

OFICIO N° 257-2023

**INFORME DE PROYECTO DE LEY QUE
“MODIFICA LA LEY N°19.968, QUE CREA LOS
TRIBUNALES DE FAMILIA, PARA AMPLIAR
LA POTESTAD CAUTELAR EN EL
PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA
APLICACIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS DE
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES”.**

Antecedente: Boletín N° 15.620-18.

Santiago, 26 de septiembre de 2023.

Por Oficio N° 084-2022, de fecha de 2023, el Abogado Secretario de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, Sr. Mathias Lindhorst Fernández, por orden del presidente de dicha comisión, Sr. Felipe Donoso Castro, puso en conocimiento de la Excma. Corte Suprema el proyecto de ley que “*Modifica la ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, para ampliar la potestad cautelar en el procedimiento especial para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes*” (Boletín N° 15.620-18), en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión celebrada el 25 de septiembre del año en curso, presidida su subrogante señor Sergio Muñoz G. y los ministros señor Brito, señora Muñoz S., señores Valderrama y Prado, señoras Vivanco, Repetto, Ravanales y Letelier, señor Matus, señora Gajardo, señor Simpértigue, señora Melo, y suplentes señor Muñoz P. y señora Lusic, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación.

**AL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE FAMILIA DE LA CÁMARA DE
DIPUTADOS.
SEÑOR FELIPE DONOSO CASTRO.
VALPARAÍSO**



“Santiago, veintiséis de septiembre de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que el Abogado Secretario de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, Sr. Mathias Lindhorst Fernández, por orden del presidente de dicha comisión, Sr. Felipe Donoso Castro, mediante Oficio N° 084-2022 (sic) de 02 de agosto de 2023, puso en conocimiento de la Excma. Corte Suprema el proyecto de ley que “*Modifica la ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, para ampliar la potestad cautelar en el procedimiento especial para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes*” (Boletín N° 15.620-18), en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

El proyecto fue ingresado mediante moción parlamentaria con fecha 21 de diciembre de 2022 y actualmente se encuentra en primer trámite constitucional ante la Comisión ya mencionada, con el fin que ésta emita su primer informe. El proyecto en análisis no cuenta con urgencia en su tramitación.

Si bien el oficio remitido no especifica las disposiciones que debiera informar la Excelentísima Corte Suprema, el proyecto interviene los artículos 22 y 71 de la Ley N° 19.968 con el fin de modificar las potestades cautelares de la magistratura de familia en relación con el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, disposiciones que inciden en las atribuciones de los tribunales, por lo que el siguiente informe versará sobre dichos preceptos, sin perjuicio que se otorgará el contexto normativo necesario para su debido análisis.

Segundo: Que la moción da cuenta que actualmente la Ley N° 19.968, por regla general, si bien permite a los jueces de familia decretar medidas cautelares conservativas e innovativas en cualquier etapa del procedimiento, considerando la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, para el procedimiento de protección derechos de niños, niñas y adolescentes, se restringe la posibilidad de adoptar medidas cautelares solo a las establecidas en el artículo 71.

La moción argumenta que esta restricción resulta cuestionable e inconstitucional, ya que vulnera el principio de igualdad ante la ley y el deber de protección especial que recae sobre el Estado en relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por ello, se propone introducir una modificación que amplíe las medidas cautelares aplicables en el procedimiento especial de protección de niños, niñas o adolescentes, para que sean concordantes con el espíritu de la ley y se restaure la amplia potestad cautelar que



se pretendía otorgar a los jueces en el inicio de la tramitación legislativa de la Ley N° 19.968.

Así, los ejes en los que se centran las modificaciones propuestas son los siguientes:

- Suprimir el inciso final del artículo 22, con el fin de eliminar la limitación de la potestad cautelar en el procedimiento de protección de derechos de NNA; y
- Agregar al listado de medidas cautelares que se pueden dictar en dicho procedimiento “las medidas establecidas en el artículo 92 que resulten aplicables y, en general, aquellas que el juez estime indispensables para la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes”.

Tercero: Que el artículo 22 de la Ley N° 19.968 trata diversos aspectos de la potestad cautelar en materia de familia (oportunidad procesal, impulso procesal, requisitos de adopción y tipos de medidas), autorizando al juez a decretar, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar¹.

Respecto al procedimiento de protección de derechos de NNA cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados, el inciso final del artículo 22 dispone que sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71.

