



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

DECLARACIÓN DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE FAMILIA

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Memorista:

VALENTINA ALEJANDRA HENRÍQUEZ DEL CANTO

Profesor guía:

MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON

Santiago, Chile

Marzo, 2021

*Al padre que me escogió, me tendió la
mano y que hoy, desde algún lugar,
me observa y protege.*

INDICE

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
I. EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE FAMILIA	6
1. Principios del procedimiento en la LTF	8
1.1 Oralidad.....	9
1.2 Concentración.....	10
1.3 Inmediación.....	11
1.4 Desformalización.....	12
1.5 Actuación de oficio, colaboración y publicidad	13
1.6 Interés superior del niño, niña o adolescente y el derecho a ser oído	14
2. Estructura del procedimiento ordinario	16
3. Etapas de la actividad probatoria	19
3.1 Etapa de conformación.....	19
3.2 Etapa de valoración.....	21
3.3 Aplicación de un estándar	22
II. LA DECLARACIÓN DE PARTE EN EL PROCESO	25
1. Concepciones acerca del testimonio	26
1.1 Concepción tradicional del testimonio y la prueba testimonial.....	26
1.2 Una nueva concepción de testimonio.....	27
2. La declaración de parte como un testimonio	29
3. Declaración de parte y confesión: Una relación de género a especie	31
3.1 La confesión	31
3.2 La declaración de parte como medio de prueba	33
4. La declaración de parte en el <i>Civil Law</i>	34
III. DECLARACIÓN DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE FAMILIA	37
1. Procedencia de la declaración de parte	37
2. Sanción por la incomparecencia	40
2.1 ¿Carga dinámica de la prueba?.....	42
3. Herencia de la prueba legal o tasada en un sistema de sana crítica	44
3.1 Convivencia de la prueba legal o tasada y las reglas de sana crítica	45

4. Desventajas de la regulación actual de la ley N° 19.968 al momento de incorporar el testimonio de las partes	47
5. Declaración de parte voluntaria.....	50
6. Proyecto Código Procesal Civil y Ley N°19.968.....	53
IV. CONCLUSIÓN	57
V. BIBLIOGRAFÍA.....	59

RESUMEN

La presente memoria tiene por objeto analizar el medio de prueba declaración de parte en el procedimiento ordinario de familia regulado en la Ley N° 19.968.

Para cumplir el objetivo, en primer lugar, se describirán los principios y la estructura del procedimiento utilizando la ley como fuente principal. Luego, nos abocaremos a estudiar de qué manera las partes han sido utilizadas como medios de prueba en los sistemas procesales, ya sea a través del medio de prueba confesión judicial o declaración de partes.

Un tercer orden de ideas estará dedicado al análisis concreto del medio de prueba declaración de parte en el procedimiento ordinario de familia. Se iniciará con la exposición de su regulación actual, para luego criticarla principalmente por hacer procedente únicamente la declaración solicitada por la contraria. Notaremos que nuestra ley mantiene lógicas de un sistema de valoración que no consagra, pero que aún sigue vivo en un procedimiento reformado, como es el sistema de prueba legal o tasado. Identificado lo anterior se expondrá sobre las desventajas que presenta la regulación actual.

Teniendo en consideración esto último, finalmente, haremos alusión a una de las propuestas de la doctrina: la recepción de la declaración voluntaria de las partes. Veremos que ha sido una propuesta recogida en el Proyecto de Reforma al Código Procesal Civil lo que nos podrá guiar hacia una solución al problema que presenta la regulación actual de la ley N° 19.968.

INTRODUCCIÓN

Existe consenso en decir que el sujeto mejor informado sobre los hechos que en la realidad ocurrieron son las partes mismas. A pesar de ello, tradicionalmente se ha optado por excluirlas en razón de la sospecha que existe hacia su persona, pues el interés que tienen los inhabilita para dar su testimonio en el juicio. Sin embargo, reconociendo igualmente que es necesario incorporarlas en la actividad probatoria, la solución ha sido hacerlo a través de la confesión judicial, medio de prueba propio de un sistema escrito con valoración de prueba legal o tasada.

A medida que los procedimientos chilenos se fueron reformando se consagraron principios como la oralidad, intermediación, concentración, libertad de prueba y valoración conforme a las reglas de sana crítica. En el caso particular de la judicatura de familia, en materia probatoria, se innovó al introducir la declaración de partes como el medio de prueba encargado de acogerlas a ellas como fuente de prueba. A partir de esto surge el problema a desarrollar, pues se hace necesario preguntarnos si la regulación es efectivamente una innovación a lo que estábamos acostumbrados a ver en materia civil: una absolución de posiciones siguiendo un pliego escrito que tiene efectos únicamente si de la declaración se obtienen resultados desfavorables para la parte que depone.

La importancia de desarrollar y esclarecer el punto anterior radica en que éste medio de prueba ha sido tratado en los últimos años como una nueva herramienta probatoria que podría introducirse ¿por qué no, entonces, analizar el casi único procedimiento¹ que lo contempla en la actualidad?

El objetivo de esta memoria es concluir acerca de la suficiencia de la regulación actual para proponer soluciones en el caso que no lo sea.

La metodología a utilizar es un análisis teórico dogmático por medio de una investigación descriptiva, normativa y evaluativa. Para cumplirlo, la estructura de la presente memoria se divide en un primer capítulo de carácter descriptivo acerca del procedimiento ordinario de familia, enfocado en su estructura y en la actividad probatoria. Luego, una segunda parte, examinará los conceptos claves partiendo por el de testimonio, pues su estudio tradicional no permitiría identificar los problemas comunes a las pruebas declarativas, como es la desconfianza a la persona que declara, lo que podría solucionarse con la incorporación de un concepto más amplio. Además, se comparará la declaración de parte con la confesión judicial, debido a que ambos son el conducto para recibir el testimonio de las partes, cerrando el capítulo con una exposición de algunas regulaciones en derecho comparado para ambos medios de prueba.

¹ Se suma el contemplado en el procedimiento ante los tribunales ambientales. Art. 41 Ley N° 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales, 28 de junio de 2012.

Para finalizar, en el capítulo tres recaerá la labor de unir los dos primeros para estudiar en concreto la regulación actual del medio de prueba declaración de parte, con el objeto de concluir si ésta es o no suficiente y las soluciones existentes si corresponde.

I. EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE FAMILIA

Durante la década de los noventa nuestro país vivió una serie de cambios que impulsó a cuestionarse y modificar ciertos conceptos de nuestra sociedad. Algunos de estos fueron los derechos humanos, la niñez y la familia; lo que llevó en 1992 a la dictación del Decreto Presidencial N°162 que Crea la Comisión Nacional de Familia, teniendo por objeto la elaboración de un informe diagnóstico de la realidad de las familias en Chile.

Identificar los problemas permitió que se iniciara una serie de modificaciones en el derecho de familia sustantivo². Sin embargo, estos cambios no fueron posibles de llevarse a cabo de forma inmediata al no estar acompañados de reformas en el ámbito procesal, cuestión necesaria, puesto que es el medio por el cual las personas acceden y ven reconocidos sus derechos subjetivos.

Para cerrar este proceso de cambios en el ámbito del derecho de familia, en 1997 el ejecutivo a través de un Mensaje Presidencial le dio inicio al Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia y, tras largas discusiones fue publicada el 30 de agosto de 2004 para, de acuerdo con el artículo 134 de la ley, el 1° de octubre del mismo año entrar en vigencia La Ley N°19.968 que Crea los Tribunales de Familia³ (en adelante “LTF”).

Mirado desde el punto de vista procesal la creación de esta nueva judicatura especializada formó parte de un conjunto de iniciativas orientadas a la modernización del proceso judicial chileno, caracterizado por su extrema escrituración y otros problemas identificados en esta materia⁴. Fue así como tras la preocupación de dejar atrás la justicia de menores, adaptarse a estándares internacionales y permitir el acceso a la justicia a los grupos de niveles socioeconómicos más bajo, se concretó esa iniciativa en la LTF, la que tuvo entre sus objetivos centrales otorgar soluciones más eficaces a los conflictos de los particulares⁵.

² Véase: Ley N°19.935 que incorpora el régimen de participación en los gananciales y la institución de los bienes familiares; Chile, Ministerio de Justicia. 1994. Ley N° 19.335 Establece régimen de participación en los gananciales, y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento penal y otros cuerpos legales que indica. 23 de septiembre de 1994.

Ley N°19.585 que eliminó la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos y, como consecuencia de ello, modificó sustancialmente lo relativo a patria potestad y derechos hereditarios; Chile, Ministerio de Justicia. 1998. Ley N° 19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. 26 de octubre de 1998.

³ Chile, Ministerio de Justicia. 2004. Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia. 30 de agosto de 2004.

⁴ Historia de la ley N°19.968, Mensaje del Presidente de la República: “El diseño predominantemente adversarial del procedimiento judicial Chileno; su extrema escrituración; la alta mediación que es posible advertir entre el juez llamado a proveer la decisión al conflicto y un conjunto de funcionarios no letrados del tribunal; y la alta discrecionalidad del procedimiento, especialmente en materia de niños y adolescentes, aconsejan modificar la actual justicia de menores, para dotar así a sus jueces -hombres y mujeres dedicados, que gozan de una alta confianza social- de procedimientos y formas de actuación que les permitan dar una respuesta socialmente adecuada al contencioso familiar.” [fecha de consulta: 20 de junio 20200] Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5746/>

⁵ OBREQUE MELÉNDEZ, C. y TOBAR RAMÍREZ, J. Creación de los Tribunales de Familia. En: *La judicatura de familia*. [en línea] Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing: Thomson Reuters, 2012. p.49. [Fecha de consulta: 21 de noviembre 2020] Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/3012>

La LTF consagra dos tipos de procedimiento: uno de carácter ordinario y los especiales. El artículo 55 establece que aplicará el procedimiento ordinario a todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los tribunales de familia y que no tengan señalado otro procedimiento distinto ya sea en la misma ley u otra. En el caso de existirlo, aplicarán igualmente de manera supletoria las disposiciones del procedimiento ordinario.

En virtud de lo anterior, en este trabajo nos centraremos en el procedimiento ordinario de familia (en adelante “POF”), dado su carácter general y supletorio respecto a los demás procedimientos especiales.

En lo estructural la ley sigue un modelo similar a la reforma del sistema procesal penal respecto a los principios que consagra, como la oralidad, concentración, publicidad, inmediación y otros propios que emanan de la naturaleza misma del contencioso familiar como es el interés superior del niño (en adelante “ISN”), actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes. En cuanto a la estructura misma contempla una etapa de discusión escrita, una audiencia preparatoria y otra de juicio, sentencia y eventuales recursos.

