madre (art. 152 COT).
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: domicilio niño.
8. Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas; Ley N° 20.030: demandado o demandante a elección de este último.
9. Todos los asuntos en que se impute la comisión de cualquier falta a adolescentes mayores de 14 y menores de 16 años de edad, y las que se imputen a adolescentes mayores de 16 y menores de 18 años que no se encuentren contempladas en el inciso tercero del artículo 1 de la Ley N° 20.084: lugar donde se cometió el hecho; tratándose de hecho punible atribuido a niños y niñas: domicilio niño.
10. La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley: residencia del niño.
11. Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la Ley N° 16.618: domicilio niño.

12. Los procedimientos previos a la adopción, de que trata el Título II de la Ley N° 19.620: domicilio NNA (art. 18). Se entiende por domicilio del niño el correspondiente a la respectiva institución, si se encontrare bajo el cuidado del Servicio Nacional de Menores o de un organismo acreditado.
13. El procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la Ley N° 19.620: domicilio NNA (arts. 18, 23 y 34).
14. Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges, relativos al régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares:
 - a) Separación judicial de bienes: domicilio demandado; b) Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos: lugar donde esté ubicado el bien (art. 135 COT).
15. Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil: domicilio del demandado (art. 87 Ley N° 19.947).
16. Los actos de violencia intrafamiliar: domicilio afectado (art. 81 Ley N° 19.968).
17. Toda otra materia que la ley les encomiende.

III. Matriz de análisis para casos de violencia intrafamiliar¹²⁷

INFORMACIÓN GENERAL

Número de rol:
Fecha:
Partes intervinientes:
Tipo de proceso:
Clase de decisión:
Autoridad que toma la decisión:

PASO I: Identificación del caso

1. Analizar el contexto en que se desarrollan los hechos

Dar contexto, es leer e interpretar los hechos en el entorno social correspondiente, en el conjunto de condiciones y situaciones nacionales, regionales, locales y comunitarias, de carácter institucional, político, económico, social, religioso, cultural; tomar en cuenta las costumbres, la existencia de estereotipos de género, el valor dado a la mujer y personas en condición de vulnerabilidad en el escenario de los hechos; entender los significados de ritos, palabras, gestos etcétera; identificar el lugar que ocupan dentro de la sociedad las partes en litigio; reconocer los patrones de criminalidad cuando corresponda, las formas de relacionamiento, las tensiones generacionales, etcétera. En otros términos, tomar en cuenta el contexto se trata de descubrir, describir y explicar los hilos conductores detrás del hecho o suceso ocurrido, que permitan entender las causas o motivos y objetivos de tal suceso; las estructuras y redes en torno al hecho, o que resulten involucradas; entender cómo se configuraron estas relaciones, lazos y apoyos con el Estado y la sociedad, quiénes estuvieron detrás de la acción u omisión, de tal modo que se puedan identificar los responsables, la naturaleza y el carácter sistemático o generalizado de los hechos y su tipificación legal.

Recuerde: Ubicar el lugar de ocurrencia del suceso (ciudad, localidad, hogar, lugar de trabajo, etcétera), observando si se trata de un ambiente caracterizado por la desigualdad, discriminación y/o violencia.

2. Identificar las partes o sujetos procesales, desde las “categorías sospechosas”

Analizar si las personas o partes involucradas pertenecen a poblaciones que han sido históricamente discriminadas en razón de las “categorías sospechosas”: lengua, raza, etnia, religión, opinión política o filosófica, sexo, género y/o preferencia/orientación sexual, identidad de género, expresión de género, condiciones de pobreza, situación de calle, migración, discapacidad, privación de la libertad.

Recuerde: Tanto los jueces y juezas como las partes están inmersos en la cultura, la cual puede validar prácticas o situaciones discriminatorias.

3. Identificar los derechos reclamados o vulnerados

Es necesario determinar cuál o cuáles son los derechos reclamados o vulnerados; quién sufre la limitación en el ejercicio de estos derechos y quién está obligado en principio a garantizarlos y si los derechos son reclamados a título individual o colectivo. Es importante considerar, entre otros aspectos, si en el caso hay mujeres víctimas de discriminación y/o violencia (trata de personas, violación de los derechos sexuales y reproductivos, abuso o esclavitud sexual, feminicidios, etcétera).