Por su parte, dicho artículo 71 dispone que, en cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el juez podrá adoptar las medidas cautelares que enlista en los numerales a) a h) de su inciso 1°. Cabe agregar que ninguna de estas medidas está formulada en términos generales ni le entrega al juez potestad para decretar otras distintas.

En consecuencia, se puede concluir que, en la actualidad, la potestad cautelar en el procedimiento de protección posee un carácter restringido, tanto por la limitación del artículo 22 como por el catálogo expreso previsto en el artículo 71.

Cuarto: Que si bien la Excelentísima Corte Suprema no se pronunció respecto de la potestad cautelar regulada en la Ley N° 19.968 en los informes que fueron emitidos durante la tramitación legislativa de esta última, con ocasión de la tramitación del Boletín N° 10.315-18 que dio lugar a la Ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, La Excelentísima Corte Suprema desarrolló

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



consideraciones en torno a las reglas generales para la adopción y aplicación de todo tipo medidas de protección judiciales.

Así, cabe recordar que en el mensaje que dio inicio a la tramitación legislativa del Boletín N° 10.315-18, el artículo 30 regulaba los principios comunes aplicables a toda medida judicial de protección de derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, en cuyo literal a) establecía que las medidas debían encontrarse expresamente contempladas por una ley.

En relación con lo anterior, en su Oficio N° 195-2020 de 23 de noviembre de 2020, la Excelentísima Corte Suprema se refirió al artículo 61 de la versión de la iniciativa de dicha época, que trababa la misma materia regulada en el primitivo artículo 30 ya referido (con la salvedad que en lugar de otorgarle la calidad de principios a los requisitos los trataba como reglas generales) y que, en específico, ya no contemplaba la necesidad de que la medida adoptada se encontrara expresamente contemplada en la ley.

Al respecto, la Corte manifestó su opinión favorable sobre el cambio indicado y a no limitar las medidas que se pueden adoptar a las expresamente contempladas en la ley, en los siguientes términos:

“A propósito de la eliminación de la letra a), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que es de gran importancia ‘... 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’.

Teniendo en consideración lo señalado por la Comisión, expuesto previamente, no sería objetable la supresión del requisito que contemplaba la letra a) del artículo 30, pues al tener que considerar las distintas circunstancias de los niños, niñas y adolescentes, dicho requisito puede ser un límite excesivo para la resolución de estas medidas, las cuales de acuerdo a las características propias de cada NNA pueden tener variaciones inimaginables para el legislador.

Por lo demás, el principio de legalidad en esta materia se ha desarrollado ‘...en lo relativo a la regulación del procedimiento en el marco del cual se adopten decisiones que afecten los derechos del niño. Tal y como han indicado la Corte y la Comisión, los procedimientos, ya sean de naturaleza judicial o administrativa, que tengan por objetivo la definición de derechos, deberán estar regulados por ley, además de garantizar los derechos procesales y las garantías reconocidos por la Convención Americana’. En esta línea, en el Título III del proyecto en análisis se regula extensamente el procedimiento para adoptar medidas de protección tanto administrativas, como judiciales, por lo que no existiría una vulneración al principio de legalidad al eliminar el requisito de encontrarse en una ley la medida de protección” (p. 15).²

² Las citas realizadas en la reproducción de la opinión de la Corte Suprema se pueden encontrar, respectivamente en el orden en que aparecen en el texto, en las páginas 77 y 78 en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas



Por su parte, la Ley N° 21.430 siguió dicho camino y, en la actualidad, contiene en su artículo 59 las reglas generales para la adopción y aplicación de medidas de protección judiciales, dentro de las cuales no se encuentra como requisito que estén expresamente contempladas en la ley.

Asimismo, el artículo 69 de dicha ley, que se ocupa de regular la legalidad de las medidas de protección, no hace referencia a la necesidad de que la medida se encuentre contemplada en la ley, sino que establece los requisitos que se deben cumplir para la adopción de medidas de protección, cuyo incumplimiento la torna en ilegal, consistentes en que: se adopten mediante resolución fundada; que se indiquen los supuestos de amenaza o vulneración que las hacen procedentes; que se identifiquen con claridad y precisión los hechos que configuran la amenaza o vulneración de los derechos de los NNA, los derechos vulnerados, los objetivos que se pretenden alcanzar con las medidas; que determine el tiempo de duración y el plazo para su revisión; y la relación circunstanciada de los criterios utilizados para la determinación del interés superior del niño, niña o adolescente que justifica su aplicación, en cada caso.