En materia probatoria las audiencias cumplen un rol fundamental, debido a que en ellas se verifica la mayor parte de las actuaciones procesales vinculadas a la prueba. Además, la existencia de éstas permite distinguir que en el procedimiento de familia es posible identificar las etapas de la actividad probatoria⁶.

Respecto a esto último, la LTF consagra en el párrafo tercero reglas relativas a la prueba, iniciando con algunas disposiciones generales como: libertad de prueba, exclusión de prueba y valoración de la prueba; para luego dar paso a la regulación de algunos medios de prueba en particular donde es posible encontrar el medio de prueba declaración de parte regulado en los artículos 50 a 53 de la LTF. Es precisamente éste medio de prueba el objeto de estudio de este trabajo y que será analizado en una tercera parte denominada “Declaración de parte en el procedimiento ordinario de familia”.

Por el momento, el presente capítulo tiene por objeto mostrar el POF. Para cumplir con ello se dividirá en tres partes: en el primero de este, para poder comprender la idea que subyace a este procedimiento reformado y poder eventualmente relacionarlo al medio de prueba declaración de parte, se explicarán los principios que lo rigen. Luego se describirá brevemente la estructura misma del POF: inicio, audiencias, sentencia y recursos.

Finalmente, en consideración a que el objeto de este trabajo es estudiar un medio de prueba en particular, la última parte del capítulo está enfocada a exponer de manera general la actividad probatoria dentro de este procedimiento para relacionarlo con algunos problemas que se derivan del medio de prueba a tratar.

⁶ FERRER BELTRÁN, J. La valoración racional de la prueba. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, 2007.

1. Principios del procedimiento en la LTF

Dentro del proceso se distinguen aquellos principios generales del proceso y aquellos propios del procedimiento. Respecto a los primeros se dice que estos están presentes en toda clase de procesos y que no pueden faltar, siendo un presupuesto fundamental para estar en presencia de una contienda jurisdiccional, identificando dentro de estos principios el de igualdad, contradicción, debido o justo proceso, entre otros⁷.

En el proceso de familia se identifica como principios generales: la bilateralidad de la audiencia, coexistencia del principio dispositivo e inquisitivo, lo que también pasa con el principio de aportación de parte e investigación de oficio dependiendo si estamos en presencia de un objeto del juicio disponible o no⁸, búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes plasmado en el artículo 14 de la LTF, principio de protección a los débiles, el cual busca hacer efectiva la igualdad entre las partes y, finalmente, respecto al principio de valoración de la prueba, predomina la sana crítica consagrado literalmente en el artículo 32⁹.

Respecto a los principios formativos del procedimiento, estos se definen como “aquellos criterios, usualmente expuestos en forma de opciones contrapuestas, que el legislador debe tener en cuenta para articular los diferentes procedimientos a través de los cuales se tramitarán los procesos de un determinado sistema procesal”¹⁰.

En el caso de los procedimientos de familia -ordinario y especiales-, la LTF indica en el título III, Párrafo primero, desde el artículo 9 al 16 los principios del procedimiento. Consagra de manera general la oralidad, concentración, desformalización, inmediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes. Además de contemplar especialmente el interés superior del niño, niña y adolescente y su derecho a ser oído.

⁷ CAROCCA PÉREZ, A. Generalidades sobre los procedimientos. En: Manual de derecho procesal: Los procesos declarativos. [en línea] Tomo II. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis, 2003. pp.18-19 [Fecha de consulta: 21 de noviembre 2020] Disponible en:

<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbncjZW50cmFsYXB1bnRlc3VzZWt8Z3g6MzliM2ZiZDU1OTA2N2VhMw>

⁸ Por ejemplo, cuando el estado civil de las personas está involucrado en el objeto del juicio, éste no será disponible para las partes, debiendo el juez igualmente dictar la resolución que recibe la causa a prueba e indagar sobre el tema

⁹ NÚÑEZ ÁVILA, R. y CORTÉS ROSSO, M. Los principios del proceso y del procedimiento en los procedimientos de familia. En: Derecho procesal de familia. La primera Reforma Procesal Civil en Chile [en línea] Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters, 2012. pp.62-82 [Fecha de consulta: 21 de noviembre 2020] Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/index.php/sisib/catalog/book/2018>

¹⁰ CAROCCA PÉREZ, A. op. cit., p.19

Por temas de extensión e importancia, y siguiendo a MONTERO y PALOMO¹¹, los siguientes apartados estarán destinados a desarrollar únicamente los principios de oralidad, concentración e inmediación, debido a la íntima vinculación que existe entre ellos y su contacto con la prueba. Se agrega, además, el de desformalización en vista al rol fundamental que cumple en la judicatura de familia. En cuanto a los principios de actuación de oficio, colaboración y publicidad, se hará una breve alusión a ellos en un mismo encabezado. Finalmente se cerrará éste apartado sobre principios del procedimiento con el interés superior del niño, principio rector en todas las materias en las que estén involucrados niños, niñas y adolescentes (en adelante “NNA”), con especial hincapié en la audiencia reservada, medio que recibe el testimonio de ellos. Razón por la que se le dará igualmente una extensión mayor.

1.1 Oralidad

Para MONTERO el procedimiento se reduce al principio de oralidad o escrituración derivándose de éste los demás¹². Si el legislador opta por el primero de ellos, lo más probable es que también encontremos los principios de inmediación y concentración. Y, al contrario, si escoge la escrituración, estaremos en presencia de mediación y desconcentración como pasa en los actuales procedimientos contemplados en el CPC. Lo anterior permite entender por qué siempre es el primer principio que se enuncia para describir un procedimiento.

En el caso de la judicatura de familia, el legislador siguiendo la misma línea del proceso penal, consagró en el artículo 10 de la LTF la oralidad, disponiendo que todas las actuaciones procesales serán orales, salvo excepciones dispuestas en la ley, debiendo velar el tribunal por llevar un registro de todas las actuaciones.

En materia probatoria parece claro que la clasificación de las pruebas orales o declarativas¹³ cumplen con el principio de oralidad, puesto que se rinden por medio de una declaración verbal, quedando constancia en el registro de audio¹⁴. En familia, esto podría ponerse en duda en el caso de la prueba pericial. La razón es porque el conocimiento del experto se plasma en un informe escrito. Sin

¹¹ MONTERO AROCA, R. Nociones esenciales. En: *El proceso civil. Los Procesos Ordinarios de Declaración y de Ejecución* [en línea] 2ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p.146 [fecha de consulta 21 noviembre 2020] Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788491195221>; PALOMO VÉLEZ, D. y MATAMALA SOUPER, P. Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* [en línea] 2012, 19 (2). p. 239 [fecha de consulta: 28 de diciembre 2020]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v19n2/art08.pdf>

¹² MONTERO AROCA, R. Nociones esenciales. En: *El proceso civil. Los Procesos Ordinarios de Declaración y de Ejecución* [en línea] 2ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p.146 [fecha de consulta 21 noviembre 2020] Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788491195221>

¹³ TARUFFO, M. Tipos de pruebas. En su: *La prueba*. Traducción de Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRER. Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. p. 62.

¹⁴ En el caso del sistema procesal civil la manera de armonizar la declaración verbal con el principio de escrituración es por medio de su transcripción literal, la deberá ser incorporada al expediente escrito

embargo, la LTF para ser consecuente con el art. 10 y zanjando el problema, señala que éste deberá ser exhibido e incorporado por medio de su lectura en la audiencia de juicio, complementándose con la declaración que realice el perito sometido a las preguntas de las partes y el juez¹⁵.

En lo que respecta a la declaración de partes ésta también se incorpora por medio de una narración oral. En consecuencia, tanto la declaración como el interrogatorio deberá hacerse verbalmente y, si bien la ley nada dice, no sería posible apoyarse en una minuta escrita que contenga las preguntas o lo que tenga que decir la parte, ya que esto no se condice con el art. 10.

A pesar de lo anterior, la Corte Suprema por medio de un Auto Acordado relativo al funcionamiento de los tribunales de familia y con el objeto de complementar la sanción del art. 52 de la LTF en caso de incomparecencia, estableció que si se solicita la declaración de la contraria debía acompañarse de manera escrita una minuta de preguntas redactadas afirmativamente¹⁶. Este acuerdo tuvo algunas disidencias, ya que quienes no lo compartieron argumentaron que la exigencia del pliego no guardaba armonía con el principio de oralidad y desformalización. Personalmente, si bien concuerdo con esta opinión, considero que la regulación de la LTF no es tan completa¹⁷ como para saber cuáles afirmaciones debe tener en cuenta el juez al aplicar la sanción lo que podría generar incertidumbre. Lo anterior hizo necesario hacer una excepción a la oralidad supliendo la ley.

La consagración de la oralidad y la realización de audiencias desarrolladas verbalmente constituye la manera más transparente de adoptar decisiones judiciales y de tomar contacto únicamente con aquello que se percibe directamente por los sentidos¹⁸ -particularmente el juez- lo que a su vez se complementa con uno de los principios que se expondrá más adelante: la inmediatez. Es por esto, que las reformas deben orientarse a la aplicación de este principio, el que permitirá a la vez aplicar los otros que se encuentran relacionados.

1.2 Concentración

Consiste en la realización de actos con la máxima aproximación de tiempo entre ellos, contribuyendo a una rápida solución del conflicto¹⁹.

Para algunos²⁰ la mayor virtud de la oralidad y el desarrollo de un modelo por audiencias es la concentración, ya que permite acortar el tiempo que se demora el sistema en resolver un conflicto.

¹⁵ Art. 49 y 64 inc. 4 LTF

¹⁶ Chile, Corte Suprema.2005. Auto Acordado S/N Relativo al funcionamiento de los juzgados de Familia. Acuerdo Segundo. 08 de octubre de 2005.

¹⁷ Como sí podría considerarse que lo establece el Proyecto de Código Procesal Civil. Véase: Capítulo II, apartado N°6.

¹⁸ CAROCCA PÉREZ, A., op. cit. p.11

¹⁹ COUTURE ETCHEVERRY, E. Diccionario Vocabulario jurídico. 1983 [en línea] p. 158 [fecha de consulta 21 noviembre 2020] Disponible en: <https://esfops.files.wordpress.com/2013/08/vocabulario-juridico.pdf>

²⁰ PALOMO VÉLEZ, D. y MATAMALA SOUPER, P., op. cit. p.239

En el caso del procedimiento de familia, la LTF inmediatamente después del artículo que consagra la oralidad establece la concentración como principio formativo. Señala que el procedimiento se desarrollará en audiencias continuas, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión.

