

# NATURALEZA Y REQUISITOS DEL CUIDADO PERSONAL PROVISORIO EN JUICIOS ANTE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

## NATURE AND REQUIREMENTS OF THE PROVISORY PERSONAL CARE IN JUDGMENTS BEFORE THE FAMILY COURTS

Carlos A. Núñez Jiménez\*

### RESUMEN

El presente artículo, se ocupa de la resolución de conflictos sobre el cuidado personal provisorio de NNA, calificándolo como una medida cautelar innovativa en juicio ordinario regulado por la LTF. Partiendo de la base del nuevo enfoque impreso al estatuto jurídico aplicable por la Ley n.º 20680 de 21 de junio de 2013 y, para fines metodológicos, el trabajo trata la materia separando juicios seguidos entre los padres, de aquellos incoados entre un tercero en contra de uno o ambos padres, y también –situación no resuelta– cuando al tercero custodio se le demande por los padres en caso que se le haya atribuido el cuidado personal del NNA en pleito anterior. Se destaca la necesidad de recurrir al estándar del interés superior del niño como criterio rector en los tres supuestos, pero diferenciando la causa de pedir según el caso. Finalmente, se distingue el cuidado personal provisorio decretado en juicio ordinario, de la medida cautelar contemplada en procedimiento sobre protección.

9

**PALABRAS CLAVE:** cuidado personal provisorio, interés superior del niño, inhabilidad física o moral.

---

\* Abogado. Doctorando en derecho Universitat Autònoma de Barcelona, España. Profesor de Derecho Civil y Derecho de Familia. Dirección postal: Campus de la UAB, Plaça Cívica, 08193 Bellaterra, Barcelona, España. Correo electrónico: carlos.nunezj@e-campus.uab.cat. Artículo recibido el 2 de mayo de 2018 y aceptado para su publicación el 7 de octubre de 2019.

## ABSTRACT

This article deals with the resolution of conflicts over the provisional personal care of NNA, qualifying it as an innovative precautionary measure in ordinary trial regulated by the LTF. Based on the new printed approach to the legal statute applicable by Law No. 20.680 of June 21, 2013, and for methodological purposes, the author addresses the matter by separating judgments followed between parents, from those initiated between a third party against of one or both parents, and also -situation not resolved- when the third custodian is sued by the parents in case the personal care of the NNA has been judicially attributed in previous lawsuit. The need to resort to the standard of the best interests of the child as a guiding criterion in the three cases, but differentiating the cause of asking according to the case, is underlined. Finally, the provisional personal care decreed in ordinary trial is distinguished from the precautionary measure contemplated in the procedure on protection measures.

KEYWORDS: provisional personal care, best interests of the child, physical or moral disability.

10

## I. INTRODUCCIÓN

A partir del análisis de las hipótesis que hemos considerado más relevantes, podemos anticipar que las controversias judiciales sobre cuidado personal de NNA ante los tribunales de familia, se caracterizan, entre otras cosas, por su complejidad jurídico-procesal, y por la connotación psicosocial que en muchos casos envuelven, atendido los valores y elementos que entran en conflicto. Estos tienen relación, en el fondo, con las habilidades parentales de los padres, las que serán objeto de prueba, y que deberán ser tenidas en consideración por el sentenciador al momento de resolver<sup>1</sup>.

El surgimiento de estos juicios, debido a la separación de los padres, o a la alegación de un tercero, pariente o extraño, de no encontrarse estos premunidos de las habilidades para ejercer su rol parental, como custodios y garantes de la crianza y educación de sus hijos, ha significado el nacimiento de un novedoso cúmulo de inquietudes dogmáticas y jurisprudenciales.

---

<sup>1</sup> Según QUINTANA (2014), p. 243: “se advierte que la nueva ley obliga a los jueces a un análisis más acabado de todas las circunstancias que confluyen en el caso en estudio, en comparación con la ley derogada (...), ahora, el juez, cuando se discute ante él, respecto del establecimiento del régimen y acerca del ejercicio del cuidado personal, debe tener presente y ponderar los criterios enunciados en el artículo 225-2”.

denciales, al amparo de una disciplina del derecho que, al menos en este aspecto, ha evidenciado un importante dinamismo, inspirada en nuevos principios y paradigmas, internalizados de modo progresivo gracias a la labor de jueces y de la doctrina<sup>2</sup>.

En esta perspectiva, y sin perjuicio de los lúcidos aportes realizados por la dogmática nacional, entendemos que la propia praxis judicial ha dilucidado ciertas interrogantes, a veces más con sentido lógico normativo, lo cual, no obstante, ha ocasionado, en algunos casos, falta de coherencia y de armonía en las decisiones que se han adoptado.

En ese contexto, abordaremos algunos aspectos no tratados hasta ahora, en especial aquellos que han nacido de la práctica judicial, con el propósito de ir contribuyendo a enriquecer el acervo jurídico que se ha ido configurando desde la entrada en vigor de la LTF.

## II. ANTECEDENTES JURÍDICO NORMATIVOS

La reglamentación legal sobre la materia se encuentra establecida, desde un punto de vista sustantivo, en el título IX del libro I del *Código Civil*, en particular en los arts 222, 224, 225, 225-2, 226, 227 y 242, en el art. 42 de la Ley n.º 16618, 3º, 9º, 12 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y en un sentido adjetivo, en las disposiciones pertinentes de la Ley n.º 19968 que establece los tribunales de familia<sup>3</sup>.

Tradicionalmente, los autores se han encargado de tratar el cuidado personal de los hijos a propósito de los efectos de las relaciones paterno filiales, destacándose su carácter *personal y moral*, como un *derecho-deber*

---

<sup>2</sup> Acerca de estos nuevos principios, la Corte Suprema, en un fallo de 11 de marzo de 2019, ha reiterado la doctrina en el sentido que: “la reforma introducida en materia de cuidado personal por la Ley N° 20.680 supuso un conjunto de modificaciones orientadas a perfeccionar el sistema vigente (...) el eje central en torno al cual ha de girar la determinación de la titularidad y el ejercicio del mismo, es el interés superior del niño, desplazando la idea de atribuciones legales o derecho preferente de un padre por sobre el otro, e incorporando instituciones como el principio de la corresponsabilidad en la crianza y educación de los hijos, y el cuidado compartido”. SCS Contreras Burgos con Gallardo Price, rol 2023-2018, 11 de marzo de 2019, n.º Legalpublishing CL/JUR/1200/2019.

<sup>3</sup> En este trabajo trataremos la temática desde la perspectiva del juicio ordinario de cuidado personal, reglamentado de conformidad al art. 55 y ss. de la LTF, no desde la óptica del procedimiento especial de medidas de protección de los derechos de NNA, a que se refiere el título IV –arts. 68 a 80 bis– de la referida ley. Respecto a este último, y a los principios aplicables, véase GARRIDO (2009), pp. 97-162; CORREA (2010), pp. 117-126. Sin perjuicio de esta acotación, en su oportunidad señalaremos algunas diferencias que se pueden observar en materia de cuidado personal provisorio, en uno y en otro procedimiento.

o *función* de los padres para con los hijos, a diferencia de la dimensión patrimonial resultante de la filiación, desarrollada bajo el concepto de *patria potestad*<sup>4</sup>.

En cuanto al tema que nos ocupará, esto es, la atribución judicial del cuidado personal provisorio, debe partirse de la base que la cuestión de fondo en el juicio tiene relación con el cuidado personal definitivo. Y en tal caso, los supuestos de hecho de que arranca la legislación son la separación de los padres<sup>5</sup> (incluido el caso de que no hayan hecho vida en común, y no habiéndose producido acuerdos en conformidad a la ley), y la inhabilidad física o moral de uno o ambos, teniendo presente principios fundamentales, tales como la corresponsabilidad y el interés superior<sup>6</sup>, de acuerdo con lo previsto en los arts. 225 y 226 del *Código Civil*.

En esas situaciones, el operador jurídico deberá recurrir, en términos generales, por remisión normativa, a algunos de los criterios hermenéuticos establecidos en forma no taxativa en los arts. 225-2 del *Código Civil*<sup>7</sup> y 42 de la Ley n.º 16618.

<sup>4</sup> Sobre el particular, véase TRONCOSO (2017), p. 303. En un sentido similar, BARCIA (2011), pp. 468-469. A propósito de las direcciones en que en el derecho patrio se bifurca el tratamiento de los efectos de la filiación, véase RODRÍGUEZ (2017), pp. 321-322, 346. A mayor abundamiento, y en relación con la responsabilidad parental y su tratamiento en la legislación latinoamericana, véase LATHROP (2017), pp. 147-161. Respecto del concepto legal de responsabilidad parental, véase ESPEJO (2017), pp. 33-52. En derecho comparado, destaquemos, para efectos ilustrativos, la extensión que bajo el concepto de “potestad parental” realiza la legislación de Cataluña, que abarca una dimensión personal y patrimonial. En ese sentido, GETE Y SOLÉ (2014), pp. 129-130. En derrotero similar, se ha sostenido que el *Código Civil* de Cataluña: “configura la responsabilidad/potestad parental como un deber-función inexcusable, dirigido principalmente a la protección de los hijos/ as menores no emancipados”. PADIAL (2018), p. 106.

<sup>5</sup> En caso de separación de los padres, y en lo tocante a las formas de cuidado personal, la reforma introducida por la Ley n.º 20680, mantuvo la clasificación tripartita contemplada *ex ante* por el *Código Civil*, consistente en convencional, legal supletoria y judicial, alterándose la regla de atribución en el caso de la segunda. Sobre el punto, véase LEPIN (2014a), pp. 141-153; RODRÍGUEZ (2017), pp. 326-336. Respecto de la reglamentación que antecedió a la reforma, véase RAMOS (2007), pp. 442-445; GÓMEZ DE LA TORRE (2007), pp. 135-150; RODRÍGUEZ (2010), pp. 31-86.

<sup>6</sup> A mayor abundamiento acerca de los nuevos principios que inspiran el derecho de familia, véase LEPIN (2014b), pp. 9-55; LEPIN (2017), pp. 49-64; BARCIA (2011), pp. 23-39, DEL PICÓ (2016), pp. 31-35. Respecto de la corresponsabilidad e interés superior, véase QUINTANA (2014), pp. 241-243.