Recuerde: Generalmente la discriminación no se reclama en sí misma por las personas, sino que llega ante la justicia atada a otro derecho vulnerado y es el o la juez quien la identifica y desentraña para garantizar el verdadero acceso a la justicia.

4. Revisar la necesidad de disponer o no de medidas de protección

Revisar la pertinencia de las medidas de protección cuando la situación lo amerite dada la inminencia de graves peligros, agravios, lesiones para la vida e integridad de las personas, incluida la muerte, o cuando existen posibilidades de abandono o retiro de su hábitat que generen peligro o amenaza para la integridad o la vida de otros. Esto también procede en casos de personas migrantes sujetas a protección internacional o que requieran asistencia humanitaria.

Recuerde: La violencia de género no mejora con el tiempo, sino por el contrario, tiende a crecer, incluso puede llevar hasta causar la muerte de la víctima.

PASO II: Análisis y desarrollo del caso

1. Actuar con observancia de la debida diligencia judicial para garantizar el acceso a la justicia

Debida diligencia, traducida para el Estado, es el deber de actuar para prevenir, investigar y sancionar de manera efectiva y adecuada a los responsables de los actos de violencia y/o de los hechos puestos en consideración de la justicia. En este sentido, implica el deber de eliminar los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que todos los procesos judiciales e investigaciones sean expeditos. La debida diligencia conlleva asegurar que en el proceso jurisdiccional primen: la oficiosidad, la oportunidad, la competencia, la exhaustividad, la participación de las víctimas y la independencia e imparcialidad del juez. Tales lineamientos pueden ser revisados en múltiples decisiones de los órganos judiciales de los sistemas universal y regional de derechos humanos. Como guía sugerimos revisar la sentencia de “Campo algodónero”, de la Corte IDH.

Recuerde: Cada juez y jueza debe asegurar que su actuar está precedido de los máximos elementos de calidad para garantizar los derechos humanos y el acceso a la justicia.

2. Identificar las relaciones de poder en la situación bajo estudio

Revisar si en el caso subyace una relación asimétrica de poder (parejas, padres o madres con hijos, familiares frente a menores de edad o personas adultas, empleadores y trabajadores, etcétera). Identificar quién toma las decisiones, cómo se toman y, cuando sea del caso, verificar los mecanismos de participación en la toma de decisiones, por ejemplo, sobre el gasto en el hogar, la crianza de los hijos, etcétera.

Recuerde: Uno de los elementos centrales de la desigualdad y la discriminación hace referencia al ejercicio injusto y arbitrario del poder, que perpetúa la desvalorización de la mujer frente al hombre.

3. Identificar y tener en cuenta los roles, estereotipos, mitos y prejuicios que puedan surgir tanto desde la visión de jueces y juezas como de las intervenciones de las partes

Hacer un examen de los estereotipos posibles, considerando el contexto en que se desarrollan los hechos y tomando en cuenta el grupo poblacional al que pertenecen las partes (la buena madre, el buen padre, la víctima ideal de violencia, la madre desnaturalizada, entre otros), para leer e interpretar los hechos sin estereotipos discriminatorios.

Recuerde: Los estereotipos se traducen en características, actitudes y roles que la sociedad atribuye a las personas o colectivos y que son aceptados, mantenidos y reproducidos “casi de manera natural” en la cultura, los medios de comunicación, las normas jurídicas, las relaciones familiares y demás espacios de la interacción social. Los roles, estereotipos y mitos son establecidos por cada sociedad sin interrogar su validez, ni su efecto directo en el mantenimiento de la desigualdad y la discriminación. El rol del juez es contribuir a superar estos prejuicios.

4. Identificar las manifestaciones sexistas que se presentan en el caso

Son expresiones despectivas y generalizadas que minusvaloran a la mujer, dejando en evidencia un desprecio real o aparente de lo femenino. Por ejemplo, cuando se alude a la vida sexual de las mujeres que denuncian acoso sexual o abusos sexuales, o el tratar de flojas a las dueñas de casa, burlarse de hombres que denuncian violencia, etcétera.