Un sistema por audiencias como el de la LTF busca reunir la mayor parte de los actos procesales en ambas audiencias, lo antes posible y con la mayor aproximación de tiempo entre éstas. Manifestaciones de ésta directriz²¹ son los artículos que establecen las diligencias a realizarse en cada audiencia: ratificaciones, conciliación, fijar objeto del juicio, resolución que recibe la causa a prueba, ofrecimiento de prueba, convenciones probatorias, rendición de los medios de prueba, dictación de la sentencia, entre otros actos. Como se lee, la mayor parte de actuaciones se dividen entre las dos audiencias.

Sumado a lo anterior, el artículo 59 indica que admitida la demanda el tribunal deberá citar a una audiencia preparatoria en el más breve plazo posible, y el artículo 61 N°10 que ordena al juez fijar la fecha de audiencia de juicio en un plazo no superior a 30 días e incluso deja abierta la posibilidad de llevarla a cabo inmediatamente, previo acuerdo de las partes.

En materia probatoria solo queda reiterar que la producción de la prueba se realiza en la audiencia de juicio. Es en ese momento cuando las partes deberán prestar su declaración si la contraria lo solicitó.

Reconocer la concentración es la respuesta a la necesidad de tener una justicia más rápida y eficiente, particularmente en los conflictos de familia, puesto que muchas veces están involucrados niños, niñas y adolescentes que requieren soluciones y protección inmediata.

1.3 Inmediación

Es la vinculación directa del juez con las partes y los elementos probatorios, a fin de que pueda conocer en primera persona el material del proceso²². Y, al contrario, si el juez adquiere éste indirectamente por medio de la intervención de un delegado quien le entregará su versión, entonces nos encontramos frente al principio de mediación²³.

Cuando se explicó la oralidad se dijo que éste estaba complementado con el de inmediación. Optar por la oralidad implica adoptar un sistema por audiencias, respondiendo de esta manera a los problemas de tiempo y también de fondo y calidad de la decisión, puesto que se abandona un modelo en

²¹ Audiencia preparatoria: art. 61 LTF; Audiencia de juicio: art. 63 LTF.

²² CHAMORRO LADRÓN DE CEGAMA. Algunas reflexiones sobre el principio de inmediación en el proceso civil y su mejor cumplimiento en la práctica judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. [en línea] 1983, N°2. p. 531. [fecha de consulta: 28 de diciembre 2020]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=814805>

²³ PEREIRA CAMPOS, S. El principio de Inmediación en el proceso por audiencias: Mecanismos legales para garantizar su efectividad. 2016 p.1 [fecha de consulta 21 noviembre 2020] Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1907/Principiodeinmediacionenlasaudiencias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

el cual quién decide la resolución del conflicto no tiene contacto directo con las partes ni con los medios de prueba²⁴. Por lo tanto, determinar que un proceso sea oral o escrito significa a la vez fijar el contacto estrecho entre el juzgador con los elementos del juicio.

En el caso de la LTF, el artículo 12 consagra este principio, estableciendo que las audiencias y diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, debiendo formar su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya percibido.

En el ámbito probatorio la utilidad de la intermediación radica en la participación activa y el control que tendrá el juez sobre la prueba en el sentido que podrá saber todos los detalles de su producción. En el caso de las pruebas orales²⁵-clasificación que incluye la declaración de partes- el juez se encuentra frente a frente con la persona y su testimonio, pudiendo velar para que el examen se realice debidamente, admitiendo o rechazando preguntas e incluso pidiendo aclaraciones o adiciones²⁶.

Lo anterior sin duda ayuda al segundo momento de la actividad probatoria: la valoración y motivación de la sentencia²⁷, pues la prueba sobre la cual basará su decisión fue percibida completamente por sus sentidos sin que un tercero o un expediente escrito le haya transmitido la información.

1.4 Desformalización

Es una directriz que persigue la eficacia y mejor comprensión de las actuaciones del proceso a través de normas flexibles, comprensibles para el común de la población y orientadas a evitar dilaciones y trámites innecesarios²⁸.

La disposición expresa que se refiere a este principio es el artículo 9. Llama la atención que no existe un desarrollo mayor por parte del legislador sobre qué implica la desformalización, sino que únicamente señala que los procedimientos que conocerá el juez de familia serán orales, concentrados y desformalizados. A los dos primeros la ley sí les dedica un artículo especial.

Las manifestaciones que tiene en la LTF se dan en materia de notificaciones, extensión de la competencia territorial de las Cortes de Apelaciones, en el procedimiento especial de medidas de protección por vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes y en la facultad que se le otorga

²⁴ PÉREZ RAGONE, A. y PALOMO VÉLEZ, D. Oralidad y prueba: Comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. [en línea] 2009, XXXII. p. 365. [fecha de consulta: 28 de diciembre 2020]. Disponible en:

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n32/a11.pdf>

²⁵ Entiéndase también como pruebas declarativas o personales

²⁶ NIEVA FENOLL, J. Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras. *Justicia: revista de derecho procesal*. [en línea] 2012, 1 (2). p. 38. [fecha de consulta: 28 de diciembre 2020] Disponible en: <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012.pdf>

²⁷ Ibid, p.41

²⁸ NÚÑEZ ÁVILA, R. y CORTÉS ROSSO, M., op. cit., p.99

al juez de familia para determinar la forma en que se realizará una determinada actuación en aquellos casos que las normas comunes a todo procedimiento del CPC no sean compatibles con la naturaleza del contencioso familiar, especialmente en lo que respecta a la oralidad²⁹.

En materia probatoria, considero que no existe ninguna regla especial en la ley que se vincule a la desformalización y que permita relacionarla con la rendición de la prueba. Sin embargo, esto no obsta a que en la práctica los jueces apliquen el principio en éste ámbito y se den situaciones no contempladas en la ley que se aceptan en virtud de la desformalización³⁰. Para ello sería interesante un estudio jurisprudencial sobre la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, podría considerarse que un puente entre esta directriz y la declaración de parte podría encontrarse si revisamos los objetivos que se tuvieron en cuenta al momento de decidirse por este principio. Uno de ellos fue que en el contencioso familiar se evitaran las ritualidades innecesarias para lograr una mayor flexibilidad y así acercar la justicia de familia a las personas y permitir a las partes una mayor discrecionalidad³¹. Más adelante se analizará y propondrá la declaración de parte voluntaria, medio de prueba que no se encuentra regulado en la LTF y que en la práctica no se recibe. Esta situación no impide que pueda recepcionarse más aún si aplica un principio como la desformalización que tiene como núcleo central el fondo más que la forma, debiendo darle preponderancia a la justicia material por sobre la formal³². En este sentido, con mayor razón debiera incorporarse la mayor cantidad de elementos que permitan alcanzar este objetivo.

1.5 Actuación de oficio, colaboración y publicidad

El primero de éstos consiste en el rol que se le otorga al juez dentro del proceso para adoptar todas las medidas necesarias con el fin de dar celeridad a la resolución del conflicto³³.

Es posible encontrarlo en el artículo 13 de la LTF y su manifestación en materia probatoria la hallamos en el artículo 29 inciso 3, el cual dispone que: “El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”. También, particularmente en la declaración de parte, se constata en la facultad que se le otorga al juez en el art. 53 para dirigir preguntar con fines aclaratorios o de adición. Como ya se vio, esto también se vincula con la intermediación.

²⁹ Ibid, pp.101, 103-104

³⁰ CARRETTA MUÑOZ, F. Análisis dogmático sobre la desformalización del proceso judicial de familia chileno. Parte final. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. [en línea] 2015, XLV. p. 178. [fecha de consulta: 28 de diciembre 2020] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n45/a07.pdf>

³¹ OBREQUE MELÉNDEZ, C. y TOBAR RAMÍREZ, J., op.cit., pp.207-208

³² Ibid, p.211

³³ NÚÑEZ ÁVILA, R. y CORTÉS ROSSO, M., op. cit., p.98

En un segundo orden se halla el principio de colaboración, el cual busca que en la resolución del conflicto se escojan aquellas alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.

El ya citado artículo 9 de la LTF consagra este principio de manera general y el artículo 14 lo hace en particular.

Manifestaciones de este principio es la presencia en el juicio de más de un llamado a las partes para que lleguen a un acuerdo: conciliación, en caso de divorcio existe un llamado especial, promover la mediación familiar e incluso en ciertas materias ésta es obligatoria. En general, el juez está facultado para promover conciliaciones cuando lo estime oportuno³⁴.

Finalmente encontramos la publicidad, principio que implica que por regla general los actos procesales sean públicos³⁵. Al efecto, la LTF dispone en el artículo 15 que “Todas las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal son públicos”.

En el caso de la judicatura de familia al haber un conocimiento en temas más íntimos, la ley igualmente prevé que, en casos excepcionales, de oficio o a petición de parte, puede impedirse el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala de audiencia o impedir el acceso del público en general u ordenar la salida para practicar diligencias específicas. Y, al mismo tiempo, también se contemplan excepciones en materia de divorcio, nulidad y separación judicial, filiación y adopción³⁶, en vista a la determinación del estado civil o filiación de una persona.

1.6 Interés superior del niño, niña o adolescente y el derecho a ser oído

El ISN es un concepto que puede entenderse desde tres dimensiones³⁷: a) un derecho sustantivo consistente en la plena satisfacción de los derechos del NNA³⁸ y la primordial consideración de éstos al momento de tomar un decisión que les afecte³⁹; b) un principio jurídico interpretativo que impone al juez

³⁴ SILVA MONTES, R. Del procedimiento. En: Manual de procedimiento de Familia. 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013, p.24

³⁵ CORREA SELAMÉ, J. Principios procesales. En: Derecho procesal. [en línea] Tomo II, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2014. p. 62 [Fecha de consulta: 28 de diciembre 2020] Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl/uchile.idm.oclc.org/files/presses/1/monographs/2837/submission/proof/64/index.html#zoom=z>

³⁶ NÚÑEZ ÁVILA, R. y CORTÉS ROSSO, M., op. cit., p.108

³⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. *Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. [en línea] Ginebra, Naciones Unidas, 2013. [Fecha de consulta: 28 de diciembre 2020] Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

³⁸ CILLERO BRUÑOL, M. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*. [en línea] 1999, N°2. P. 54 [Fecha de consulta: 28 de diciembre 2020] Disponible en: https://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf

³⁹ ONU, Asamblea General. *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx#:~:text=Los%20Estados%20Partes%20reconocen%20el,%20C%20espiritual%20C%20moral%20o%20social>

escoger aquel sentido que satisfaga de mejor manera los derechos del niño; y c) una norma de procedimiento que garantice que al momento de adoptar una decisión se estudien las posibles repercusiones que podrá tener en la vida del NNA. Es a este último punto al que nos interesa hacer referencia, puesto que también significa aplicar garantías procesales para que el ISN se concrete.