<sup>7</sup> A propósito de la importancia que tienen estos criterios, y a su debida ponderación por los jueces, la Corte Suprema, en un fallo que rechazó un recurso de casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento, señaló que la recurrente: “denuncia la infracción a los artículos 225 y 225 2 del Código Civil, que también deberá ser rechazada, por cuanto el fallo contiene un análisis de cada uno de los aspectos que éste último señala, orientado a determinar qué es lo mejor para el interés superior y desarrollo de la niña en relación con su historia de vida y su situación actual (...); razón por la que el arbitrio deberá ser

Desde ese punto de vista, y para aproximarnos a la problemática, trataremos de la decisión judicial sobre el cuidado personal provisorio en caso de conflictos seguidos entre padres, partiendo por un examen de la causa de pedir, el criterio de atribución y algunas consideraciones a propósito de las reglas atributivas, además de sus requisitos y forma de tramitación.

Luego, nos haremos cargo de esta materia en los juicios de cuidado personal iniciados en virtud de demanda interpuesta por un tercero, pariente o extraño, su causa de pedir y el criterio de atribución, intentando una interpretación armónica de la causal de *inhabilidad física o moral*, en lo referente a si debe recaer en uno o ambos padres.

A continuación, formularemos algunas consideraciones a propósito del tema en comento, en los juicios iniciados por uno o ambos padres en contra de un tercero, a quien en juicio anterior se le haya confiado el cuidado personal del NNA, para proseguir con algunas diferencias y semejanzas entre el cuidado personal provisorio decretado en procedimiento ordinario, y la medida cautelar contemplada en procedimiento proteccional.

Finalmente, terminaremos el trabajo señalando nuestras conclusiones.

### III. SOBRE EL CUIDADO PERSONAL PROVISORIO EN JUICIOS SEGUIDOS ENTRE PADRES

13

#### Contexto

Para abordar esta materia, estimamos de rigor realizar una contextualización normativa del juicio en que se ventilará la cuestión del cuidado personal provisorio, es decir, del cuidado personal entre padres.

En primer lugar, señalamos que analizada en forma armónica la disposición contenida en el art. 225 del *Código Civil*, se llega a la conclusión de que la decisión judicial solo tiene lugar cuando no se hubieren producido convenciones entre los padres, en la forma que señala el inciso 1°, y en el caso de que tampoco tenga lugar, o pretenda modificarse la situación de hecho amparada en la regla de atribución legal supletoria contenida en el inciso 3°<sup>8</sup>.

Además, e interpretando este supuesto con las normas de la LTF, es necesario que se haya frustrado el proceso de mediación a que se refiere el art. 106 de dicho estatuto legal, ya que de conformidad con la norma del

---

desestimado en esta etapa de tramitación, por adolecer de manifiesta falta de fundamento". Considerando cuarto. SCS sin identificación de partes, rol 31595, 5 de marzo de 2019, n.º Legalpublishing CL/JUR/1074/2019.

<sup>8</sup> En relación con el contenido y naturaleza de la regla de *atribución legal*, y a las posiciones que se han adoptado sobre ella, véase ACUÑA (2018), pp. 139-140.

art. 57 de la misma ley, es requisito de la demanda de cuidado de personal, que se acompañe el certificado que acredite que se dio cumplimiento a dicho proceso, frustrándose.

En segundo lugar, puede también ocurrir que el asunto se haya judicializado previamente, y que el cuidado personal se haya atribuido en virtud de una sentencia judicial a uno de los padres, cumpliendo con las formalidades legales, atribución que puede dejarse sin efecto, modificarse o revocarse de acuerdo con el art. 242 del *Código Civil*, ya sea en forma convencional (art. 225 inc. 1°), o mediante una resolución judicial que homologue un proceso de mediación o ponga término a un juicio, caso que nos interesa.

Sobre lo dicho, señalemos que a nuestro parecer, no es de rigor que de modo indeclinable la nueva atribución se haga a través de otra sentencia, ya que el legislador solo exige que se realice cumpliendo *con los requisitos legales* (art. 242), circunstancia que se satisface observando las formalidades previstas en los arts. 225 y 227, las que no siempre pasan por una nueva sentencia judicial, como acontece con la atribución convencional. La resolución judicial será necesaria cuando se solicite la aprobación de un acta de mediación, o cuando se discuta en un nuevo juicio el cuidado personal

Sin embargo, el asunto no resulta pacífico, teniendo presente la semántica literal del inciso segundo del art. 242 –norma de clausura–, que señala en forma textual que “en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá...”. Ello pareciera sugerir, si se está refiriendo al inciso primero, que en todos los casos la revocación de la atribución judicial anterior debe pasar por una nueva sentencia, y de tratarse de una atribución convencional, formalizarse en un acuerdo que debe someterse a la aprobación de un tribunal de familia. A nuestro juicio, la solución puede alcanzarse a la luz de los nuevos principios que de modo progresivo se han venido imponiendo en el derecho de familia, en especial los de autonomía de la voluntad e intervención mínima del Estado<sup>9</sup>.

### 1. Causa de pedir, criterio de atribución y reglas atributivas

#### a) Causa de pedir

En caso de que uno de los padres pretenda accionar en contra del otro, a fin de que en virtud de un juicio se le atribuya en forma exclusiva el cuidado personal del hijo, la causa de pedir estará constituida por *las circunstancias que lo requieran*, según el tenor del art. 225 inc. cuarto del *Código Civil*.

<sup>9</sup> Sobre el particular, véase LEPIN (2014b), pp. 44-49; LEPIN (2017), pp. 58-59, 63-64; BARCIA (2011), pp. 26-27.

Se ha dicho en esta parte por la doctrina:

“la elección puede ser entre dos situaciones que reportan beneficios, donde se ponderará cuál maximiza esos beneficios: el legislador no exige que se acredite maltrato, descuido u otra causa grave o calificada para alterar el cuidado que se está ejerciendo”<sup>10</sup>.

Se atenderá entonces a:

“circunstancias directas de los hijos o de los padres que disputan el cuidado y del entorno, en la medida en que pueden incidir en el hijo. El juez debe enfocarse en el bienestar del niño y no en la calidad personal de quien ejerce el cuidado de aquél”<sup>11</sup>.

#### b) Criterio de atribución

Será siempre el *interés superior del hijo que lo haga conveniente*, para lo cual el operador debe remitirse a la disposición abierta contenida en el art. 225-2 del *Código*<sup>12</sup>.

La Corte Suprema se ha hecho cargo de la relevancia de estos requisitos.

Por ejemplo, en un fallo que rechazó recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, expresó en el considerando sexto:

“Sexto: Que de acuerdo a lo establecido en el artículo 225 del Código Civil, que regula las fuentes de atribución del cuidado personal de los hijos cuando los padres viven separados, la judicatura podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido, ‘cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente’, poniendo con ello de manifiesto que el principio que debe guiar tal decisión es el del interés superior del niño, que se encuentra recogido en nuestra legislación interna y consagrado en la Convención de los Derechos del Niño suscrita por nuestro país”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> ACUÑA (2018), p. 144.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Se ha dicho, asimismo: “la intervención judicial está justificada cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, lo que tanto puede acontecer para evitar al niño los daños que genera el actual sistema de cuidado o para ofrecerle un sistema de cuidado más ventajoso que el actual que no es dañino”. *Ibid.*

<sup>13</sup> SCS, Flores Pardo con Miranda Cisterna, rol 40736-2017, 18 de abril de 2018, n.º Legalpublishing CL/JUR/1784/2018.

## c) Reglas atributivas

Para finalizar, y respecto a los criterios establecidos en forma no taxativa en el art. 225-2, los que sirven de base para discernir si se cumple o no con el estándar del interés superior del niño, digamos que el legislador establece que deben considerarse y ponderarse *conjuntamente*, de manera que no estaría el juez autorizado para acoger o rechazar la demanda fundado en forma exclusiva en uno o solo alguno de ellos, ya que se trata de requisitos copulativos<sup>14</sup>.

Entendemos, asimismo, que esta disposición debe complementarse con lo dispuesto en los arts. 105 a 111 de la LTF, en el sentido de que también los acuerdos formalizados mediante una mediación, y que deben homologarse judicialmente, deben cumplir con estas exigencias, en lo que les sean aplicables<sup>15</sup>.

Además, en uno y otro supuesto, rige a plenitud lo dispuesto en el art. 225 inciso quinto, en el sentido de que *en ningún caso* el juez puede fundar su decisión en la capacidad económica de los padres, debiendo la modalidad de cuidado personal que se apruebe o resuelva por este, con arreglo a lo previsto en el art. 224, basarse en el principio de corresponsabilidad<sup>16</sup>, de no mediar un impedimento legal o prohibición jurisdiccional que obste a la participación del padre no custodio<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Véase TAPIA (2013), pp. 486-488.

<sup>15</sup> Por ejemplo, el señalado en la letra f, se ponderará, de acuerdo con el art. 242 inciso segundo, y 12 de la Convención de Derechos del Niño, en función de su edad y madurez, pudiendo, de igual modo, citársele al proceso de mediación, si su presencia es indispensable (art. 105 letra e) de la LTF.

<sup>16</sup> A propósito de este principio, véase ACUÑA (2013), pp. 21-59; RODRÍGUEZ (2014), p. 80; RODRÍGUEZ (2017), pp. 322-323. Desde una mirada más crítica, y que ve en la corresponsabilidad más que un principio autónomo, una aplicación del interés superior del niño, véase BARCIA (2011), pp. 391-392.

<sup>17</sup> La jurisprudencia ha señalado, además, que otros factores deben considerarse al momento de resolver sobre el cuidado personal. Por ejemplo, la Corte Suprema ha considerado significativo pronunciarse sobre el régimen de relación directa y regular con el niño. En un fallo que acogió un recurso de casación en el fondo, señaló en el considerando primero de la sentencia de reemplazo: “Que la ponderación conjunta de los criterios establecidos en el artículo 225 2 del Código Civil (...), permite concluir que si bien ambos progenitores son aptos para la crianza de su hijo, el padre, que en la actualidad tiene su cuidado personal, no ha demostrado una actitud de cooperación con la madre (...). En consecuencia, aun cuando la situación actual del niño pudiera aparecer dotada de características que le proveen de cierta estabilidad en el entorno de la familia paterna, luego de haber estado al cuidado de su padre por un período superior a un año, lo cierto es que la mantención de esa situación pone en riesgo un aspecto tan fundamental, como es la relación con su madre”. SCS. Gajardo Vera con Apablaza Vergara, rol 43557-2017, 5 de junio de 2018, n.º Legalpublishing CL/JUR/2633/2018.