Recuerde: Usar un lenguaje incluyente, respetuoso y no invisibilizador de las personas, dado que esto es parte de la garantía del acceso a la justicia, en términos de la dignidad humana.

5. Establecer si concurren dos o más discriminaciones en el caso (género, raza, sexo, etnia, edad) por lo que se requiere el análisis de la interseccionalidad

La interseccionalidad es una herramienta metodológica que ayuda a entender cómo se cruzan, en una persona o colectivo, diferentes categorías sospechosas de discriminación (una mujer, mapuche, viuda, embarazada y reclamando por el servicio de salud), lo que agrava la desigualdad, impide el acceso real a la justicia y demanda un análisis de mayor complejidad.

Recuerde: No se pueden obviar las discriminaciones concurrentes en relación con una persona o un colectivo, y para enfrentarlas se requiere un análisis interseccional, dando cuenta en lo posible de las causas de esa situación y de aquello que las hace evidentes, realizando interpretaciones contextualizadas de las normas garantes de la igualdad y no discriminación.

PASO III: Revisión de las pruebas

1. Examinar las pruebas bajo el esquema propio de valoración, en especial las relacionadas con la discriminación o la violencia, dado que a veces no se logra la prueba directa

Es importante tener presente lo valiosa que es la intermediación para contar con más y mejores elementos de juicio. Al tiempo de valorar las declaraciones de testigos y los peritajes (especialmente sociales y psicológicos), se tendrá presente si el relato alude a o incorpora estereotipos o sesgos de género, reconociendo que esas pruebas son también emitidas por personas y, por tanto, el o la juez debe estar atento a los posibles sesgos que ellas pudieran tener.

Sobre la valoración de las pruebas en casos de violencia contra la mujer, es necesario tener en cuenta que no siempre aplican las generalizaciones o máximas de la experiencia ya conocidas, como es la permanencia o reiteración en la declaración que se constituye en indicio de credibilidad. En materia de violencia contra la mujer no aplica tal supuesto, dado que la valoración aquí es diferente porque de conformidad con el ciclo de la violencia, las mujeres víctimas en su mayoría tienden a la retractación ya sea por amenaza, reconciliación, dependencia, etcétera, por lo tanto esta conducta no necesariamente invalida la declaración de la víctima. Un criterio empírico para valorar la retractación es considerar su verosimilitud, la factibilidad en términos de corroboración, la motivación no espuria, y en todo caso, la recomendación es dar un peso específico a la primera declaración rendida.

Es necesario atender la primera declaración de la víctima, como una prueba especial, realizada en condiciones particulares, que en general es rendida de manera espontánea y que en ocasiones no es posible repetir para poder conocer los hechos, dado que estos ocurren en la intimidad. Puede ser entonces, esta declaración, la única prueba y la víctima el único testigo. En todo caso, en escenas de violencia, el o la juez puede encontrar indicios sobre los hechos y su deber es desentrañar la realidad e incorporarlos al proceso.

Otros aspectos a tener en cuenta surgen de la valoración del testimonio de quien acude en ayuda de la mujer, o del testigo directo, del examen de las agravantes específicas, la situación de parejas que han recibido maltrato. Para valorar la retractación testimonial de las víctimas, es necesario desentrañar que no responda a momentos del ciclo de la violencia o de intimidación (económica, ignorancia, falta de apoyo jurídico, amenazas, reconciliación, promesas...).

Recuerde: En muchos casos la víctima no reconoce, no acepta o no entiende que lo es, dado que ha normalizado la violencia. Es así que la medida de protección o decisión del tribunal pueden ser la única oportunidad para terminar el ciclo de la violencia. Todos los procedimientos llevados a cabo con la víctima deben evitar su “revictimización”.

PASO IV: Examen normativo

- 1. Revisar y aplicar las normas que conciernen al caso teniendo en cuenta que, en materia de derechos humanos, discriminación y acceso a la justicia, el marco normativo para el país es amplio**

Chile cuenta con numerosas normas nacionales (Constitución, leyes, decretos, etcétera) dirigidas a garantizar los derechos y acceso a la justicia de todas las personas, inclusive algunas específicas contra la discriminación. Adicionalmente, el país ha suscrito instrumentos internacionales de derechos humanos (pactos, convenios, tratados), generando obligaciones para el Estado que dan alcance a la aplicación de los mismos, a través de decisiones, resoluciones y recomendaciones a los Estados dirigidas a garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación y a las cuales la magistratura puede acudir para fundamentar su sentencia.