Una de ellas es que se asegure que el NNA pueda expresar su opinión⁴⁰ y sea oído dentro del proceso, lo que ha sido reconocido por la LTF en el art. 16 titulado: “Interés superior del niño, niña y adolescente y derecho a ser oído”, evidenciando la unión entre ambos principios.

La gran manifestación del art. 16 se encuentra en la realización de audiencias reservadas. Corresponde primero justificar por qué la referencia a ella. Siguiendo el concepto de parte como el sujeto que reclama y frente a quien se reclama⁴¹ se ha entendido que los NNA, desde un punto de vista procesal, carecen de tal calidad, detentando ésta por regla general los padres, abuelos, representantes de organismos públicos o privados, entre otros⁴². Por lo tanto, la declaración de ellos no queda abarcada por el medio de prueba declaración de partes. Sin embargo, debido a que es a ellos a quienes les afecta indirectamente el resultado del juicio y que, si bien procesalmente no son partes, sí pueden considerarse desde otro punto de vista como una parte involucrada igualmente en el conflicto.

En razón a la carente regulación legal sobre esta audiencia no existe claridad sobre su desarrollo. Si bien debería tener por objeto escuchar al niño cuando éste tenga edad y madurez suficiente⁴³ para expresar su opinión, en la práctica los fines no son tan claros y varían dependiendo del juez que nos toque. Así, para algunos de ellos la audiencia efectivamente cumple la función de escuchar la opinión del NNA, para otros es una instancia de orientación hacia el entrevistado y por último hay jueces que la ocupan con fines investigativos⁴⁴.

Art.3. 1: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

⁴⁰ Observación general N°14. p. 13 y **art. 12 de la Convención**: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

⁴¹ NIEVA FENOLL, J. Tema 2: Las partes. En su: Derecho Procesal II Proceso Civil. [en línea] 1º edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p.55 [Fecha de consulta: 28 de diciembre 2020] en:

<https://biblioteca-tirant-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413139685?showPage=55>

⁴² VARGAS PAVEZ, M. y CORREA CAMUS, P. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. *Revista Ius et Praxis* [en línea]. 2011, 17 (1). p. 187 [Fecha de consulta: 28 de diciembre 2020] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf>

⁴³ Cuando esto no sea posible, el juez igualmente deberá velar para que la opinión del niño sea escuchada, por ejemplo, por medio de informes o del consejero

⁴⁴ VARGAS PAVEZ, M., CORREA CAMUS, P. op. cit., pp. 188-191

Su naturaleza jurídica tampoco es clara, no se sabe si se considera o no un medio de prueba⁴⁵. Al respecto considero que no constituye tal carácter, pues la falta de regulación no permite que su recepción sea uniforme por todos los jueces. Además de carecer de un elemento esencial de un medio de prueba como es el control contraparte⁴⁶.

2. Estructura del procedimiento ordinario

Para poder contextualizar el procedimiento donde se enmarca el medio de prueba del cual hablaré en el capítulo tercero es necesario describir el POF.

Para no caer en una repetición completa de lo que dice la ley al respecto, solo describiré brevemente los aspectos más importantes del procedimiento, seccionándolo en: inicio, audiencia – preparatoria y de juicio- sentencia y recursos.

Tal como se mencionó cuando se habló respecto al principio de la oralidad, y de acuerdo con el artículo 56 de la LTF, el procedimiento ordinario inicia por demanda escrita, salvo que excepcionalmente el juez, en casos calificados, autorice la interposición oral. En cuanto a los requisitos, por mandato del artículo 57, se deberá dar cumplimiento a los contemplados en el artículo 254 del CPC. Además, en algunas causas, se deberán acompañar ciertos documentos que son requisito de admisibilidad como es el certificado de mediación frustrada en causas de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular.

Interpuesta la demanda deberá pasar el filtro de admisibilidad. Recordemos que, en virtud del principio de actuación de oficio, el juez puede ordenar subsanar aquellos errores formales y omisiones susceptibles de poder hacerlo. Esto también debemos relacionarlo al principio de desformalización, en cuanto a que el fondo no debe opacarse por la forma. Si la demanda es admisible, el juez, de acuerdo con el artículo 69, deberá citar en el más breve plazo posible a una audiencia preparatoria.

Por su parte el demandante deberá contestar por escrito a lo menos cinco días antes de la realización de la audiencia y en caso de demanda reconvenional hacerlo conjuntamente a la contestación⁴⁷. Con esta actuación se pone término a la etapa de inicio del procedimiento y se da paso a

⁴⁵ COMISIÓN DE FAMILIA, COLEGIO DE ABOGADOS A.G. Informe de la Comisión de Familia del Colegio de Abogados sobre la tramitación ante los juzgados de familia y posibles soluciones. [en línea] 2009 p. 11 [Fecha de consulta: 28 de diciembre 2020] Disponible en: <https://archivo.colegioabogados.cl/>

⁴⁶ FUENTES MAUREIRA, C. y GARCÍA ODGERS, R. Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia. *Revista de Derecho de familia*. [en línea] 2015, VIII (7) p. 61 [Fecha de consulta: 28 de diciembre 2020] Disponible en: https://www.academia.edu/23922250/ENTRE_LA_OPACIDAD_Y_LA_IRREFLEXI%C3%93N_A_PROP%C3%93SITO_DE_LA_PR%C3%81CTICA_DE_LA_AUDIENCIA_RESERVADA_ANTE_LOS_TRIBUNALES_DE_FAMILIA

⁴⁷ Art. 58 LTF

la audiencia preparatoria⁴⁸, instancia donde comienzan a manifestarse con claridad los principios formativos de oralidad, concentración e intermediación.

Entre los trámites más importantes que se realizan en la mencionada audiencia se encuentra la ratificación de la demanda y contestación, manera de introducir verbalmente la pretensión y que el juez que preside esta audiencia tome contacto directo con ella, cumpliéndose con los principios de oralidad e intermediación. Un segundo trámite es el llamado a conciliación, manifestación del principio de colaboración. Si las partes no llegan a acuerdo o lo hacen parcialmente, el juez determinará el objeto del juicio y dictará la resolución fijando los hechos a probar. A partir de este momento comienzan las actuaciones relevantes en materia probatoria con el ofrecimiento de prueba, momento en que deberá solicitarse la declaración de parte bajo el apercibimiento del art. 52. También es en esta oportunidad cuando debe solicitarse la audiencia reservada, lo que podría ayudar a presumir que sí se trata de un medio de prueba. Sin embargo, es la falta de regulación la que hace necesario encontrar un momento para pedirla, pareciendo más adecuada esta oportunidad sin que aquello le otorgue el carácter de un medio de prueba.

Finalmente, la última actuación recae en el juez, quien deberá fijar la fecha para la audiencia de juicio en un plazo no superior a 30 días, tiempo acotado si tenemos en cuenta que es el periodo en que debemos preparar nuestra prueba. También la ley permite que, excepcionalmente, previo acuerdo de las partes, se realice inmediatamente después de terminada la preparatoria, la audiencia de juicio. En este caso, obviamente, deberán estar a nuestra disposición todos los elementos probatorios.

Es necesario hacer presente que el juez que preside la audiencia preparatoria no necesariamente es el mismo que el de la audiencia de juicio en aquellos casos que no se rinda prueba anticipadamente o, si se hace, sea prueba documental, salvo que se rinda de manera anticipada prueba pericial, testimonial o declaración de partes. En dicho caso lo esperado, en virtud del principio de intermediación, es que el juez sea el mismo⁴⁹.

Con la resolución que cita a audiencia de juicio se pone término a la preparatoria.

La audiencia de juicio⁵⁰ al igual que la anterior, constituye una manifestación clara del principio de oralidad y sobre todo de la intermediación, pues el juez toma contacto directo con la prueba ofrecida por las partes y él mismo.

Entre los principales trámites se encuentra verificar la presencia de las personas que hayan sido citadas, tanto las partes como testigos y peritos, procediendo a declarar iniciado el juicio comunicando

⁴⁸ Art. 61 LTF

⁴⁹ NÚÑEZ ÁVILA, R. y CORTÉS ROSSO, M., op. cit., p.93-94

⁵⁰ Art. 63 y 64 LTF

el objeto de la audiencia. Para su adecuado desarrollo quien la dirige tiene amplias facultades como llamar al orden, disponer que se ausenten determinadas personas, entre otras.

El núcleo de la audiencia es recibir la prueba y para cumplir esta labor la LTF enumera algunas reglas referidas al orden, al interrogatorio de los peritos y testigos, incorporación de la prueba documental y otros medios de prueba como grabaciones. En el caso de la declaración de partes nada se dice respecto al juramento y, en cuanto al interrogatorio, la parte que lo cita deberá proceder con el examen de manera verbal sin lectura de minuta. Las preguntas deben hacerse afirmativa o interrogativamente, entenderse con claridad y no llevar valoraciones ni calificaciones. En caso de objeción, el juez deberá resolver previo debate sobre la claridad y precisión de la pregunta. Terminado el examen y si no es necesaria la intervención de los abogados, se podrá autorizar que las partes se hagan preguntas recíprocas. Finalmente, el juez puede dirigirle preguntas a la parte que declara solo con fines aclaratorios y de adición.

En la práctica también es en esta audiencia antes de darle inicio cuando se recepciona la declaración del NNA, en una sala especial y solo con la presencia del juez, el niño y el curador ad litem⁵¹.

Para cerrar lo relativo al material probatorio las partes deberán realizar sus observaciones a la prueba oral, culminando la audiencia con la resolución más importante: la sentencia. El juez debe comunicar inmediatamente su decisión con los fundamentos principales. De todas formas, existe la posibilidad excepcional de prorrogarlo si es que la audiencia se prolongó por más de dos días, debiendo en dicho caso hacerlo el día siguiente hábil. El hecho de tener que informar su determinación en la misma audiencia responde al principio de concentración.

Sin perjuicio de la comunicación oral de su veredicto, tendrá un plazo de cinco días –ampliable por cinco más por razones fundadas- para la redacción del fallo, el cual deberá cumplir con los requisitos del artículo 66.

Destacar que el mismo juez que toma contacto con el material probatorio en la audiencia de juicio debe ser quien dicte la sentencia en virtud del principio de inmediación⁵².