## 2. En particular sobre el cuidado personal provisorio en estos juicios

Puede ocurrir que el padre que demanda el cuidado personal del niño en juicio ordinario de familia<sup>18</sup>, solicite el cuidado personal del mismo en carácter provisorio. O puede acontecer que sea el propio juez quien, actuando de oficio, decreta tal medida.

El *Código Civil* no se ocupó de estas medidas de modo literal y sustantivo, en cuanto a requisitos y procedencia. Sin embargo, gozan de respaldo normativo en leyes especiales de familia que se han dictado, y su fundamento se encuentra en el principio del interés superior del niño, reforzado por la potestad cautelar con que se encuentra premunido el juez de familia.

En particular, fue la LTF la que otorgó un respaldo normativo procesal a estas medidas en el juicio ordinario, al que se refiere el párrafo cuarto del título III, sin ignorar que para su resolución debemos también remitirnos al derecho común, esto es, a las normas sobre atribución judicial del cuidado personal contenidas en el *Código Civil*.

Específicamente, la regla de la LTF está constituida por el art. 22, que se refiere a la potestad cautelar del juez de familia<sup>19</sup>, que le autoriza para decretarlas de oficio o a requerimiento de parte, en cualquier estado del juicio, y aun antes de su inicio, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica su tramitación.

De acuerdo con esta disposición, consideramos que el cuidado personal provisorio decretado en el marco de un juicio ordinario contradictorio, tiene la naturaleza de una “medida cautelar innovativa”<sup>20</sup>. Así también lo ha entendido la jurisprudencia.

A modo de ejemplo, consignemos una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, que de modo expreso señaló que estas medidas tienen por objeto:

<sup>18</sup> Precisemos que el cuidado personal del niño, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 58 de la LTF, puede demandarse por vía principal o reconvenzional, debiendo en este último caso, cumplir con los requisitos de la demanda previstos en el art. 57, y tramitarse junto con la acción principal.

<sup>19</sup> Acerca de la potestad cautelar del juez de familia, aunque en un sentido más genérico, véase LEPIN Y ARAYA (2014), pp. 103-129. Véase, asimismo, el interesante trabajo de DUQUE (2018), pp. 103-142.

<sup>20</sup> Sobre el particular, se ha hecho notar por la doctrina que las medidas cautelares innovativas tienen carácter de infinito. “En efecto, permiten, hoy en día, anticipar la pretensión de fondo del demandante, pudiendo los jueces de familia adoptar la medida más idónea de acuerdo al caso concreto”. “La historia de la ley nada dice sobre su origen. La idea está tomada del Código Procesal Modelo para Iberoamérica (CPCMI). Las medidas cautelares innovativas tienen por efecto un cambio o modificación en el estado de hecho o situación jurídica existente”. NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), pp. 182-183.

“modificar el estado de hecho o de derecho preexistente, implicando un auténtico ante juicio de la cuestión debatida, una declaración interina sobre el fondo, lo que obliga a una mayor prudencia en la apreciación de los requisitos que la justifican; y por su intermedio se intenta evitar el ‘periculum damni o in facti’, esto es un perjuicio irreparable, que se produciría si no se otorga la misma”<sup>21</sup>.

Además, y en este orden de ideas, se ha señalado:

“si la oralidad, intermediación, concentración y desformalización son los pilares del moderno proceso civil y de la LTF (la primera reforma procesal civil), podemos afirmar, sin compromisos que, del contenido de las normas sobre cautelas que se contemplan en la LTF, se puede hablar expresamente de la tutela anticipada o sentencia anticipada, como finalidad de las mismas”<sup>22</sup>.

El precepto, enseguida, también se hace cargo de los presupuestos de la medida.

Así aparece de la lectura de la segunda parte del inciso primero del art. 22, que señala los requisitos específicos de las medidas cautelares innovativas: solo pueden decretarse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés del niño, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar, rigiendo en lo supletorio las normas que al respecto contiene el *CPC*, en sus títulos IV y V del libro II.

Revisemos.

#### a) Requisitos

Señalemos que para solicitar o demandar el cuidado personal provisorio en juicio, deben concurrir ciertos requisitos especiales previstos en el art. 22 de la LTF<sup>23</sup> para las cautelares innovativas, esto es que concurren en

<sup>21</sup> SCA Temuco, Burcher Moller con Moller Riquelme, rol 96-2007, 30 de enero de 2008, n.º Legal Publishing: 38319.

<sup>22</sup> NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), p. 176. Acertadamente, destacan los autores, existen verdaderas *sentencias anticipadas*, citando como ejemplos el nombramiento de guardador provisorio (art. 371 del *CC*); la interdicción provisorio del disipador (art. 446 del *CC*), la interdicción provisorio del llamado demente (art. 461 del *CC*), el nombramiento del tutor o curador provisorio en la guarda dativa (art. 371 del *CC*), los alimentos provisorios, la declaración provisorio del bien familiar (art. 141.1 del *CC*), etc. El profesor DUQUE (2018), pp. 110-115, por su parte, señala que cautela innovativa y tutela anticipada no son categorías equivalentes, aunque ambas forman parte del género *medidas cautelares*.

<sup>23</sup> Precisamente en lo tocante a estos presupuestos, la Corte de Apelaciones de Santiago, en una sentencia que acogió un recurso de apelación, sostuvo: “3°. Que el artículo 22 de la Ley 19.968, dispone la facultad de decretar medidas cautelares que se estimen procedente

la especie casos urgentes y lo exija el interés superior del NNA, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

Sin perjuicio de ello, deben cumplirse, también, otras condiciones aplicables a la medida de que se trata, en algunos casos señalados por la ley –como en el caso de los alimentos provisorios– y en otros no establecidos de un modo expreso y categórico, como en la situación que estamos analizando, pero que se desprenden de una interpretación armónica de las normas legales, y de la propia naturaleza de la institución<sup>24</sup>.

En esa perspectiva, sostenemos que para la procedencia del cuidado personal provisorio, junto a los presupuestos generales y especiales que acabamos de puntualizar, debemos remitirnos a las disposiciones contenidas en los arts. 225, 225-2 y 242 del *Código Civil* a objeto de determinar qué requisito de fondo debe cumplirse<sup>25</sup>.

Siguiendo este derrotero, consideramos que al efecto resultan aplicables dichas disposiciones, no obstante tratarse solo de una medida de carácter provisorio, de modo que el juez alterará la atribución convencional, judicial o fáctica amparada en la regla supletoria, toda vez que *las circunstancias lo requieran o si sobreviene motivo justo*, y siempre teniendo en vista el *interés del hijo que lo haga conveniente*. De igual modo, entendemos que el juez deberá recurrir a algunos de los criterios señalados en el art. 225-2, en lo que fuere procedente.

---

cuando se trate de situaciones urgentes o cuando así lo exija el interés superior del niño o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trate de evitar. 4°. Que esta Corte conforme a los antecedentes esgrimidos (...), estima del todo concurrente y en resguardo del interés superior del niño que, como ya éste lo ha decidido, el cuidado personal provisorio del menor sea detentado por su madre”. SCA Santiago. No se consignan partes. Rol 984-2015. 12 de junio de 2015, n.º Legalpublishing CL/JUR/3270/2015.

<sup>24</sup> De modo eventual, podría exigirse por el tribunal el cumplimiento de un requisito especial, de carácter procesal, esto es, el otorgamiento de caución por el actor para responder de los perjuicios que se ocasionen, de acuerdo con lo señalado en el art. 298 del *CPC*, ya que se trata de una medida no autorizada *expresamente por la ley*. Puede, sin embargo, controvertirse la procedencia de esta exigencia, atendida la naturaleza extrapatrimonial de la medida cautelar que se decreta.

<sup>25</sup> En relación con este punto, y a la necesidad de remitirse a las normas del *Código Civil*, la jurisprudencia ha señalado: “tanto en virtud del principio del interés superior del niño, como de los criterios que el legislador ha establecido en el artículo 225 2 del Código Civil para el establecimiento del cuidado personal por parte del juez, hacen concluir que la decisión de modificar la relación de convivencia que tenía la menor con su padre, permanente en el tiempo, no se fundamenta en razones graves que justifiquen tal innovación (...). Por estas consideraciones (...), se revoca la sentencia interlocutoria apelada (...), y en su lugar se confiere el cuidado personal provisorio de la menor K.R.A.V., a su padre (...)”. SCA Santiago. Antonietti con Vieira, rol 1031-2018, 20 de febrero de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/919/2019).

En relación con esta parte, e intentando comprender la calidad de la decisión que el juez adopta, si es que accede a la petición del actor, podríamos concluir que representa un verdadero pronunciamiento provisorio sobre el fondo de la cuestión debatida<sup>26</sup>, justificado en la urgencia o inminencia de un daño que se trata de precaver, y considerando el interés superior del NNA, tanto porque lo requiere la propia LTF, en sus arts. 16 y 22, como el *Código Civil* en el 242 inciso segundo.

Desde esa óptica, no resulta baladí la resolución que dicte el tribunal frente a la petición, toda vez que de alguna manera está involucrada la cuestión controvertida misma sobre la que se discute, en particular cuando se solicita al inicio del procedimiento, en la demanda y antes de la audiencia preparatoria, pudiendo materializarse antes del emplazamiento del demandado.

No obstante, la resolución del tribunal en modo alguno deroga el principio de bilateralidad y la valoración que el juez debe realizar de los antecedentes de la causa, lo cual puede conducir a la revocación de la medida adoptada, al cesar la causa que le dio origen, la urgencia o el *periculum damni o in facti*, que fundaron en su oportunidad la medida de entregar el cuidado provisorio al padre demandante no custodio.

En otras palabras, el otorgamiento por parte del juez del cuidado personal provisorio, no entraña un desasimiento en términos que le impidan rever lo resuelto, por cuanto la medida es provisional, y está supeditada al mantenimiento de las circunstancias fácticas que la fundamentaron, tal como se desprende del art. 242 inciso primero segunda parte. Cosa distinta es que al momento de dictarse sentencia, ponderadas estas conforme a los arts. 225, 225-2 y 242 –según ya analizamos– del *Código Civil*, lo resuelto en forma provisorio se refrende acogiendo la pretensión principal, la que ejecutoriada, deberá cumplir con las formalidades dispuestas en el art. 227, pudiendo constreñirse su cumplimiento, como lo señala el mismo precepto legal.