Recuerde: El país rinde informes sobre el cumplimiento de los instrumentos internacionales suscritos y, en virtud de ellos, el Estado recibe un conjunto de recomendaciones entre las cuales se releva el rol del Poder Judicial.

2. Analizar la aparente neutralidad de la norma a fin de determinar su alcance discriminatorio y evaluar el impacto diferenciado en su aplicación

El o la juez debe asegurar que la lectura e interpretación de la ley responda a garantizar a todas las personas el pleno ejercicio de sus derechos, sin distinción. Para ello ha de tener presente el carácter aparentemente neutral de la ley, que puede esconder, explícita o sutilmente, estereotipos, mitos o prejuicios que interfieren con el respeto por la dignidad humana. Por ejemplo, legislación que no permite que los adolescentes celebren acuerdos de unión civil, aunque sí les permite contraer matrimonio, lo que oculta una mirada censuradora a las relaciones afectivas entre parejas del mismo sexo que sean adolescentes

Recuerde: La ley no es necesariamente neutral, ya que su carácter igualitario, desigual discriminatorio, depende de la cultura, los sistemas de valores dominantes y de los valores y creencias de quienes hacen las leyes.

PASO V: Revisión de jurisprudencia y fuentes del derecho

1. Revisar y usar la jurisprudencia, la doctrina jurídica, los principios generales del derecho y los criterios de interpretación jurídica

A nivel nacional e internacional, existe amplia doctrina y jurisprudencia que versa sobre casos que tratan acerca de la desigualdad, discriminación y violencia en razón del género. Su consulta aporta conocimiento argumentativo y soporte jurídico, derivado de las posturas frente a los estándares internacionales, el manejo y las formas en que se apoyan o complementan la norma interna con la internacional.

Recuerde: Los órganos judiciales y los organismos internacionales han avanzado en el desarrollo, alcance e interpretación de los derechos humanos haciendo recomendaciones a los países para garantizar la igualdad, la no discriminación y el acceso a la justicia.

PASO VI: La sentencia

1. Elaborar una decisión (sentencia) en un plazo razonable, con prioridad, dirigida a asegurar la igualdad, la no discriminación y el acceso a la justicia

Las decisiones judiciales deberán considerar una estructura lógica que nivele las asimetrías de poder, que evite la revictimización de las partes, sin estereotipos ni prejuicios, sin manifestaciones de sexismo, con el uso de un lenguaje sencillo e inclusivo, que escuche la voz de las víctimas cuando proceda, con un análisis exhaustivo de las pruebas, con la aplicación de normas que aseguren dar el mejor alcance y protección de los derechos, con referencia a jurisprudencias y doctrina asociadas al caso, entre otros aspectos.

Según el caso, se dará aplicación a los principios de igualdad, no discriminación y pro persona; al respeto por la dignidad humana, la inclusión, la diferencia, la diversidad, la identidad personal y colectiva. En todo caso, la recomendación es asegurar no revictimizar ni estereotipar a la víctima a través de los argumentos y de los puntos resolutive de la sentencia.

Recuerde: El juez o jueza en sus decisiones debe visibilizar los estereotipos y sesgos que arroje la prueba, y asimismo, sobreponerse a sus propios prejuicios evitando que la decisión se vea afectada por ellos. La comprensión de la desigualdad, la discriminación y la violencia en razón de género requiere asegurar que los derechos vulnerados sean restablecidos, o mitigado al máximo posible el daño, así como un mecanismo para la reparación total cuando proceda.

2. Elaborar la decisión con tal rigor que conlleve un efecto pedagógico orientado a la transformación cultural y a la no continuidad de conductas discriminatorias y violentas, asegurando el acceso a la justicia

En general, la argumentación y el sentido de la sentencia constituyen aportes en el entendimiento de la discriminación y violencia, en particular cuando se destacan las desigualdades y estereotipos que la magistratura propone deconstruir, con mención y análisis de los estándares internacionales y la jurisprudencia aplicados.