Para cerrar el apartado corresponde referirnos a los recursos procesales. La LTF consagra un amplio sistema de impugnación, estableciendo en el artículo 67 que las resoluciones judiciales pueden ser impugnadas por medio de los recursos procesales y en la forma que establece el CPC, siempre que no resulte incompatible con los principios del procedimiento ya explicados en el apartado anterior y sin perjuicio de algunas reglas especiales del artículo citado⁵³.

⁵¹ FUENTES MAUREIRA, C. y GARCÍA ODGERS, R., op. cit., p.57

⁵² Art. 66 bis inc. 1 LTF

⁵³ BAEZA CONCHA, G. y PÉREZ CABRERA, J. Procedimiento Ordinario ante los tribunales de familia. *En: Los nuevos Tribunales de Familia: procedimiento ordinario*. [en línea] 3era edición actualizada, Santiago, Chile. Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing, 2010, p.130 [Fecha de consulta: 21 de noviembre 2020] Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl/uchile.idm.oclc.org/1262>

Por último, es necesario hacer la salvedad que en el caso de la interposición de recursos estos deben responder al principio de oralidad. Por ejemplo, el recurso de reposición se debe interponer verbalmente por regla general en las mismas audiencias, debido a que en ellas se resuelve la mayor cantidad de asuntos.

3. Etapas de la actividad probatoria

La manera en que regula la LTF sus procedimientos, especialmente el POF, dado su carácter supletorio respecto de los demás, permite distinguir fácilmente las 3 etapas de la actividad probatoria⁵⁴: a) conformación o admisibilidad del material probatorio; b) valoración de la prueba; y c) adopción de la decisión sobre los hechos probados o aplicación de un estándar⁵⁵.

Lo anterior se debe a lo ya explicado en el apartado anterior, relativo a que la estructura del procedimiento se divide principalmente en dos audiencias. En la preparatoria se ofrece la prueba, por lo cual se conforma el material; y en la audiencia de juicio, momento en el cual se rinde el material probatorio, el juez deberá valorar en concreto de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En cuanto a la tercera etapa de la actividad probatoria, no existe una regla que determine la aplicación de un estándar específico en materia de familia, lo que será precisamente analizado en su título.

3.1 Etapa de conformación

Es posible definirla como aquella que tiene por objeto conformar, de acuerdo a una serie de reglas, el conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis planteadas por las partes⁵⁶.

La teoría de la prueba reconoce que para alcanzar el fin epistémico del proceso, en principio, debiera aceptarse la mayor cantidad de información posible⁵⁷. De esta manera, dependiendo del sistema procesal ante el cual estemos, se eliminan las limitaciones legislativas que establecen probar determinados hechos a través de ciertos medios de prueba⁵⁸. Esta regla de amplitud es posible encontrarla en nuestra LTF por medio del artículo 28 el cual establece que: “Todos los hechos que resulten

⁵⁴ EZURMENDIA ÁLVAREZ, J. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia. *Revista Chilena de Derecho*. [en línea]. 2020, 47 (1). pp. 101-102 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v47n1/0718-3437-rchilder-47-01-101.pdf>

⁵⁵ FERRER BELTRÁN, J., op. cit., p.41; TARUFFO, M., op. cit., p.37

⁵⁶ FERRER BELTRÁN, J., op. cit., p.42

⁵⁷ BENTHAM, J. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Granada, Editorial Comares, 2001.

⁵⁸ EZURMENDIA ÁLVAREZ, J., op. cit., p.103

pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley”.

Sin embargo, el fin epistémico del proceso no es el único y como dice BAYÓN “el derecho persigue también fines independientes a la búsqueda de la verdad”⁵⁹, entre los cuales podemos citar: la eficiencia; celeridad; la protección de derechos fundamentales, intimidad y relaciones familiares; el secreto profesional; o el interés del Estado, entre otros, los cuales implican un sacrificio epistemológico, permitiendo sostener los otros fines del proceso en una sociedad moderna⁶⁰.

La regulación de la LTF, permite situar la etapa de admisibilidad o conformación en la audiencia preparatoria. Esto, puesto que es el momento en que las partes deberán realizar el ofrecimiento de prueba y llevarse a cabo las convenciones probatorias. Si bien la ley consagra, en principio, de manera general la libertad probatoria, también incluye limitaciones que buscan proteger los otros fines del proceso. Así, la regla excepcional de exclusión de prueba, se encuentra consagrada en el artículo 31, permitiendo a las partes interponer el incidente en aquellos casos que la contraria haya ofrecido prueba: a) manifiestamente impertinente; b) que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios; c) sea sobreabundante o; d) hayan sido obtenidas con infracción a garantías fundamentales. Escuchadas las partes y estudiada la admisibilidad de las pruebas, el juez podrá ordenar fundadamente la exclusión. Si el medio de prueba ofrecido no cabe en alguna de las situaciones descritas, el juez deberá admitir la prueba y ordenar su rendición en la audiencia de juicio.

Si relacionamos las situaciones descritas con los otros fines del proceso podemos ver que la LTF, además del fin epistémico que tiene todo proceso, también tiene otros objetos como asegurar la eficiencia, la economía procesal y la protección a derechos fundamentales e intimidad.

Aparte de los motivos mencionados, la doctrina también reconoce otros casos en consideración al bajo valor epistémico de ciertos medios de prueba por el temor a una mala valoración⁶¹. En este caso la tarea no recae en el juez, sino que viene dada por el legislador al no incorporar un determinado medio de prueba u ordenar expresamente su exclusión. Aquí situamos la razón de por qué no se incorpora y se deja a un lado el medio de prueba declaración de parte voluntaria.

La razón de lo anterior se halla en la desconfianza hacia éste medio de prueba en consideración de quien emana la declaración. En consecuencia, la LTF a pesar de ser un procedimiento reformado con

⁵⁹ BAYÓN MOHÍNO, J. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no Benthamiano. *Revista jurídica Mario Alario D' Filippo*. [en línea]. 2010, 2 (4). p. 12 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020] Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/230480910.pdf>

⁶⁰ DURÁN LEIVA, P. El concepto de pertinencia en el derecho probatorio en Chile. Trabajo de Magíster, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2016, p. 7 [en línea] Disponible en: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/egd948c/doc/egd948c.pdf> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020]

⁶¹ FERRER BELTRÁN, J. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana. *Revista jurídica Mario Alario D' Filippo*. [en línea]. 2017, 9 (18) p. 156 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6857132>

libertad probatoria, al momento de regular el medio de prueba declaración de parte, hace procedente únicamente aquella solicitada por la contraria, pero no para sí misma. Por lo tanto, es una manifestación de una regla que excluye en consideración al –supuesto– bajo valor epistémico de este medio de prueba y la desconfianza que emana⁶², razonamiento que considero erróneo y será abordado en los siguientes capítulos.

3.2 Etapas de valoración

Consiste en atribuir valor a los distintos elementos incorporados en el juicio que tuvieron por objeto acreditar las aseveraciones de las partes⁶³.

Como señala NIEVA, esta actividad no es sencilla y para facilitar esta labor y guiar el camino del juez han surgido los sistemas de valoración⁶⁴. Así, la doctrina⁶⁵ ha identificado tres sistemas: a) prueba legal o tasada; b) libre convicción; y c) observancia de reglas de sana crítica. Éstas últimas tradicionalmente se han entendido como aquellas pertenecientes al “correcto entendimiento humano”⁶⁶ o bien, bajo un concepto más moderno, como “directrices o guías para el razonamiento del juez que dotan de contenido, refuerzan y/o sofistican la exigencia de fundamentación de la decisión sobre los hechos, o el deber de justificar la construcción la premisa fáctica”⁶⁷.

En el caso chileno los sistemas presentes son el a) y c). El primero es aplicable y aún vigente al sistema procesal civil. La razón de ser de este sistema sería de carácter histórico, puesto que en un inicio dado que los tres poderes del Estado los concentraba el monarca, era necesario delegar ciertas labores. Fue así como recayó en algunos funcionarios recepcionar la prueba, manifestándose el principio de mediación. Entonces, debido a que no era posible que el rey estuviera presente en estas diligencias y para dar cierta garantía a las personas se formó el expediente escrito como una pieza fundamental del juicio. Sumado a ello y teniendo en vista la misma razón, se procedió a preestablecer el valor probatorio de cada medio de prueba, ya que se entendía que el juez al no haber estado en contacto directo con la prueba no

⁶² Se retomará el tema en el capítulo III, apartado: 5. Declaración de parte voluntaria.

⁶³ FERRER BELTRÁN, J. La valoración racional de la prueba., op. cit., p.45

⁶⁴ NIEVA FENOLL, J. Derecho procesal II Proceso Civil., op. cit., p.194

⁶⁵ TAVOLARI OLIVEROS, R. Variaciones sobre la prueba en el proceso (Viejos y nuevos temas probatorios). *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. [en línea]. 1998, XCV (2) p. 39 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020] Disponible en: https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#/search/jurisdiction:CL+content_type:4/los+sistemas+de+valoraci%C3%B3n+de+la+prueba/WW/id/228192945

⁶⁶ COUTURE ETCHEVERRY, E., op. cit., p.270

⁶⁷ CARBONELL BELLOLIO, F. Sana crítica y razonamiento judicial. *En: La sana crítica bajo sospecha*. Editado por BENFELD, J. y LARROUCAU, J. Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018, p. 36

estaba en condiciones para valorarla por sí mismo, por consiguiente, se le indicó expresamente cómo hacerlo⁶⁸.

La valoración conforme a las reglas de sana crítica se ha identificado como una situación intermedia entre los otros dos sistemas, sin la excesiva rigidez de la prueba legal o tasada y sin la excesiva incertidumbre de la libre o íntima convicción⁶⁹. Poco a poco ha ido introduciéndose en nuestro país a través de los procedimientos en materia de libre competencia, consumidor, ambiental y en los 3 procedimientos reformados: penal, laboral y familia.

En el caso de éste último, la LTF dispone expresamente en el artículo 32: “Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

Apreciar la prueba conforme a las reglas de sana crítica significa realizar una valoración en concreto, pues, a diferencia del sistema de prueba legal o tasada el cual determina a priori el valor probatorio de los medios de prueba, sustituyendo el legislador al juez, en la sana crítica es el propio juez quien luego de haberse rendido la prueba, entrar en contacto y apreciarla, le otorga un determinando valor considerando todos los elementos incorporados⁷⁰.