#### b) Forma de tramitación

En cuanto a su oportunidad y tramitación, la LTF se pone en el caso de que las medidas cautelares puedan llevarse a efecto aun antes de producirse el emplazamiento del demandado, *inaudita altera pars*, cuando existan “razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente”.

<sup>26</sup> El profesor DUQUE (2018), p. 114, refiriéndose a la tutela anticipada, señala: “se encuentra constituida por una serie de mecanismos que le permiten al órgano jurisdiccional conceder la protección solicitada, antes del pronunciamiento de una sentencia definitiva. Este tipo de tutela permite a los jueces adoptar medidas para satisfacer o proteger el derecho, cuando hay casos graves y urgentes que lo justifiquen”.

De igual modo, conforme a lo establecido en el inciso segundo del art. 22:

“transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados”.

En lo no previsto por la LTF, rigen las normas dispuestas en el *Código de Procedimiento Civil*, a propósito de las medidas prejudiciales y precautorias.

La pregunta que surge, es si estas características son o no aplicables al cuidado personal provisorio, en el sentido de si puede decretarse de oficio, y llevarse a efecto o materializarse antes de la notificación de la demanda.

Analicemos este punto:

1º. Lo primero que cabe acotar, es que el precepto habla de “antes de notificarse a la persona contra quien se dicten”, no *antes de presentada la demanda*, lo que hace al precepto similar al contenido en el 302 del *CPC*, que se refiere a las medidas precautorias, y diferente al 280 del mismo cuerpo legal, que alude a las medidas prejudiciales.

Lo anterior no deja de ser importante, ya que cuando el procedimiento es ordinario de cuidado personal (arts. 55 a 67 de la LTF), si bien puede decretarse y materializarse el cuidado personal provisorio antes de la notificación de la demanda, *de oficio o a petición de parte*, la naturaleza del procedimiento (ordinario) supone que a lo menos la demanda se haya interpuesto. Ordenada la medida, rige el plazo de cinco días para su notificación, bajo sanción de quedar sin efecto, y notificada, surge el derecho del demandado para oponerse, lo que se ha entendido por la doctrina que debe tramitarse como un incidente<sup>27</sup>.

Desde este punto de vista, cumpliéndose los requisitos, y siendo coherente con la naturaleza innovativa de la medida y con lo dispuesto en el art. 22 de la LTF, debe el juez resolverla de plano<sup>28</sup>, dando lugar a ella y produciendo sus efectos antes de la notificación de la contraria, sin perjuicio del plazo de caducidad que la propia ley señala.

No obstante lo expresado, señalemos que algunos tribunales, frente a una solicitud de cuidado personal provisorio que se interpone

<sup>27</sup> Véase sobre el particular, NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), p. 185; DUQUE (2018), p. 128.

<sup>28</sup> Respecto de la tramitación de los incidentes conforme a la LTF, véase GARRIDO (2009), pp. 196-199; CORREA (2010), pp. 57-59; JARA (2011), pp. 105-110; NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), pp. 214-224.

junto con la demanda, y que no cuenta con un antecedente pro-  
tecciona, optan por conferir traslado a la parte demandada, apar-  
tándose del tenor del art. 22 de la LTF, y de la tramitación que el  
art. 26 de la misma ley contempla para los incidentes promovidos  
fuera de audiencia. De acuerdo con esta disposición, debiese re-  
solverse de plano o citarse a las partes a una audiencia especial,  
si se estima necesario oír a las partes.

Así las cosas, por lo general resuelven la petición evacuado  
el traslado o en su rebeldía, o se reservan su resolución para la  
audiencia preparatoria, o para la oportunidad procesal que corres-  
ponda, dependiendo de cuando se presenten. Empero, en técnica  
jurídica no es la solución acertada.

Como contrapartida, los tribunales de familia suelen resolver de  
plano, accediendo a ellas, las solicitudes de cuidado personal provi-  
sorio, cuando se ha otorgado en forma previa una medida cautelar  
de protección, que entrega el cuidado del NNA al requirente, con-  
forme al art. 71 letra b) de la LTF.

Esta solución parece más acertada sustantiva y procesalmente,  
ya que existe verosimilitud del derecho invocado, refrendado por  
una resolución judicial. Del mismo modo, el peligro en la demora  
de la tramitación y razones de economía procesal aconsejan su  
resolución inmediata.

- 2º. En segundo lugar, puede solicitarse y decretarse después de la pre-  
sentación de la demanda, de oficio o a petición de parte, en cualquier  
estado del juicio, considerando la urgencia de la situación en que  
se encuentre el NNA y su interés superior, o la inminencia del daño  
que se trata de precaver. Podrá impetrarse por la parte en forma  
escrita u oral, durante la substanciación del pleito, en audiencia  
preparatoria o de juicio, o también fuera de ellas.
- 3º. En caso de que por razones graves que signifiquen vulneración o  
amenaza en los derechos de un NNA, el tribunal ordene, antes de  
la presentación de la demanda, una medida cautelar que signifique  
alterar su situación fáctica, en cuanto a su cuidado, tiene lugar el  
procedimiento protecciona, y se aplicará el art. 71 de la LTF a fin  
de resguardarlos, situación a la que nos referiremos en el punto  
VI de este trabajo.

c) Eventual aplicación de los arts. 225 inc. 6º y 229  
del *Código Civil*

Para finalizar esta sección, debemos hacernos cargo de un tema no poco  
relevante y que tiene relación con lo dispuesto en los arts. 225 inciso sexto  
y 229 del *Código Civil*. En síntesis, dilucidar si la obligación a que se refie-

ren dichas normas (regular un régimen de relación directa y regular<sup>29</sup>, en este caso provisorio), procede también cuando el juez entrega en forma provisorio el cuidado personal del niño al padre que demanda.

También se trata de una situación no zanjada de modo expreso por la legislación, razón por la que debe acudirse a una interpretación armónica, y sobre todo a los nuevos principios que informan el derecho de familia para proponer una salida.

A la luz de dicha preceptiva, pareciera que de igual forma debe regularse un régimen provisorio de relación directa y regular, sobre todo al tener a la vista los principios de interés superior y de corresponsabilidad, y considerando el carácter de derecho-deber que le singulariza.

No obstante, lo que suele hacer un tanto dificultosa la regulación es la oportunidad procesal en que debe materializarse, sobre todo si se considera que deben tenerse en cuenta los parámetros o criterios que señala el art. 229 del *Código*. En particular cuando el cuidado personal provisorio es acogido de plano, junto con la resolución que provee la demanda y cita a las partes a audiencia preparatoria.

Sin embargo, y en una situación óptima, no parece un contrasentido jurídico diferir su regulación hasta la audiencia preparatoria, sobre todo teniendo en cuenta el plazo en que de acuerdo con el art. 59 de la LTF esta debe celebrarse, y considerando de igual modo que en dicha oportunidad el juez podrá oír a los intervinientes, y al niño, si procediere<sup>30</sup>.

En las restantes hipótesis no pareciera haber inconveniente, ya que el tribunal deberá resolver el incidente en audiencia, y en la misma, sobre la base de la concentración, pronunciarse de oficio o a petición de parte respecto al régimen de relación directa y regular, a no mediar un impedimento legal o jurisdiccional que obste a ello.

---

<sup>29</sup> A mayor abundamiento, acerca del contenido y reglamentación del régimen de relación directa y regular, véase GÓMEZ DE LA TORRE (2014), pp. 39-58; RODRÍGUEZ (2017), 336-340.

<sup>30</sup> En cuanto a esta materia, se ha dicho por la jurisprudencia que no es estrictamente indispensable que se cite al niño, siempre que se respeten sus derechos de otra forma. A modo ejemplar, considérese un fallo de la Corte Suprema, que al rechazar un recurso de casación en el fondo señaló: “Que en lo que dice relación con la infracción del artículo 16 de la Ley N° 19.968 en relación con los artículos 9, 12 y 18 de la Convención de los Derechos del niño, cabe señalar (...) la existencia de razones que justifican la decisión de no escuchar directamente a los niños, atendida su edad 4 y 2 años de edad durante el desarrollo del juicio, unido al hecho de que sus intereses fueron resguardados a partir del nombramiento de una curadora ad litem”. SCS. Veas Maturana con Droguett Hernández, rol 4425-2019, 1 de abril de 2019, cita Legal Publishing CL/JUR/1724/2019.

#### IV. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DEL CUIDADO PERSONAL PROVISORIO EN JUICIOS INICIADOS POR UN TERCERO

##### Contexto

Cuando los juicios son iniciados por un tercero, pariente o extraño, en contra de los padres, con el propósito de que se radique en ellos el cuidado personal del NNA, la cuestión se torna más problemática.

En especial, el asunto se hace complejo de analizar para determinar quienes pueden ser sujetos activos y pasivos de la acción, los criterios y causas de atribución, y considerando que puede, incluso, darse el caso inverso al del art. 226 del *Código Civil*, esto es, que sea un tercero –a quien, en juicio anterior se le haya atribuido el cuidado personal<sup>31</sup>– el demandado por el padre, madre o ambos.

De igual forma, y en una primera aproximación, adelantemos que la regulación en este punto aparece como más estricta, en cuanto a causales y procedencia del cuidado personal, cuando quien acciona es un tercero, haciéndose necesaria una labor de interpretación más difícil en comparación al juicio seguido entre padres.

A ello se agrega, que en esta materia también existe una legislación especial sustantiva que debe ser tenida en consideración por el juzgador al momento de resolver (Ley de Menores), junto a las normas del *Código Civil* –en especial los arts. 226 y 227– cuyas declaraciones en algunos casos no facilitan una adecuada comprensión de la materia, en particular cuando lo que se pretende es abordar el cuidado personal provisorio en juicio seguido entre un tercero como demandante, y uno o ambos padres como sujetos pasivos.

Sin perjuicio de ello, para examinar la materia es indispensable analizar algunos temas en relación con el juicio seguido entre terceros y progenitores, para luego vincularlos con lo que nos atañe, esto es, el cuidado personal provisorio.