Quinto: Que teniendo en cuenta la opinión manifestada por la Corte Suprema en el oficio arriba citado y a la normativa citada de la Ley N° 21.430, Ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, que constituye el estándar del nuevo régimen vigente en materia de medidas judiciales de protección de garantías de Niños, Niñas y Adolescentes, cabe señalar que, en términos generales, se puede opinar favorablemente la eliminación de la restricción de la potestad cautelar que actualmente existe en los procedimientos de aplicación de medidas judiciales de protección de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, de modo que se permita a la judicatura de familia adoptar las medidas cautelares que se consideren necesarias en el caso concreto sin que necesariamente éstas se encuentren específicamente descritas en la ley.

Ahora bien, cabe realizar ciertas observaciones a la forma en que se pretende realizar el cambio propuesto, las cuales se exponen en la sección siguiente.

Sexto: Que teniendo en consideración la supresión del inciso final del artículo 22 y la agregación del nuevo literal i) al artículo 71 que permitirá al juez adoptar, en general, las medidas cautelares que el juez estime indispensables para la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, el resultado esperado será que la potestad cautelar en los procedimientos protectores se ampliará permitiendo que la judicatura de familia pueda decretar las medidas cautelares que se adecuen a la situación particular del caso concreto – que por definición no serán de aquellas ya contempladas en la legislación vigente- o aquellas medidas cautelares que la legislación ya contemple. Cabe señalar que en uno u otro caso, estas medidas deben cumplir con los requisitos establecidos en la ley, dentro de los cuales resaltan por su importancia aquellos contenidos en los artículos 59 y 69 de la Ley N° 21.430 ya reseñados.



Estos requisitos son relevantes de considerar en el análisis de este cambio legislativo, pues el cambio impulsado por la moción pretende entregar una potestad amplia a la judicatura en el establecimiento de estas medidas (*todas aquellas que resulten indispensables para la protección de sus derechos*), por lo que, a diferencia del régimen actual, de aprobarse esta moción el juez no estará frente a un listado acotado de medidas, sino que quedará en un escenario donde, acorde a los hechos particulares del caso, deberá resolver cuál resulta indispensable para la protección del Niños, Niñas y Adolescentes.

Si bien desde un paradigma proteccional, coherente con las obligaciones internacionales que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño, es positivo dotar a la magistratura de esta flexibilidad, los artículos 59 y 69 de la Ley N°21.430 (Ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia) circunscriben aspectos relevantes que la judicatura debe respetar. Por una parte, el artículo 59 mandata a respetar las reglas del debido proceso en la adopción de estas medidas, garantizar el derecho a ser oído del Niño, Niña o Adolescente, como también que respondan a criterios fundamentales como la necesidad y proporcionalidad de las mismas y su carácter revocable. Por otra parte, el artículo 69, en relación a la legalidad de las mismas, obliga al juez a fundar su resolución, señalando específicamente los hechos que justifican su adopción, cuáles son los derechos vulnerados, el objetivo de la medida y de qué forma se atiende al interés superior del Niño, Niña o Adolescente.

En conclusión, los requisitos y garantías que plantea la Ley N°21.430 entregan un marco jurídico razonable para interpretar que la supresión del inciso final del artículo 22 y la agregación del nuevo literal i) al artículo 71, ambos de la Ley N°19.968 están bajo un régimen claro y delimitado.³

Séptimo: Que una segunda modificación legal que busca el artículo único bajo análisis es incorporar un nuevo literal i) del artículo 71, permitiendo la adopción de las “medidas establecidas en el artículo 92 que resulten aplicables”. Esta propuesta amerita algunas observaciones.

En efecto, cabe preguntarse sobre el sentido de la expresión “*que resulten aplicables*”, toda vez que no se especifica cuándo serían aplicables, lo que resulta especialmente confuso si se considera que sería el único tipo de medida cautelar respecto del cual se contemplaría dicho requisito, pues al resto de las medidas cautelares del procedimiento proteccional se les aplicarán los requisitos comunes contenidos en las leyes N° 19.968 y N° 21.430.