En virtud, entonces, de la valoración bajo las reglas de la sana crítica, la LTF no contiene normas que establezcan a priori el valor de un medio de prueba. Sin embargo, al momento de tratar la declaración de parte se cae igualmente en una lógica y análisis ex ante a la rendición del medio de prueba que, al excluirla en su faceta voluntaria, se presume que la razón que hay detrás es el típico razonamiento de creer que las partes al tener interés pueden mentir, por lo cual se prefiere dejarlas fuera.

Sin embargo, la exclusión no es completa. Tradicionalmente si la declaración produce un efecto desfavorable para quien declara, se considerará un medio de prueba (confesión). En nuestro caso concreto, la declaración de parte de la manera en que está regulada en la LTF parece también caer en esta categoría, puesto que al solo proceder la declaración solicitada por la contraria los efectos que produce el interrogatorio se buscarán que sean desfavorables para el declarante.

3.3 Aplicación de un estándar

⁶⁸ MARÍN VERDUGO, F. Declaración de la parte como medio de prueba. *Revista Ius et Praxis* [en línea]. 2010, 16 (1). pp. 132-133 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v16n1/art06.pdf>

⁶⁹ COUTURE ETCHEVERRY, E., op. cit., p.270

⁷⁰ TAVOLARI OLIVEROS, R., op. cit., p. 39; MARÍN VERDUGO, F., op. cit., p.135

Nos encontramos ahora con la última etapa: la adopción de la decisión sobre los hechos probados⁷¹. Para llevarla a cabo se hace necesario aplicar un determinado estándar, entendido éste como el “umbral que permite saber si un relato puede considerarse probado dentro de un proceso”⁷².

El estándar mínimo aceptado es la probabilidad prevaleciente, mediante el cual una hipótesis se dará por acreditada cuando sea más probable que cualquiera de las demás alternativas y sea más probable que no⁷³, es decir, la famosa regla del >50%. El otro estándar conocido es el de más allá de toda duda razonable. Aquí el umbral exigido requiere un alto grado de confirmación como una garantía a los intereses en juego.

Así, el juez solo puede condenar al imputado cuando haya alcanzado la certeza de su culpabilidad y deberá dejarlo absuelto siempre que exista duda razonable de ésta a pesar de las pruebas en su contra⁷⁴.

La elección de uno u otro implica la decisión de ponderar los valores en juego y de distribuir el error⁷⁵. De esta manera, el primero de los estándares descritos aplica normalmente en el proceso civil y, el segundo, en el proceso penal en vista a que se encuentra en manos del juez la libertad del imputado y otros valores de la sociedad.

En materia de familia no existe claridad respecto a cuál estándar aplicar⁷⁶. En primer lugar, debido a la diferencia en la materia y bienes jurídicos en juego con los otros dos procesos: una causa de alimentos o un cuidado personal no se comparan con un juicio de arrendamiento o con desvirtuar la presunción de inocencia. Y, en segundo lugar, porque la propia LTF le otorga una pluralidad de materias para las cuales es competente el juez de familia, las que entre sí pueden ser diversas. En un cuidado personal lo que está en juego es la vida, bienestar y desarrollo de un NNA, en cambio, en un juicio sobre separación judicial de bienes es el patrimonio de los cónyuges lo que se discute.

Al respecto lo único claro es que el estándar de más allá de toda duda razonable quedaría reservado para el proceso penal⁷⁷. Sin embargo, reconociendo que existen bienes jurídicos distintos entre el proceso civil y el de familia, cobra relevancia un estándar intermedio denominado en el derecho

⁷¹ FERRER BELTRÁN, J. La valoración racional de la prueba., op. cit., p.47

⁷² LARROUCAU TORRES, J. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*. [en línea]. 2012, 39 (3) p. 783 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v39n3/art08.pdf>

⁷³ GASCÓN ABELLÁN, M. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. [en línea]. 2005, N°28, p. 130 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020] Disponible en: <https://www.biblioteca.org.ar/libros/200535.pdf>

⁷⁴ TARUFFO, M. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. [en línea]. 2005, XXXVIII (114) p. 1306 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020] Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v38n114/v38n114a13.pdf>

⁷⁵ BAYÓN MOHÍNO, J., op. cit., p.12

⁷⁶ EZURMENDIA ÁLVAREZ, J., op. cit., p.112

⁷⁷ CHOO citado en: FUENTES MAUREIRA, C. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. En: *Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?* Editado por LETURIA, F. Santiago, Chile. Ediciones LyD, 2011. p. 191

Así también Ezurmendia pudo constatarlo a través del estudio jurisprudencial. Los tribunales entenderían que el estándar de más allá de toda duda razonable quedaría reservado al proceso penal y que la probabilidad prevaleciente sería el aplicable en materias de familia. EZURMENDIA ÁLVAREZ, J., op. cit., p. 112

comparado como *clear and convincing evidence*, mediante el cual, una hipótesis queda acreditada si es altamente probable o mucho más probable que haya ocurrido a que no, representado en términos matemáticos y probabilísticos como el 75%⁷⁸.

Teniendo en consideración lo anterior, una propuesta –y a la cual adhiero- ha sido aplicar un estándar dependiendo de la materia en específico y no establecerlo de manera general para el proceso de familia. Así, si la causa recae sobre bienes jurídicos patrimoniales –como es el caso de asuntos relativos al régimen patrimonial de los cónyuges-, esto sería asimilable a las causas civiles y, por consiguiente, aplicable la probabilidad prevaleciente. En cambio, si en la causa están envuelto temas de orden público –como el estado civil o la filiación-, sería aplicable un estándar intermedio como el mencionado *clear and convincing evidence*⁷⁹

Para cerrar, cabe mencionar que en esta etapa de la actividad probatoria no hay mucho que relacionar con un medio de prueba como la declaración de partes, puesto que, como se intentó plasmar, el foco recae sobre la determinación de qué estándar probatorio aplicar.

⁷⁸ FUENTES MAUREIRA, C. Consideraciones en torno a la idea de estándar de convicción en el proceso civil., op. cit. p. 192

⁷⁹ EZURMENDIA ÁLVAREZ, J., op. cit., pp.112.113

II. LA DECLARACIÓN DE PARTE EN EL PROCESO

Cuando hablamos de prueba declarativa ésta se suele asociar al concepto de testimonio y éste al de prueba testimonial, excluyendo otros medios de prueba que no encuadran en el concepto tradicional de testimonio, entendiéndose por éste una narración oral emanada de un tercero⁸⁰.

Frente a esta visión han surgido algunas propuestas⁸¹ para entender el testimonio como un medio de prueba más amplio que incorpora no solo a terceros, sino que también a las partes. De esta manera, cobra relevancia la declaración de parte como un medio de prueba declarativo que podemos considerar dentro de un concepto amplio de testimonio⁸².

Partiendo del presupuesto que la declaración de parte es igualmente un testimonio⁸³, una manera tradicional de recepcionarlo en el proceso ha sido mediante la confesión, medio de prueba declarativo propio de los sistemas de escrituración y que ha sido objeto de diversas críticas⁸⁴. En consideración a ellas ha ganado notabilidad el medio de prueba declaración de parte como una propuesta para materializar en el proceso el conocimiento que tienen las partes acerca de los hechos aseverados por ellas, el cual ha sido incorporado en la judicatura de familia y en la aún esperada Reforma Procesal Civil.

En los siguientes apartados se pretenden mostrar las distintas visiones acerca del testimonio – desde el estudio del proceso civil- la recepción tradicional del testimonio de la parte a través de la prueba confesional y las críticas realizadas a este medio de prueba. Además, nos detendremos en las nuevas concepciones acerca del testimonio y cómo es posible que éstas abarquen a la declaración de parte, culminando el apartado con referencias a derecho comparado.

⁸⁰ DEVIS ECHANDÍA, H. Del testimonio de terceros. En su: *Compendio de la prueba judicial anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso*. Tomo II, S.L, Rubinzal -Culzoni Editores, 2007 p. 14.

⁸¹ Véase: GONZÁLEZ COULON, M. Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto. *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 2019, 46 (3). pp. 791-819 [fecha de consulta: 02 de octubre 2020]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v46n3/0718-3437-rchilder-46-03-791.pdf>

VÁSQUEZ ROJAS, C. La prueba, el testimonio y la prueba pericial. Del género a la especie. En su: *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid, España. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015. pp. 25-80.

⁸² GONZÁLEZ COULON, M. Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto, op. cit., p. 799

⁸³ Como se verá en uno de los siguientes apartados, Devis Echandía ya distinguía que la palabra testimonio tenía una acepción amplia que podía considerar la que proviene de las partes. Véase: DEVIS ECHANDÍA, H. Declaración de parte y prueba de confesión. En su: *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalia editor, 1981, p. 562.;

Por su parte, las siguientes autoras al proponer un nuevo concepto de testimonio, reflexionan acerca de que este podría considerar a los otros medios de prueba declarativos o bien, exponen las similitudes que existen entre estos medios de prueba. Véase:

GONZÁLEZ COULON, M. Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto., op. cit., p. 803.; VÁSQUEZ ROJAS, C. op. cit. pp. 50-52.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. La valoración judicial de las pruebas declarativas. *Jueces para la Democracia*. [en línea]. 2009, (64). pp. 95-116 [fecha de consulta: 2 de octubre 2020]. Disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2016/valorpruebapresencial/modulo/M%C3%B3dulo%20VI%20Mercedes%20Fern%C3%A1ndez%20López%20de%20pruebas%20declarativas.pdf>

⁸⁴ PALOMO VÉLEZ, D. La fase de prueba. En: BORDALÍ SALAMANCA, A., CORTEZ MATCOVIH, G. y PALOMO VÉLEZ, D. *Proceso civil: el juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*. [en línea] Segunda edición. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters, 2014. pp. 367-369. [Fecha de consulta: 2 de octubre 2020] Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/2178>

1. Concepciones acerca del testimonio

1.1 Concepción tradicional del testimonio y la prueba testimonial

Dentro de las clasificaciones tradicionales de los medios de prueba una de las más relevantes es aquella que se refiere a las pruebas orales o declarativas, las que “consisten en declaraciones orales hechas -en general, aunque no necesariamente, en respuesta a preguntas formuladas en el curso de un interrogatorio *ad hoc*- por una persona que supuestamente sabe algo que puede ser útil para establecer la verdad de los hechos en disputa”⁸⁵.

La clasificación anterior mira a la persona de quien emana la declaración –la fuente-, ya sea el perito, testigo o parte, para otorgarle características específicas al medio de prueba⁸⁶.