---

<sup>31</sup> Se ha dicho sobre el particular, atendida la naturaleza personalísima de la maternidad o paternidad, que no serían admisibles las convenciones sobre cuidado personal entre alguno de los padres, aún viudo o solo, con un tercero, pariente o extraño. La atribución del cuidado personal a estos solo sería procedente en virtud de resolución judicial fundada, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 226 y 227 del *Código Civil*. Véase RODRÍGUEZ (2017), p. 334; RODRÍGUEZ (2010), pp. 36-37. No obstante, puede controvertirse tal posición. En primer lugar, porque no considera la naturaleza convencional de la mediación, y que puede traducirse en un acuerdo que confiera el cuidado personal a un tercero. En segundo lugar, la LTF, no la señala en el art. 106 como un pacto prohibido. En tercer lugar, carecería de sentido lógico que por una parte la LTF obliga al tercero a instar por la mediación en forma previa a la interposición de la demanda, y que, por otra, no le reconociese valor al eventual acuerdo que pueda alcanzarse.



### 1. Causa de pedir y criterio de atribución

Respecto de la causa de pedir de la acción en estos juicios, existe un precepto legal que de modo expreso se refiere a ella, norma que encontramos en el art. 226 del *Código Civil*, y que establece *la inhabilidad física o moral* de los padres como presupuesto.

Acto seguido, tal como lo señala la misma disposición y el art. 242 inciso segundo del *CC*, el factor de atribución del cuidado personal será *interés superior del niño*, para lo cual el juez deberá atender –en lo que fuere aplicable– a los criterios signados en el art. 225-2.

Finalmente, para determinar la inhabilidad física o moral de los padres, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 42 de la Ley de Menores.

Hasta acá, se ha tratado el tema en forma clara por la doctrina<sup>32</sup>, razón por la que no nos extenderemos sobre el punto. Pero en lo que respecta al cuidado personal provisorio solicitado por el tercero en juicio ordinario, en general la doctrina y la jurisprudencia han guardado silencio.

En cuanto al criterio de atribución del cuidado personal provisorio, dejaremos asentado que estará siempre constituido por su *interés superior*, de acuerdo con los estándares previstos por el *Código Civil*, y a las directrices contempladas en la Convención Sobre Derechos del Niño,

La cuestión, en cambio, se torna más compleja en lo que se refiere a la causa de pedir.

A propósito de esto, resulta claro que la causa de pedir de la acción interpuesta por el tercero, para que se le conceda *en definitiva* el cuidado personal del niño, está constituida por la *inhabilidad física o moral* de sus padres, por así disponerlo el mismo art. 226 del *Código*, y el art. 42 de la Ley de Menores. Pero tratándose del cuidado personal provisorio, la cuestión tiende a presentarse como más difusa, por cuanto la causal presupone, en general, de cuestiones probatorias que sobrepasan, o no se condicen en lo inmediato con la naturaleza de la medida cautelar en comento. Y a mayor abundamiento, el pronunciamiento sobre tal inhabilidad, sobre la base de la prueba que se rinda, se verificará en la sentencia definitiva.

Empero, para fines metodológicos, y antes de entrar a la materia que interesa, haremos algunos comentarios a propósito de la reglamentación legal del juicio iniciado por el tercero en contra de los padres.

### 2. Consideraciones a propósito de la regulación legal

En primer lugar, digamos que de un análisis de los numerales del art. 225-2, surge la conclusión de que no todos ellos resultan aplicables cuando

<sup>32</sup> A mayor profundidad, véase RODRÍGUEZ (2009), pp. 566-572; RODRÍGUEZ (2010), pp. 79-81; RODRÍGUEZ (2017), pp. 334-336.

los juicios son iniciados por terceros. Por tanto, la remisión del art. 226 al 225-2 no es absoluta, no rigiendo la obligatoriedad de la ponderación *conjunta o copulativa* de tales criterios.

En segundo lugar, si comparamos la norma del art. 226 con el 225 inciso cuarto –que se ocupa de la atribución judicial entre padres–, en cuanto a la causa de pedir de la acción, se puede advertir que el segundo tiene una mayor latitud y ofrece una interpretación y aplicación más amplia que el primero.

En otras palabras, el art. 226 es más restrictivo. El art. 225 inciso cuarto en cambio, se refiere a las *circunstancias que lo requieran y al interés superior del hijo* que hace conveniente confiar el cuidado personal al otro padre, teniendo presente la disposición no taxativa del art. 225-2, máximas que doctrinal y conceptualmente abren un contexto más amplio de posibilidades, y que cubren diversos supuestos de hecho que pueden subsumirse en la norma.

En tercer lugar, en relación con el art. 42 de la Ley de Menores, y pese a encontrar alguna jurisprudencia que señala que dicha enumeración tiene el carácter de taxativa<sup>33</sup>, estimamos que no es así, ya que el propio numeral 7° habla de “cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”, lo que nos lleva a sostener, que la regla permite abarcar otras situaciones graves y riesgosas<sup>34</sup>.

En cuarto lugar, en esta misma línea de análisis, y como se ha señalado por los autores<sup>35</sup>, también debe advertirse que la redacción del precepto lleva a la conclusión de que en la eventualidad de acreditarse algunas de las circunstancias que ahí se describen, se configura una auténtica presunción de inhabilidad física o moral. De ahí la importancia de la prueba de alguno de los hechos señalados en el art. 42.

De producirse, “se entenderá” que el contradictor se *encuentra* en un caso de inhabilidad, pero en forma relativa o *iuris tantum*, es decir, susceptible de ser recusada, controvertida y desvirtuada<sup>36</sup> en juicio por el o los demandados. Y asoma con especial singularidad lo restrictivo del precepto, al estar encabezado por la frase “para el solo efecto del artículo

<sup>33</sup> SCA Copiapó, Sename con Iriarte Encina, rol 81-2010, 13 de octubre de 2010, n.º Legal Publishing 46532, y SCA Copiapó, rol 99-2010, Sename con Alvarado Torrejón, 11 de noviembre de 2010, n.º Legal Publishing 45907.

<sup>34</sup> En el mismo sentido, esto es, la no taxatividad del precepto, ACUÑA (2018), p. 225,

<sup>35</sup> Así lo señala la profesora RODRÍGUEZ (2017), p. 335, cuya opinión se comparte en este punto. También la profesora ACUÑA (2018), p. 225, señala que estas situaciones son *presunciones o hipótesis de inhabilidad*.

<sup>36</sup> Véase COLIN Y CAPITANT (2002), p. 805: “las presunciones son por naturaleza excepcionales; no se encuentran más que en aquellas hipótesis en las cuales razones de interés superior, que varían en cada caso, exigen su establecimiento”; CASARINO (1997), pp. 211-212.

226 del Código Civil”, sustituyendo –en virtud de la ley n.º 20680– la anterior redacción inicial del inciso, que decía “para los efectos...”.

En quinto lugar, debe también tenerse a la vista que podrían formularse reparos respecto de la constitucionalidad del art. 42.

En efecto, podría señalarse que lo previsto en dicha norma envuelve una presunción legal de falta de parentalidad del padre o padres, que se opondría a los principios de igualdad de la ley y al de inocencia, indispensables para la existencia de un debido proceso.

En el fondo, se trataría de causas graves y permanentes que configuran situaciones de afección a los derechos elementales de los padres o de los hijos que hacen presumir la inhabilidad física o moral, cuestión que se opondría a la Constitución Política de la República, y en último término, a la Convención sobre Derechos del Niño.

No obstante, y como contraargumento, señalemos que la remisión normativa contenida en el art. 42 de la Ley de Menores, y la descripción que hace de las circunstancias que configuran la causal de inhabilidad, no contraviene a la carta fundamental. Por el contrario, se aviene a la Convención de Derechos del Niño y cautela su interés superior, señalando de modo no taxativo alguna de las causales que autorizarían alterar la esfera de custodia del NNA. Además, para la parte agraviada existe siempre la posibilidad de impugnar lo resuelto a través de los recursos respectivos.

27

En sexto lugar, las particularidades de la reglamentación no se agotan acá. Por de pronto, se ha criticado por restrictiva la alusión a la “inhabilidad física o moral” de los padres, y se advierte, además, que existe una ambigüedad entre esta norma y el art. 42 de la Ley de Menores, ya que en un caso se habla de la inhabilidad de *ambos padres*, y en el otro de la inhabilidad de *uno o ambos*.

Al respecto, se señaló en su oportunidad por algunos autores<sup>37</sup>, que el proyecto que introducía el denominado “Acuerdo de Vida en Pareja”, y que, en definitiva, se tradujo en la aprobación de la Ley n.º 20830 sobre Acuerdo de Unión Civil, era restrictivo en un triple sentido. En lo que atañe, ya que mantenía la redacción del precepto en lo tocante a la “inhabilidad física o moral”, excluyendo el caso de muerte del padre o madre, y además, porque el texto literal de la norma exige la inhabilidad de “ambos padres”, descartando que pueda afectar a solo uno de ellos.

Analicemos este punto.

---

<sup>37</sup> Véase LATHROP Y ESPEJO (2016), p. 13.

### 3. ¿Inhabilidad física o moral de uno o ambos padres?

En primer lugar, el art. 226 del *CC* se refiere a la inhabilidad de ambos padres como causa de pedir de la acción interpuesta por el tercero. La profesora María Sara Rodríguez ha dicho al respecto:

“la ley exige la prueba de inhabilidad física o moral de ambos padres. Se requiere la prueba de inhabilidad no sólo del padre o madre que tiene la tuición; sino de ambos padres, aunque no vivan juntos. De ser hábil, el otro de los padres prefiere frente a parientes de grado más lejano o terceros. Parece evidente que esto es así cuando la ley pide la inhabilidad física o moral de ambos padres (artículo 226)”.

Del mismo modo, y a mayor abundamiento sostiene:

“que este supuesto, que claramente es diferente a los del artículo 225, pide un juicio entre terceros (parientes o extraños) y uno o ambos padres. Exige que quien pretende que se le atribuya el cuidado personal acredite inhabilidad de los padres, conforme al artículo 226 y artículo 42 de la Ley de Menores”<sup>38</sup>.

28

Como bien se señala en dicha reflexión, debe acreditarse la inhabilidad de los padres, pero conforme no solo al art. 226 del *Código* sino que, también, de acuerdo con el art. 42 de la Ley de Menores, que es la disposición que se encarga de señalar las circunstancias que, probadas, *hacen entender*, para *el solo efecto* de la primera, que *uno o ambos padres* se encuentran inhabilitados física o moralmente.