Lo anterior podría llevar a problemas de interpretación y aplicación ya que se podría considerar que es una simple reiteración de la necesidad de que se cumplan los requisitos

³ Cabe señalar que los artículos 59 y 69 de la Ley 21.430 circunscriben su regulación a la adopción de medidas de protección; mientras que la moción bajo análisis hace referencia a medidas cautelares. Con todo, comprendiendo que las medidas cautelares contemplan un fin proteccional ante la vulneración de derechos de NNA, los deberes y requisitos establecidos en las primeras son plenamente aplicables a las segundas.



generales de las medidas cautelares del procedimiento proteccional, en cuyo caso la expresión sería innecesaria.

Otra interpretación podría llevar a concluir que dada su conexión con la regulación de la potestad cautelar en materia de violencia intrafamiliar, resultarán “aplicables” en la medida en que se configuren hechos propios de dicho tipo de materia⁴.

Por lo anterior, resultaría oportuno para entregar certeza y claridad a la judicatura al momento de considerar su adopción, que el legislador especifique o desarrolle el contenido normativo de la frase “*que resulten aplicables*”.

Por último, cabe cuestionar la utilidad de la inclusión de las medidas del artículo 92 en el listado del artículo 71 por las propias modificaciones que el proyecto propone, ya que, como ya se vio, la supresión del inciso final del artículo 22 y la agregación del nuevo literal i) al artículo 71 en cuanto permite al juez adoptar en general medidas cautelares que estime indispensables, pareciera ser suficientes para que la judicatura de familia pueda aplicar, incluso y aun sin la imprescindible concurrencia de hechos que configuren violencia intrafamiliar, aquellas contenidas en el artículo 92.

Octavo: Que para finalizar, cabe tener en especial consideración que, en virtud de la disposición cuarta transitoria de la Ley N°21.430, “*el Presidente de la República deberá enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley para adecuar las normas de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, considerando las adecuaciones que surjan para la aplicación de esta ley*”. La referencia a esta disposición transitoria tiene solo como objeto recordar un mandato legal que el legislador depositó sobre el Ejecutivo y donde resulta razonable que aspectos como el contenido en la moción bajo análisis sean parte de dicha iniciativa, a fin de prever la debida coordinación entre esas enmiendas en preparación del Ejecutivo con otras propuestas que puntualmente abordan temáticas sobre tribunales de familia, como la que es analizada en este informe.

Noveno: Que, en síntesis, la iniciativa analizada propone suprimir el inciso final del artículo 22, con el fin de eliminar la limitación de la potestad cautelar en el procedimiento de protección de derechos de Niños. Niñas y Adolescentes; y agregar al listado de medidas cautelares que se pueden dictar en dicho procedimiento, contenidas en el inciso 1° del artículo 71, las establecidas en el artículo 92 que resulten aplicables y en general las que el juez estime indispensables para la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

En términos generales y teniendo presente la opinión manifestada por la Corte Suprema durante la tramitación legislativa de la Ley N° 21.430 y a las reglas citadas de dicha ley que constituyen el estándar del nuevo régimen vigente en materia de medidas judiciales de protección de garantías de NNA, se considera positivo que se alcen las restricciones de la potestad cautelar de la judicatura de familia en el procedimientos

⁴ Esto, incluso dando por descontado que el procedimiento por violencia intrafamiliar ya contempla expresamente para estos casos la aplicación de medidas cautelares y de protección propias de NNA (así los artículos 81 y 92 de la Ley N° 19.968).



proteccional, fines que parecen lograrse mediante la supresión del inciso final del artículo 22 y la agregación en el artículo 71 de la regla que permite a la magistratura en general adoptar medida cautelares que se estimen indispensables para la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a la inclusión en la propuesta de nuevo literal i) para el artículo 71 de la referencia a las “medidas establecidas en el artículo 92 que resulten aplicables”, resulta necesario aclarar el sentido y alcance de la misma, en especial lo relativo a “*que resulten aplicables*” para comprender de forma clara su mandato normativo y debido a que, en definitiva, pareciera no tener utilidad alguna si se le analiza de forma sistémica en relación con la normativa actualmente vigente y en relación con los efectos que generarán las dos modificaciones mencionadas en el párrafo anterior.

Por último, y solo a modo de referencia, se hace presente que en virtud de la disposición cuarta de la Ley 21.430, el Presidente de la República tiene la obligación de presentar vía mensaje las adecuaciones normativas pertinentes a la Ley N° 19.968, dentro de las cuales podría encontrarse las relativas a la adopción de medidas cautelares.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en la norma constitucional citada, **se acuerda informar en los términos antes expuestos** el referido proyecto de ley.

Ofíciase.

PL N°35-2023”

Saluda atentamente a V.S.