En lo que respecta a la prueba declarativa que tiene como fuente a las propias partes, TARUFFO comienza reconociendo que ellas son quienes tienen el mejor conocimiento sobre los hechos del litigio, pero que a la vez también tendrían interés para manipular y ocultar la verdad. En efecto, por largos años se optó por excluirlas de ser interrogadas como testigos, escogiéndose la vía de recepcionarlas como fuentes de pruebas a través de otros medios y desarrollándose otras maneras de interrogarlas aunque, en palabras del autor, no podría considerarse su declaración un testimonio en sentido estricto⁸⁷.

Si recurrimos a la etimología de la palabra testimonio veremos que proviene del latín *testimonium*⁸⁸ que significa “resultado de testificar”, componiéndose de la palabra *testis* que significa “testigo” y *monio* que significa “calidad de”⁸⁹, por lo tanto, es común asociar el concepto de testimonio con el de testigo solo por su vocablo. Situación que se ha hecho extensiva al ámbito procesal, pues este concepto se ha reservado únicamente para la declaración de terceros⁹⁰.

DEVIS ECHANDÍA al hablar de la prueba testimonial reconoce que el testimonio tiene dos acepciones y una de ellas tiene un sentido restringido que de manera estrictamente jurídica se limita a la declaración de terceros⁹¹.

⁸⁵ TARUFFO, M. La prueba., op. cit., p. 62.

⁸⁶ Ibid, pp. 62-75

⁸⁷ Ibid, p. 67

⁸⁸ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Definición de testimonio*. [en línea] Disponible en: <https://dle.rae.es/testimonio> [fecha de consulta: 22 de septiembre 2020]

⁸⁹ DICCIONARIO ETIMOLÓGICO CASTELLANO EN LÍNEA. *Testimonio*. [en línea] Disponible en: [http://etimologias.dechile.net/?testimonio#:~:text=La%20palabra%20%22testimonio%22%20viene%20del%20testamento%2C%20testigo%20y%20tambi%C3%A9n%20matrimonio](http://etimologias.dechile.net/?testimonio#:~:text=La%20palabra%20%22testimonio%22%20viene%20del%20testamento%2C%20testigo%20y%20tambi%C3%A9n%20matrimonio.). [fecha de consulta: 22 de septiembre 2020]; AGUILLÓN, G. De la psicología del testimonio a la verdad...No toda. En: *Psico Network Comunidad*. 2020. [en línea] Disponible en: [https://psiconetwork.com/de-la-psicologia-del-testimonio-a-la-verdad-no-toda/#:~:text=Dentro%20de%20la%20b%C3%BAsqueda%20de,que%20significa%3A%20calidad%2Dde](https://psiconetwork.com/de-la-psicologia-del-testimonio-a-la-verdad-no-toda/#:~:text=Dentro%20de%20la%20b%C3%BAsqueda%20de,que%20significa%3A%20calidad%2Dde.). [fecha de consulta: 22 de septiembre 2020]

⁹⁰ CARNELUTTI, F. Estructura de la prueba. *En su: La prueba civil*. Traducción de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. 2da edición. Buenos Aire, Ediciones Depalma, 1982. p. 121

⁹¹ DEVIS ECHANDÍA, H. *Compendio de la prueba judicial anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso*., op. cit., p.7.

Esta idea de la concepción restringida que aplicaría en el ámbito jurídico se reafirma al enumerar los requisitos del testimonio, entre los cuales hallamos que debe ser una declaración de terceros, a menos que se tome en el sentido genérico que incluye el testimonio de parte. Entonces, estrictamente hablando la narración que será considerada como prueba es un acto de quien no es parte –desde el punto de vista procesal⁹². Por lo tanto, si bien se reconoce la existencia de estas dos acepciones, la idea jurídicamente predominante es comprender el testimonio como una declaración proveniente de un tercero. El efecto que esto produce es que su estudio centre una de sus aristas en la prueba testimonial⁹³, olvidando los demás medios de prueba declarativos.

Al abrir nuestros manuales comunes de derecho procesal veremos que la prueba testimonial se define como una declaración de personas extrañas al juicio, que reúnen condiciones exigidas por la ley, y que testifican en la forma que ella establece sobre los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos⁹⁴.

Por lo tanto, a partir de la etimología de la palabra y cómo los autores definen a la prueba testimonial, es que queda en evidencia lo identificado por GONZÁLEZ como el problema de la concepción tradicional del testimonio al centrar su estudio en la persona que lo ofrece sin hacer distinción entre quien testifica y el contenido de su declaración⁹⁵. Es decir, únicamente podría testificar un tercero extraño al juicio, sin dar lugar a que la declaración que realizan las mismas partes también podría ser un testimonio y, por tanto, testificar en su propio juicio.

Considerar que únicamente pueden testificar los terceros extraños sobre lo que ellos han percibido por sus sentidos, basando la exclusión de las partes como testigos en la desconfianza hacia su testimonio en razón a su interés y al miedo a que ellos manipulen, distorsionen y oculten la verdad⁹⁶, ignora lo común que puede tener la declaración de las partes con la de un testigo. Es más, incluso se podría considerar que las partes también pueden ser testigos, dejando de lado la idea de que solo tienen tal calidad los terceros extraños al juicio.

El apartado siguiente tiene por objeto mostrar las propuestas de la doctrina sobre una nueva concepción del testimonio que no solo incluya a los terceros extraños al juicio.

1.2 Una nueva concepción de testimonio

⁹² Ibid, p. 33

⁹³ GONZÁLEZ COULON, M. Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto, op. cit., p.791

⁹⁴ CASARINO VITERBO, M., MONTERO LÓPEZ, R. y MATURANA MIQUEL, C. La prueba testimonial. En: Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. [en línea] Sexta edición, Tomo IV. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005. p.73 [Fecha de consulta: 2 de octubre 2020] Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/3888>

⁹⁵ GONZÁLEZ COULON, M. Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto, op. cit., p.793

⁹⁶ TARUFFO, M. La prueba, op. cit., p.67

En la labor de identificar el problema de una concepción cerrada del testimonio nacen algunas propuestas a propósito del estudio de la prueba testimonial propiamente tal⁹⁷ y la prueba pericial⁹⁸. Al surgir estas ideas para dar lugar a una nueva concepción, podríamos ver que también podrían englobar y ser aplicable a aquella declaración que tiene como fuente las partes y, por ende, considerarse su declaración igualmente un testimonio.

A pesar que estas propuestas son parte de la doctrina más reciente, si miramos a algunos autores clásicos de los años ochenta es posible encontrar una acepción amplia de testimonio y como resultado de la unión de estas ideas podríamos decir que es una narración oral representativa de un hecho pasado⁹⁹. Sin embargo, este concepto no permite incorporar todas las pruebas orales, dejando de lado la emanada de peritos, medio de prueba que se produce en virtud de la agregación al juicio de un dictamen u opinión sobre hechos controvertidos, cuya apreciación requiere conocimientos especiales de una ciencia o arte; el informe de peritos o peritaje¹⁰⁰.

En la prueba pericial la configuración de la primera parte de la definición de testimonio dependerá del tipo de procedimiento y los principios que lo rijan, variando en uno u otro la forma en que se agregará el informe a la causa. De esta manera, en nuestro tradicional sistema civil escrito, el perito designado emitirá su informe sin tener que declarar en una audiencia posterior sobre su dictamen¹⁰¹. En cambio, por ejemplo, en la judicatura de familia el medio de prueba no es el informe físico, sino que, por regla general, es la declaración que el perito hace sobre el contenido de su dictamen en la audiencia de juicio¹⁰². A pesar de esto, igualmente se le trata en la clasificación de las pruebas orales.

El segundo presupuesto relativo a constatar únicamente hechos pasados no se cumple, pues la función del perito es emitir un juicio en su calidad de experto¹⁰³ que puede recaer sobre una situación presente. Por ejemplo, en una causa sobre cuidado personal, es común que las partes ofrezcan prueba pericial enfocada a las habilidades parentales de los padres. En ese caso, su apreciación será sobre un estado actual: si el padre o madre posee o no tales capacidades en el tiempo presente.

Podría pensarse que por el hecho de provenir la opinión desde un experto ésta goza de un estatus mayor a los demás medios de prueba, sobre todo dentro de las mismas de carácter oral. Sin embargo,

⁹⁷ GONZÁLEZ COULON, M. Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto, op. cit., pp.791-819

⁹⁸ VÁSQUEZ ROJAS, C. op. cit., pp. 44-58

⁹⁹ DEVIS ECHANDÍA, H. Teoría general de la prueba judicial., op. cit., p. 562.; CARNELUTTI, F., op. cit., p.121

¹⁰⁰ CASARINO VITERBO, M., MONTERO LÓPEZ, R. y MATURANA MIQUEL, C. op. cit., p. 111

¹⁰¹ AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, M. Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. [en línea]. 2012, 19 (1) p.346 [fecha de consulta: 21 de noviembre 2020] Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000100010#n35

¹⁰² GARRIDO CHACANA, C. Del procedimiento ordinario. *En: Litigación en juicio ordinario de familia*. [en línea] 1era edición, Santiago, Chile. Editorial Metropolitana, 2016, pp. 412-413 [Fecha de consulta: 21 de noviembre 2020] Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl/uchile.idm.oclc.org/index.php/sisib/catalog/book/3865>

Existen algunas excepciones: informes periciales de instituciones públicas y, de acuerdo con el artículo 49, el juez con acuerdo de las partes, eximen al perito de su obligación de concurrir, admitiendo en dicho caso como prueba el informe pericial.

¹⁰³ AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, M., op. cit., p.336

igualmente ha sido objeto de dudas y desconfianza derivadas principalmente de la ausencia de intermediación entre el juez y el hecho que estudia el perito, pues el primero debe conformarse con adquirir la información por medio del tercero, un humano sujeto a sesgos e interpretaciones propias¹⁰⁴. Caer en este pensamiento ignora el valor que se le debe otorgar a este medio de prueba por el solo hecho de ser una fuente de conocimiento para su audiencia y al ser tal constituye un testimonio que tiene valor intrínseco¹⁰⁵.

Que exista una expresión de información, creencias o conocimientos mediante un acto de comunicación; que entre lo dicho por el emisor y lo recibido por el receptor exista una conexión razonable y que la información adquirida sea producto del acto, son los elementos esenciales para estar en presencia de un testimonio¹⁰⁶.

Lo anterior es posible resumirlo en un nuevo concepto: “un acto de comunicación en que el hablante traspasa o expresa conocimientos, información o creencias mediante dicho acto”¹⁰⁷. Lo central de éste es que nos permite separar entre quién ofrece el testimonio y el contenido de su actividad¹⁰⁸ y la importancia de ello es que nos da paso para comprender que el recelo que se le tiene no se justifica, pues no podemos privarnos de adquirir el conocimiento que nos puede entregar una persona por el solo hecho de quedarnos pegada en ella.