Como un antecedente histórico, no resulta indiferente considerar que la norma del art. 42 de la Ley de Menores data de 1967, publicada el 8 de marzo de dicho año, con posterioridad al antiguo 225 del *Código*, que se refería a la atribución judicial del cuidado personal a terceros, utilizando ya la expresión “ambos padres”, la cual se debió haber entendido en ese solo punto como modificada. Empero, las sucesivas reformas al *Código* se han encargado de dejar incólume la alusión gramatical a “ambos padres”, incluso la última, introducida por la Ley n.º 20830 sobre Acuerdo de Unión Civil, de abril de 2015.

En el ámbito procesal, además de la cuestión de la causa de pedir de la acción, el asunto tiene importancia para determinar en contra de quien o quienes se debe dirigir la demanda.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ (2009), pp. 579-580; RODRÍGUEZ (2010), pp. 79-80. En el mismo sentido, ACUÑA (2018), p. 224.

Surge entonces la interrogante: ¿la inhabilidad física o moral debe concurrir en definitiva en uno o ambos padres?

Señalamos al comienzo que cierta parte de la doctrina ha sostenido, y con fundamentos, que la ley exige la prueba de la inhabilidad física o moral de ambos padres, no solo de aquel que tiene el cuidado personal del niño y, aunque estos no vivan juntos. Y ello, debido a que de resultar hábil el otro padre, prefiere, a los parientes de grado más lejano o terceros.

Respecto de lo anterior, sostenemos que de ser efectiva, la regla trae aparejada como corolario una consecuencia de tipo procesal. Si los padres no viven juntos, la demanda debería interponerse no solo en contra de aquel que por convención, regla supletoria o, incluso, resolución judicial tiene el cuidado personal sino que en contra de ambos, ya que el precepto exige probar la inhabilidad de los dos padres.

No obstante, estimamos que la posición reseñada es susceptible de ser criticada. Y desde diversos puntos de vista.

En efecto, si el cuidado personal del niño es ejercido de consuno por ambos padres, o si existe alguna forma de cuidado compartido, el tercero debe dirigir su acción en contra de ambos, y junto a ello, acreditar la inhabilidad física o moral de uno y de otro, caso en que se cumple la literalidad del inciso primero del art. 226 del *Código*. Pero en los restantes casos la situación cambia.

Por de pronto, a veces el propio rigor de la regla de atribución supletoria contenida en el inciso tercero del art. 225, cuyo estatus se pretenda modificar por el tercero que reclame el cuidado personal del niño que convive con su padre o madre, hará que la supuesta exigencia de que se pruebe la inhabilidad del otro padre, y de que necesariamente se le emplace a juicio, a fin de desvirtuar su *mejor derecho*, aparezca como innecesaria.

A modo ejemplar, puede darse la situación de que a uno de los padres se le haya confiado el cuidado personal del niño en virtud de una resolución judicial, en juicio seguido contra el otro padre, conforme a la norma del inciso cuarto del art. 225, y que sea ahora a él a quien se le demande por un tercero.

En ese caso, no parece lógico que se demande, además de aquel de los padres que tiene el cuidado personal, a quien en su oportunidad ya fue parte en un proceso judicial, y en el cual el juez emitió un pronunciamiento sobre sus habilidades parentales, conforme a los criterios del art. 225-2, acogiendo la pretensión del otro, ni menos pretender, soslayando lo resuelto, que tenga preferencia legal para atribuírsele el cuidado personal, en términos de que en este nuevo juicio el tercero deberá también probar su inhabilidad. Más aún, en casos en que el cuidado personal se haya atribuido a uno de los padres de modo precedente, por motivos de

grave negligencia del otro, o por motivos de severo incumplimiento de sus deberes, situaciones de abuso, etc, que afecten los derechos del NNA.

Asimismo, en lo tocante a este punto, hay un argumento de texto. El mismo inciso segundo de este artículo culmina señalando que debe preferirse en especial a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del “padre o madre, según corresponda”, lo que da a entender que no es necesario demandar y acreditar la inhabilidad de ambos, cuando es uno solo de ellos quien tiene el cuidado personal, toda vez que el mismo precepto utiliza el vocablo ‘en especial’, y entre otros, puede preferirse precisamente al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre demandado.

Desde este derrotero, sostenemos que bastaría con que se demande a quien detente el cuidado personal, pudiendo ser uno o ambos padres, dependiendo de la regla de atribución que haya tenido lugar, y el sujeto activo de la acción puede ser un pariente o un extraño competente, *debiendo* el juez preferir a los consanguíneos más próximos, y *en especial*, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda<sup>39</sup>.

#### 4. En particular sobre el cuidado personal provisorio en estos juicios

30

En algunos aspectos, resultan aplicables ciertas consideraciones que formuláramos en el capítulo III.2. Sin perjuicio, adelantemos que en el caso del cuidado personal incoado por un tercero en contra de uno o ambos padres, su procedencia aparece como mucho más restrictiva en este tipo de juicios.

En particular, si la entendemos a la luz de lo dispuesto en el art. 22 de la LTF, como una medida cautelar del tipo innovativa, deberán concurrir a su respecto los requisitos de urgencia, exigiéndolo el interés superior del niño, o aconsejándolo la inminencia del daño que se trata de evitar<sup>40</sup>.

En palabras de los profesores René Núñez y Mauricio Cortés, además de los requisitos regulares:

“se requiere de urgencia, esto es, según el DRAE, necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio y, copulativamente, presentarse el principio rector de la LTF, el interés superior del niño, niña o adolescente. Para todos los demás casos,

<sup>39</sup> Véase, a propósito del tenor de la reforma en esta materia, GONZÁLEZ (2017), pp. 52-53.

<sup>40</sup> Además de los requisitos generales de toda medida cautelar, es decir, *la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora*. Sobre estos, véase NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), p. 180 y ss.; DUQUE (2018), pp. 122-125.

se exige inminencia (inminente: según el DRAE, que amenaza o está para suceder prontamente) del daño que se trata de evitar, lo que será ponderado por el juez caso a caso para evitar un daño irreparable<sup>41</sup>.

Sobre el particular, sostenemos que si alguno de estos requisitos no se cumple, el juez no puede decretar la cautelar de cuidado personal provisorio<sup>42</sup>.

No obstante, como señalamos en su oportunidad, para que proceda la declaración de esta medida en el juicio ordinario de cuidado personal, deben concurrir otras condiciones, ya no tan adjetivas, y para eso debemos remitirnos a la legislación sustantiva, en concreto, a los arts. 225-2, 226 del *Código Civil*, y 42 de la Ley de Menores.

Para abordar esta materia, debemos distinguir las hipótesis que pueden presentarse.

1°. En primer lugar, y para ir contextualizando en cierta medida el panorama, digamos que cuando se accione en sede ordinaria por el cuidado personal del niño, en contra de los padres, por un tercero *en relación de confianza*, a quien conforme a lo dispuesto en el art. 30 de la Ley de Menores y 71 letra b) de la LTF (que se refieren al procedimiento especial de protección), se le haya confiado previa y en forma provisorio su cuidado, lo más lógico será que el juez refrende declarativamente dicho pronunciamiento, con el otorgamiento de plano de la medida, repetimos, ahora en el procedimiento ordinario. En este caso, parece evidente que la solicitud aparecerá revestida de *verosimilitud, con probabilidades de obtener una sentencia favorable, existiendo un potencial daño jurídico derivado del retardo del procedimiento*<sup>43</sup>.

2°. En segundo lugar, el asunto se torna más difuso cuando nos enfrentamos a hipótesis diversas de la descrita, es decir, cuando quien demanda el cuidado personal, e impetra la declaración provisorio es un tercero (pariente o extraño), en su primera presentación o

<sup>41</sup> NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), p. 183.

<sup>42</sup> En relación con la inminencia del daño, el profesor DUQUE (2018), p. 126, ha señalado que surge la duda de si esta exigencia ya no se encuentra incluida en el peligro de la demora. “Aproximándonos al tema, es posible plantear que ambos están en relación de género a especie. El peligro de la demora, como supuesto, permite la aplicación de la cautela conservativa; más respecto a las innovativas, el legislador ha determinado la necesidad de aumentar la exigencia, donde el peligro o riesgo del paso del tiempo se concretiza en un daño inminente, el que se busca evitar modificando la situación o estado de las cosas previas a la concesión de la medida”.

<sup>43</sup> Véase NÚÑEZ Y CORTÉS (2012), pp. 180-181.

durante el juicio. Ello, fundado en el art. 226 del *Código*, que se conecta con el art. 42 de la Ley de Menores, sobre la base de los criterios señalados en el art. 225-2, y sin que se le haya confiado el cuidado provisorio del niño como medida de protección.

Lo cierto es que analizada la cuestión normativa, en específico los arts. 22 de la LTF (en lo referente a los requisitos generales de toda cautelar, y a los especiales de las innovativas), 225-2, 226 del *Código Civil*, y 42 de la Ley de Menores, resulta evidente que la labor de valoración del juez será mucho más complicada que en el caso de un juicio seguido entre padres.

Lo anterior, debido a que no bastará con la simple afirmación de cumplirse con los requisitos del art. 22 de la LTF. De algún modo, deberá existir algún principio de prueba, antecedente fundado, indicio o presunción de encontrarse uno o ambos padres en alguno de los supuestos descritos en el art. 42 de la Ley de Menores, y siempre aconsejándolo el interés superior del niño<sup>44</sup>.

Sin perjuicio de lo expresado, si analizamos el art. 42 de la Ley de Menores podemos observar que existen casos en que el juez puede resolver de plano la solicitud, aún antes de notificarse la demanda o la resolución que accede a la petición. A modo ejemplar, en el caso que el padre o madre demandado hubiere caído en interdicción por demencia, o cuando padeciere de alcoholismo crónico diagnosticado, o cuando hubiere sido condenado por sentencia por los delitos de secuestro o abandono de menores. Así también cuando exista una sentencia por violencia intrafamiliar en contra de los padres, en que el niño sea víctima *directa o indirecta*<sup>45</sup>.

Todavía más. No obstante lo restrictiva de la reglamentación, podemos señalar que el espectro se puede ampliar si analizamos lo dispuesto en el numeral 7° del art. 42, el que se refiere a casos de peligro material o moral en que se encuentre el NNA, cuya inminencia puede hacer aconsejable acceder de plano a la petición del actor de accederse a su cuidado personal provisorio, siempre que no se trate de una situación que haga procedente la aplicación del procedimiento proteccional.