Recuerde: Las situaciones de desigualdad y discriminación por lo general no llegan solas ante la administración de justicia, sino atadas a la reclamación o vulneración de otro u otros derechos, con lo cual el tribunal debe aprovechar la oportunidad para pronunciarse sobre las conductas discriminatorias o violentas. El acceso a la justicia y la garantía de la igualdad y no discriminación pasan por pensar y actuar como el mejor juez o jueza que sabe el derecho y toma decisiones que garantizan y protegen derechos.

3. Dictar medidas de reparación integral

La decisión judicial debe restablecer el derecho vulnerado y, cuando lo amerite, disponer medidas de reparación del daño, o de medidas de acción afirmativa, que promuevan la igualdad real y la inclusión plena y efectiva en la sociedad; de igual manera, disponer medidas de protección cuando se esté ante un trato degradante o inhumano, y medidas especiales en caso de personas que tengan condición especial por su pertenencia a un grupo históricamente discriminado.

Como dimensiones de la reparación se comprenden, entre otros aspectos: la restitución (restablecer la situación previa de la víctima), la indemnización (compensación monetaria por daño o perjuicio), la rehabilitación (atención médica y psicológica), las medidas de satisfacción (verificar los hechos, conocer la verdad y actos de desagravio) y la garantía de no repetición.

Todas ellas constituyen respuestas precisas a algunas consecuencias de las violaciones que no pueden ser enfrentadas mediante el pago de indemnizaciones. Buscan asegurar la no repetición de las violaciones e implica adoptar aquellas medidas institucionales, o de otra índole, que incrementen la protección de los derechos de las personas y disminuyan la cultura de abuso, intolerancia o discriminación de parte de funcionarios públicos, operadores de justicia y la sociedad toda.

Recuerde: El acceso a la justicia tiene su indicador más alto en la dignificación de la persona que ha sufrido discriminación, violencia y/o desigualdad, y en este sentido la reparación y el reconocimiento de lo injusto sólo puede hacerlo el juez o jueza con su sentencia.

IV. Pauta de evaluación de riesgo en causas proteccionales

Identificación de la causa	
Fecha	
RIT	
Consejera/o Técnico	
Identificación NNA	
Nombre	
RUT	
Edad	
Domicilio	
Correo electrónico	
Teléfono	
Identificación denunciante	
Nombre	
RUT	
Domicilio	
Correo electrónico	
Teléfono	
Identificación denunciado	
Nombre	
RUT	
Domicilio	
Correo electrónico	
Teléfono	
Factores de riesgo	Marca (puede ser más de uno)
Convivencia junto al denunciado y/o sin adulto protector	
Maltrato físico y/o psicológico	
Situación de calle o abandono del hogar	
Consumo de alcohol y/o drogas	
Víctima de abuso sexual y/o violación	
Explotación sexual	
Conductas sexualizadas	
Embarazo adolescente	
Discapacidad, migrante y/o perteneciente a etnia	
Testigo de violencia intrafamiliar	
Patología de salud mental u otras patologías de salud	
Falta de cumplimiento de tratamientos médicos necesarios o bien de enfermedades importantes no tratadas	

Presenta miedo de acercarse a alguna persona de la familia y/o tercero		
NNA al cuidado de sus progenitores y/o familiar		
NNA al cuidado de un tercero significativo		
Existencia de redes de familiares y otras redes de apoyo		
Descuido o negligencia en los cuidados		
Deserción o ausentismo escolar		
Antecedentes previos de vulneración		
Víctima o autor de bullying		
Cambio importante de comportamiento o retroceso en su desarrollo		
NNA trabaja		
Existencia de causas penales / conducta infractora		
Marca	Medida cautelar (Marcar medida de protección art. 71 Ley 19.968)	Plazos
	Entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado	
	Cuidado personal provisorio.	
	El ingreso a Centro residencial.	
	Indicar residencia:	
	Plazo de la internación:	
	Suspender el derecho de mantener RDR	
	Salida del Hogar Común del denunciado.	
	Prohibición de acercamiento a la denunciados /víctima/NNA, hogar común y domicilio o lugar de trabajo del demandado.	
	Rondas Periódicas.	
	Control Social: Plazo_____	

Firma Consejero Técnico