3°. En tercer lugar, y relacionado con lo expuesto, repitamos lo señalado en la sección III.2.b). Es decir, que en casos de grave vul-

<sup>44</sup> En este punto la línea divisoria respecto del procedimiento proteccional se hace difícil de establecer, por la razón de que si de alguna manera aparece que el NNA está siendo gravemente amenazado o vulnerado en sus derechos, puede el juez de oficio dar inicio al proceso y tener lugar la aplicación de alguna de las medidas señaladas en el art. 71 de la LTF, las que pueden importar separarlo de los padres o de quien lo tiene bajo su cuidado.

<sup>45</sup> ACUÑA (2018), p. 227.



neración o amenaza en los derechos de un NNA, y en que el tribunal ordene, antes de la presentación de la demanda, una medida cautelar que signifique modificar el cuidado del menor, en favor de un pariente consanguíneo o de un tercero en relación de confianza, tendrá lugar el procedimiento especial sobre medidas de protección, y se aplicará el art. 71 de la LTF a fin de que sus derechos sean resguardados.

- 4º. Tratándose de terceros que demanden y soliciten el cuidado personal provisorio, existe otro requisito que se refiere a su *propia habilidad o competencia*.

Sobre esta materia, la profesora Marcela Acuña San Martín, sostiene:

“el juez debe ser especialmente diligente en esta valoración sobre la competencia del tercero para el cuidado, porque éste va a actuar como una figura parental de sustitución y, en tal carácter, ha de proporcionar adecuados aportes afectivos, sociales, éticos, culturales y materiales, facilitando de este modo un efectivo proceso de maduración biológica, psicológica y social para el niño, en reemplazo de lo que no ha obtenido en su familia de origen”<sup>46</sup>.

Este requisito hace que el otorgamiento de plano de la medida, antes de la notificación de la demanda, se presente como más complejo, toda vez que supone cuestiones probatorias que hacen aconsejable para el juez imponerse de un modo más inmediato y directo de la problemática, lo que se materializará en audiencias, oyendo a las partes y al niño.

En cuanto a esta condición, además, debe tenerse en cuenta que no basta por sí sola para hacer procedente la medida. En otros términos, deberá relacionarse con los otros requisitos, en especial con la inhabilidad del padre o madre. Así lo ha resuelto la jurisprudencia.

La Corte Suprema, al rechazar un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de una sentencia de Corte de Apelaciones, que revocó un fallo de primera instancia y rechazó una demanda de cuidado personal, señaló en el considerando quinto del fallo:

“Que, de este modo (...), debe rechazarse la vulneración de las normas invocadas por el recurrente, puesto que de sus razonamientos y motivaciones se desprende que la decisión es producto del análisis de los distintos parámetros que prevé el artículo 225 2 del

<sup>46</sup> ACUÑA (2018), p. 228.

Código Civil, en particular de sus letras b) y g), a la luz del interés superior de la niña, examen que condujo a descartar que la madre se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 42 de la Ley N° 16.618, presupuesto necesario para que la demanda pudiera prosperar, dado que al haber sido interpuesta por un familiar distinto de los progenitores, no basta con que acredite estar en mejores condiciones que la madre para asumir el cuidado de la niña, sino que debía probar su inhabilidad, carga que no cumplió<sup>47</sup>.

En definitiva, la decisión dependerá del caso concreto sometido a la decisión del juez, teniendo presente que se trata siempre de una medida de carácter provisional, que en cualquier momento puede cesar, dejarse sin efecto o modificarse, dependiendo del hecho fundante, y que en modo alguno substituye o produce iguales efectos que el pronunciamiento de la sentencia.

#### V. JUICIO INICIADO POR UNO O AMBOS PADRES EN CONTRA DE UN TERCERO

34

#### Contexto

Se trata de una hipótesis no abordada de modo expreso por el legislador, ya que el *Código* solo contiene normas relativas a juicios entre padres o entre un tercero y estos. Sin embargo, puede presentarse y el juez de familia, en *sana crítica* deberá pronunciarse sobre ella.

En síntesis, se trata del caso de que uno o ambos padres accionan a fin de recuperar el cuidado personal del niño, atribuido en juicio anterior a un tercero, en virtud de las normas que ya hemos señalado, es decir, por inhabilidad del padre o madre, o de ambos, según el caso.

Respecto de esta situación, el derecho común –y también la legislación especial– no contienen una norma que se refiera de modo literal a ella, pero estimamos que se puede desprender de lo previsto en el art. 242 del *Código Civil*, que consagra el efecto de la cosa juzgada formal en los juicios de cuidado personal, en el sentido que pueden “modificarse las resoluciones que se dicten siempre que se demuestre un cambio de circunstancias”<sup>48</sup>.

Partiendo de la base de que al o los demandantes se les privó por sentencia ejecutoriada del cuidado personal de su hijo (a), y que pretende

<sup>47</sup> SCS. Sin identificación de partes, rol 6189-2019, 12 de agosto de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/4561/2019.

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ (2017), p. 336.

con posterioridad recuperar dicho cuidado, señalemos algunas consideraciones en relación con el juicio y sus particularidades.

### *1. Necesidad de un nuevo juicio y otras particularidades*

Respecto de este tema, puntualicemos, en primer lugar, que los padres deberán hacerlo en un juicio diverso, iniciado en virtud de una nueva demanda, en que la causa de pedir versará sobre el *cambio de circunstancias, consistente en la cesación de la causal de inhabilidad física o moral* en cuya virtud se les privó del cuidado personal, y siempre que el *interés superior* del hijo (a) lo haga conveniente, como criterio rector

En lo tocante a la legitimación activa, demandantes serán ambos padres en forma conjunta, de vivir juntos o de haber reanudado la vida en común, o el padre o madre sobreviviente, a quienes, en un juicio anterior, se les haya privado del cuidado personal del niño por inhabilidad física o moral.

En caso de no proceder la demanda conjunta, por pretender el padre o madre que se radique en uno de ellos el cuidado personal de modo exclusivo, de igual modo el otro padre, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106 de la LTF, deberá ser citado a mediación, y en caso de frustrarse este proceso, la demanda deberá dirigirse tanto contra el tercero como contra el otro padre<sup>49</sup>.

### *2. Sobre el cuidado personal provisorio en esta clase de juicios*

Teniendo presente la causa de pedir en estos juicios, no resulta fácil de determinar en qué casos el actor estará en condiciones para solicitar el cuidado personal provisorio del NNA.

El cambio de circunstancias o cesación de la inhabilidad que se tradujo en la pérdida del cuidado personal, se presenta ahora más bien como una cuestión de fondo en el nuevo juicio, que supone una prueba negativa de la causal, y que el juez resolverá en la sentencia definitiva.

De alguna manera, la solicitud del actor, en la demanda o en cualquier estado del juicio, deberá fundarse en algún antecedente que demuestre que ahora él es hábil para tener a su cuidado al NNA, circunstancia que lo conecta con el art. 42 de la Ley de Menores, siempre que se trate de una

---

<sup>49</sup> Claro resulta, que también dicha atribución judicial podrá ser dejada sin efecto en virtud de una mediación, que deberá homologarse por la vía judicial. Sin embargo, *a fortiori* a dicho proceso deberán comparecer ambos padres –o el padre sobreviviente– y el tercero quien tiene el cuidado personal, ya que en caso de no vivir juntos, padre y madre están legitimados para demandar.

situación urgente y exigiéndolo el interés superior, lo que hará verosímil su derecho a impetrarla.

Dada la característica que presenta el procedimiento en estos casos, y la causal por la que se pretenderá revertir lo resuelto en el juicio anterior, parecería que la oportunidad más aconsejable que se le presenta al juez para resolverla, sería en audiencia preparatoria o de juicio, oídos los intervinientes, al menor si procediere, y solicitada o verificada la prueba que se rendirá para acreditar la cesación de la inhabilidad, y siempre que el interés superior lo haga aconsejable.

Finalmente, señalemos que también pueden presentarse casos en que procederá la aplicación del procedimiento de medidas de protección, pero en una y otra situación, estimamos que la resolución del juez deberá pronunciarse sobre su habilidad para reasumir el cuidado del hijo (a).

#### VI. CUIDADO PERSONAL PROVISORIO EN JUICIO ORDINARIO Y EN SEDE PROTECCIONAL

Analizados los presupuestos, requisitos y procedencia del cuidado personal provisorio en juicio ordinario, agreguemos que a nuestro parecer, estas medidas a las que en forma genérica se refiere el art. 22, difieren en cuanto a su naturaleza y condiciones, de las especiales contempladas en los arts. 71 de la LTF y 30 de la Ley de Menores<sup>50</sup>.

Estas últimas representan un estatuto particular para los casos de NNA amenazados o gravemente vulnerados en sus derechos, aunque en los hechos puedan producir un efecto similar al cuidado personal provisorio, entendido como una cautelar innovativa, esto es, su separación de uno o ambos padres, o de quienes lo tengan bajo su custodia (art. 68 inc. 2° de la LTF), y siempre entendida como última *ratio*, cuando no exista otra más adecuada (art. 74 de la LTF).

Enseguida, si bien la cautelar especial contemplada en la letra b) del art. 71 puede traducirse en entregarlo en forma provisorio al cuidado del padre no custodio, produciendo un resultado fáctico similar al cuidado personal provisorio resuelto de conformidad al art. 22, ella jamás podrá desembocar en el otorgamiento –en la sentencia definitiva– del cuidado personal y de sus atributos, bajo la forma regulada en el *Código Civil*, ya que no puede suplir el pronunciamiento que al respecto debe hacerse por la vía ordinaria (art. 55 y ss. de la LTF en relación con el art. 227 inc. 2° del *Código Civil*).

<sup>50</sup> A propósito de estos procedimientos especiales, y entendiéndolos como una aplicación del principio de la protección del niño, niña y adolescente, véase BARCIA (2011), pp. 388-390.

Por otro lado, la jurisprudencia ha señalado que el hecho de existir una causa ordinaria sobre cuidado personal, en la que se ha dictado sentencia, hace improcedente la vía proteccional a fin de que se otorgue el cuidado personal provisorio.

Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, al confirmar una sentencia de primera instancia que rechazó la solicitud de otorgar el cuidado personal provisorio en causa sobre medidas de protección, expresó, en el considerando cuarto del fallo:

“Que, conforme al procedimiento regulado en el artículo 68 y siguientes de la Ley N° 19.968, y en especial la medida de protección referida en el artículo 71 letra a) de esa normativa, referida al cuidado personal provisorio, su concesión se justifica mientras no se haya decidido lo pertinente en la causa que se tramita el fondo del cuidado personal, ya que por eso tiene el carácter de provisorio. Sin embargo (...), en la causa que se discutía el cuidado personal de los hijos del requirente ya se dictó sentencia, por lo que la medida de protección de cuidado personal carece de eficacia, toda vez que lo que cobra mayor relevancia a quien se asignará el cuidado personal definitivo de los mentados niños”<sup>51</sup>.

Sin embargo, existen semejanzas.

Ambas se caracterizan por su provisionalidad y temporalidad. No obstante, tratándose de la medida cautelar especial señalada, se encuentra sometida a un plazo establecido por ley (art. 71 inc. final), mientras que la cautelar provisoria fundada en el art. 22 tendrá una duración que dependerá de las circunstancias, en concreto, en cuanto subsista el peligro que con ella se ha tratado de evitar (art. 22 de la LTF en relación con el art. 301 del CPC).

Además, y a mayor abundamiento, en el procedimiento especial de aplicación de medidas de protección, la capacidad innovativa del juez de familia aparece como más restringida, toda vez que el inciso final del art. 22 de la LTF se encarga de señalar que en él solo se pueden adoptar como cautelares las dispuestas en el art. 71. Sin embargo, la restricción es más bien aparente que real, toda vez que el catálogo que consagra dicha norma es bastante amplio, y en la práctica absorbe un amplio espectro de situaciones de amenazas o de vulneración de derechos.

Sin perjuicio de lo anterior, si intentamos conciliar lo dispuesto en los arts. 13, 22 y 71 de la LTF, y 30 de la Ley de Menores, se puede llegar a la conclusión de que el juez puede actuar de oficio, y llevar a efecto una

---

<sup>51</sup> SCA Santiago, Boreaux con Noirfalise, rol 3225-2018, 22 de mayo 2019, n° Legal Publishing: CL/JUR/2818/2019.

medida cautelar aun *antes de iniciarse el juicio*, cuando el procedimiento es especial de protección, reglamentado en los arts. 68 a 80 bis de la LTF, bajo la premisa de existir una situación de amenaza o vulneración de los derechos del NNA.

En otras palabras, de oficio y provisoriamente, se puede ordenar y llevarse a efecto la medida de sacar al NNA de su esfera de custodia, entregándolo al otro padre o a un tercero, antes del juicio, solo cuando se trate del referido procedimiento, ya que la vía ordinaria supone que la demanda al menos esté presentada.

Es decir, la urgencia, gravedad o inminencia del daño a que hace referencia el art. 22 de la LTF –en lo que al cuidado personal provisorio atañe–, y que hacen aconsejable la aplicación de la medida previo a la iniciación del juicio, se subsumen en la hipótesis de hecho consignada en el art. 68 del mismo cuerpo normativo, a propósito del procedimiento de protección.

Para finalizar, y como señaláramos, el hecho de haberse otorgado como medida cautelar especial y provisorio el cuidado personal, por lo general servirá como fundamento al accionarse por el demandante en juicio ordinario, ahora en otro procedimiento e interponiendo una nueva demanda.

La atribución judicial del cuidado personal provisorio del NNA, en favor de uno de los padres o de un tercero (pariente, conviviente civil o extraño), tiene la naturaleza de ser una *medida cautelar innovativa* en juicio ordinario seguido en tribunales de familia. Puede solicitarse por el actor, o decretarse de oficio por el juez, bajo la forma a que se refiere el art. 22 de la LTF, para lo cual deben cumplirse requisitos generales de toda cautelar, y específicos de estas, siendo también necesario ponderar condiciones previstas en la legislación sustantiva, de una manera flexible, y de acuerdo con los principios fundamentales que rigen la materia. Sea en juicio seguido entre padres, entre un tercero y estos, o entre padres privados del cuidado personal, y un tercero, el juez deberá atender a un criterio normativo transversal: el interés superior del mismo, de acuerdo con las reglas consagradas en los arts. 225 inciso cuarto, 226 y 242 del *Código Civil*, y 16 de la LTF, 3° y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En todos los casos, deberá solicitarse junto con la demanda, o en forma oral o escrita en una presentación aparte, durante la tramitación del juicio. Impetrada en la demanda, puede decretarse y producir efectos antes de notificada. Solicitada durante el juicio, puede resolverse en audiencia preparatoria o de juicio, o de plano fuera de aquellas. Finalmente, difiere de la cautelar que puede decretarse en procedimiento proteccional.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2018). *El cuidado personal de los hijos*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2013). “El principio de corresponsabilidad parental”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 20. N.º 2. Coquimbo.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011). *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago: Thomson Reuters PuntoLex.
- CASARINO VITERBO, Mario (1997). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- COLIN, Ambroise, Henry CAPITANT (2002). *Derecho Civil. Garantías personales y reales, y pruebas*. México: Editorial Jurídica Universitaria, Colección Grandes Maestros del Derecho Civil.
- CORREA SELAMÉ, Jorge Danilo (2010). *Derecho Procesal de Familia*. Santiago: Thomson Reuters PuntoLex.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2016). *Derecho de Familia*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters. Colección tratados y manuales.
- DUQUE VILLA, José Alejandro (2018). “La potestad cautelar del juez de familia. Sus alcances y límites”. *Revista de estudios judiciales*. Año 2017. N° 4. Santiago: Der Ediciones.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás, Fabiola LATHROP GÓMEZ (2016). “Salir del clóset: la necesidad del matrimonio homosexual y los límites del acuerdo de unión civil”, en AA.VV., *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*. Santiago: Thomson Reuters.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2017). “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”. En Fabiola LATHROP GÓMEZ, Nicolás ESPEJO YAKSIC (coord). *Responsabilidad Parental*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- GARRIDO CHACANA, Carlos (2009). *Derecho de Familia. Contenido orgánico y procedimiento proteccional de la ley 19.9689*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, Judith SOLÉ RESINA (2014). *Filiación y Potestad Parental*. Valencia: Editorial Titant lo Blanch.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007). *El sistema Filiativo Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2014). “La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680”. *Revista de Derecho de Familia*. Volumen I. Santiago.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2017). *Acuerdo de Unión Civil*. Santiago: Legal Publishing.
- JARA CASTRO, Eduardo (2011). *Derecho Procesal de Familia. Principios formativos, reglas generales, procedimiento ordinario*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2017). “Responsabilidad parental en casos de separación. Una mirada a las legislaciones latinoamericanas”. En Fabiola LATHROP

- GÓMEZ, Nicolás ESPEJO YAKSIC (coord). *Responsabilidad Parental*. Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters.
- LEPIN MOLINA, Cristián (2014a). “Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios”. *Revista de Derecho de Familia*. Volumen I. Santiago.
- LEPIN MOLINA, Cristián (2014b). “Los nuevos principios del derecho de familia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 23. Santiago.
- LEPIN MOLINA, Cristián (2017). *Derecho Familiar Chileno*. Santiago: Legal Publishing.
- LEPIN MOLINA, Cristián, Ignacio ARAYA PAREDES (2014). “La potestad cautelar del juez de familia”. *Revista de Derecho de Familia*. Volumen II. Santiago.
- NÚÑEZ ÁVILA, René, Mauricio CORTÉS ROSSO (2012). *Derecho Procesal de Familia*. Santiago: Legal Publishing.
- PADIAL ALBAS, Adoración (2018). *La relación materno y paterno filial en del derecho de familia catalán*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- QUINTANA VILLAR, María Soledad (2014). “La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Número XLIII. Valparaíso.
- RAMOS PAZOS, René (2007). *Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2009). “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho Chileno de Familia”. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 36. N° 3. Santiago.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2010). *El cuidado personal de niños y adolescentes*. Santiago: Legal Publishing.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2017). *Manual de Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2014). “Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad en el Código Civil Chileno”. *Revista de Derecho de Familia*. Volumen I. Santiago.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2013). “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley N°20.680)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.° 21. Santiago.
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán (2017). *Derecho de Familia*. Santiago: Legal Publishing.

#### Normas citadas

- Código Civil*, 19ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2019.
- Código de Procedimiento Civil*, 19ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2019.
- Convención Sobre Derechos del Niño, promulgada por decreto supremo n.° 830. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago 27 de septiembre de 1990.



- Ley de Menores, n.º 16618. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de mayo de 2000.
- Ley n.º 19968. Crea los Tribunales de Familia. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de agosto de 2004.
- Ley n.º 20680. 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 de la República de Chile*, Santiago, 21 de junio de 2013.
- Ley n.º 20830. Acuerdo de Unión Civil. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 21 de abril de 2015.

### *Jurisprudencia citada*

- Antonietti con Vieira, Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de febrero de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/919/2019.
- Burcher Moller con Moller Riquelme. Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de enero de 2008, n.º Legal Publishing 38319, rol 96-2007.
- Boreaux con Noirfalise, Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de mayo de 2019, n.º Legal Publishing: CL/JUR/2818/2019, rol 3225-2018.
- Contreras Burgos con Gallargo Price. Corte Suprema de Justicia, 11 de marzo de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/1200/2019, rol 8023-2018.
- Gajardo Jara con Apablaza Vergara, Corte Suprema de Justicia, 5 de junio de 2018, n.º Legal Publishing CL/JUR/2633/2018, rol 43557-2017.
- Flores Pardo con Miranda Cisterna. Corte Suprema de Justicia, 18 de abril de 2018, n.º Legal Publishing CL/JUR/1784/2018. SCS, rol 40.736-2017.
- Sename con Iriarte Encina. Corte de Apelaciones de Copiapó, 13 de octubre de 2010, n.º Legal Publishing 46532.
- Sename con Alvarado Torrejón. Corte de Apelaciones de Copiapó, 11 de noviembre de 2010, n.º Legal Publishing 45907.
- Veas Maturana con Droguett Hernández. Corte Suprema de Justicia, 1 de abril de 2014, n.º Legal Publishing CL/JUR/1724/2019, rol 4425-2010.
- Sin identificación de partes. Corte Suprema de Justicia, 5 de marzo de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/1074/2019, rol 31595-2018.
- Sin identificación de partes. Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de junio de 2015, n.º Legal Publishing CL/JU/3270/2015.
- Sin identificación de partes, Corte Suprema de Justicia, 12 de agosto de 2019, n.º Legal Publishing CL/JUR/4561/2019, rol 6189-2019.