La desconfianza de la que se habla no está presente únicamente en el perito, sino que también en los testigos y partes. Los tres comparten ser medios de prueba declarativos que entregan un relato verbalmente y que son fuente de conocimiento. Por lo tanto, la idea de un nuevo concepto de testimonio beneficia a los tres y se les puede aplicar la distinción señalada¹⁰⁹. Respecto a esto nos corresponde, entonces, preguntarnos si la declaración ofrecida por las partes es un testimonio y, en el caso de respuesta afirmativa, ver de qué manera aplica la separación entre quien declara y su contenido.

2. La declaración de parte como un testimonio

Tomando en consideración los elementos esenciales del testimonio como acto comunicativo, lo transmitido (declarado) por las partes sí reviste tal calidad¹¹⁰. Es imposible negar que las partes pueden

¹⁰⁴ VÁSQUEZ ROJAS, C. *op. cit.*, p. 44

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 50

¹⁰⁷ GONZÁLEZ COULON, M. *Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto*, *op. cit.*, p. 799

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 799 y ss. (siguientes)

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 803.

¹¹⁰ La discusión respecto a qué se entiende por acto de habla o comunicación es materia propia del estudio de la filosofía del lenguaje, lo que excede el ámbito de esta tesis. Sin perjuicio de lo anterior, se hace presente que los actos comunicativos abarcan no solo los actos de habla, entendido esto último como la existencia de un mensaje que contiene tres actos simultáneos: locucionario, ilocucionario y perlocutivo; sino que también incluye cualquier otro signo de comunicación, como el lenguaje del cuerpo, entonación y gestos. Para ahondar al respecto véase:

transmitir información al haber sido partícipe de los hechos que en la realidad ocurrieron y más que información es un conocimiento para el juez que él deberá absorber para tomar la decisión final¹¹¹. Luego, respecto a los sujetos que componen este acto comunicativo, es claro que estamos en presencia de un hablante en el caso de la parte que declare y de una audiencia: el juez.

La sospecha hacia el perito y los testigos también está presente en las partes e incluso con mayor magnitud¹¹², pues, al menos a los dos primeros se les permite declarar, suerte que no siempre corren las partes. Las tres comparten que son objeto de sospechas por problemas asociados a comunicación no verbal, deficiencia en la percepción y otros factores que influyen en la memoria (como estar muy nervioso)¹¹³.

La desconfianza hacia el testimonio es transversal a todos los medios de prueba declarativos y una manera de dejarlo en el pasado es por medio de la separación entre la persona y el contenido de su declaración¹¹⁴.

En el caso de la prueba pericial es manifiesto que el conocimiento que ésta transfiere a su audiencia no puede entregarlo más que el perito, dado que es un experto en lo que se le solicita. En cuanto a la declaración otorgada por las partes mismas, ya han dicho varios autores que es evidente que nadie está en una mejor posición que éstas para transmitir el conocimiento de los hechos que realmente sucedieron¹¹⁵.

En el caso del POF, en estas materias donde se discute temas tan delicados y a veces cerrados como es lo que sucede dentro de un entorno familiar, podría no existir mejor persona que una madre o padre para dar su testimonio acerca de los gastos que tiene su hijo o hija, o en una causa de divorcio culposo la esposa que ha sido víctima de los hechos que hayan dado lugar a la causal. En ambos casos, sin caer en la repetición de lo que su abogado diga en la demanda dado que lo expuesto en los escritos de discusión no constituyen fielmente el testimonio de la partes, siendo necesario usar a las partes como una fuente de información¹¹⁶.

- SOLER, M. y FLECHA, R. De los actos de habla de Austin a los actos comunicativos. Perspectivas desde Searle, Habermas y CREA. *Revista Signos* [en línea]. 2010, 43 (2) pp. 363-375 [fecha de consulta: 24 de septiembre 2020]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/signos/v43s2/a07.pdf> ; y

- XIN, Y. Las teorías de los actos de habla. Trabajo de Fin de Máster. Oviedo, Universidad de Oviedo, Centro Internacional de Postgrado. 2016 [en línea] Disponible en: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/42654/6/TFM_Yin%20Xin.pdf [fecha de consulta: 24 de septiembre 2020]

¹¹¹ GONZÁLEZ COULON, M. Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto, op cit. p.798

¹¹² Fernández dice que la sospecha se centraría principalmente en la víctima y el coimputado en el proceso penal y que en cierta medida la prueba testimonial gozaría de mayor credibilidad. Al respecto, señala que la desconfianza es transversal a todas las pruebas declarativas, aunque sea más clara en una que en otras. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., op. cit., p.10

¹¹³ Ibid, pp.14-16

¹¹⁴ GONZÁLEZ COULON, M. Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto, op cit. p.799 y ss.

¹¹⁵ Véase: TARUFFO, M. La prueba, op. cit., p. 67; CAPPELLETTI, M. Citado en: PALOMO VÉLEZ, D. *et al.* op. cit. p. 350; GARCÍA ODGERS, R. El testimonio de las partes en juicio propio. Análisis histórico comparativo a partir de las experiencias de Inglaterra y Austria. *Revista Ius et Praxis* [en línea]. 2012, 18 (1). p.148 [fecha de consulta: 25 de septiembre 2020]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art06.pdf>

¹¹⁶ PALOMO VÉLEZ, D. *et al.* op. cit. p. 351.

En el POF si bien se admite la declaración de partes, esto es únicamente en el caso que la contraria lo solicite, pues se sigue aplicando un criterio de sospecha basado en su persona. En cambio, si aplicáramos la distinción entre agente y producto entenderíamos que ella indiscutiblemente tiene mejores conocimientos sobre los hechos del caso y, por lo tanto, ser una fuente de conocimiento para el juez. Es a partir de esta idea que planteo mi crítica hacia la legislación procesal de familia, la que opta por no mencionar la posibilidad de que ellas puedan entregar su testimonio voluntariamente, omitiendo su procedencia como medio de prueba dentro de su articulado. Más bien, mantiene la lógica del proceso civil acercando su regulación al medio de prueba confesión. Por este motivo el siguiente apartado tiene por objeto comparar ambos medios de prueba.

3. Declaración de parte y confesión: Una relación de género a especie

En la clasificación de los medios de prueba expuesta en el punto anterior se reconoce como una fuente de prueba a las partes y se hace presente la desconfianza basada en el interés que éstas tienen, excluyéndola como testigos de su propia causa, optando por recepcionar su testimonio a través de otros medios de prueba¹¹⁷.

Es debido a las distintas maneras de recoger el testimonio de las partes, que este apartado tiene por objeto evidenciar las diferencias y la relación que existe entre la declaración de parte y la prueba confesional. Respecto a esto último, si bien en ambas la fuente es la misma –una de las partes- es necesario distinguirlos, partiendo porque la declaración constituye el género y la confesión la especie¹¹⁸.

Tomando esta distinción, lo lógico sería comenzar con la exposición acerca de la declaración de parte al constituir el género. Sin embargo, dado que la prueba confesional es el medio de prueba que actualmente se consagra en el proceso civil y el que más tiempo ha estado presente en nuestra cultura procesal, se iniciará con éste.

3.1 La confesión

Nuestro CPC optó por seguir el modelo de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil Española (En adelante “LEC”) de 1855, por lo tanto, ambos procedimientos mantuvieron los mismos principios de escrituración, mediación y sistema de valoración de la prueba legal o tasada, herencia de Las Partidas¹¹⁹.

¹¹⁷ Véase: Apartado 1.1 “Concepción tradicional de testimonio” citando a TARUFFO, M. op. cit., p. 67

¹¹⁸ DEVIS ECHANDÍA, H. Teoría general de la prueba judicial. op. cit., p. 579.

¹¹⁹ NÚÑEZ OJEDA, R. Crónica sobre la Reforma del Sistema Procesal Civil Chileno (fundamento, historia y principios). *Revista de Estudios de la Justicia*. [en línea]. 2005, (6). p. 176 [fecha de consulta: 2 de octubre 2020] Disponible en: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15072/15490>

Este sistema de valoración fue la opción del legislador frente a la imposibilidad del juez para entrar en contacto directo con la declaración de testigos, estableciendo en la ley la valoración a priori y el mecanismo a través del cual se producían los medios de prueba¹²⁰.

En el caso de las partes, tanto en la LEC de 1855 como la de 1881¹²¹ -antecesora de la actual-, y en nuestro actual CPC, se optó por recibir su declaración directa por medio de la prueba confesional.

En el caso de la antigua ley española de 1855 el artículo 279 disponía que:

“Los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios, son: 1.º Documentos públicos y solemnes. 2.º Documentos privados. 3.º Correspondencia. **4.º Confesion en juicio.** 5.º Juicio de peritos. 6.º Reconocimiento judicial. 7.º Testigos. (El énfasis es propio).

Luego, su sucesora mantuvo la misma lógica y consagró como un medio de prueba a la confesión en juicio en el numeral 1 del artículo 578.

Por su parte, el CPC en el artículo 341 señala que:

“Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; **Confesión de parte;** Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones”. (El énfasis es propio)

De la lectura de los artículos citados queda claro que se utiliza a las partes como fuente de prueba a través de la confesión.

La doctrina nacional ha definido éste medio de prueba como “la que se produce en virtud de confesión de parte. Se entiende por tal aquel medio probatorio consistente en el reconocimiento que una persona hace de la verdad de un hecho, susceptible de producir consecuencias en su contra”¹²². Por lo tanto, es un elemento de la esencia de la confesión producir un efecto desfavorable para quien declara.

En el proceso civil, las características principales de la confesión regulada por el legislador es que tiene el carácter de judicial¹²³ y provocada. Es decir, aquella prestada dentro del juicio y solicitada por la contraria acompañando en su oportunidad en un sobre cerrado el pliego de posiciones que deberá absolver la parte citada.

En cuanto al procedimiento para tomar la declaración del absolvente, el juez –en la práctica el receptor judicial-, debe proceder a tomarle el juramento. Luego realiza la lectura de las posiciones al

¹²⁰ MARÍN VERDUGO, F., op. cit., pp. 132-139

¹²¹ Para ver la reglamentación específica de la confesión en juicio en las antiguas LEC véase art. 292 a 302 (LEC, 1855); art. 579 a 595. (LEC, 1881):

- ESPAÑA, Ministerio de Gracia y Justicia. 1855. Ley de enjuiciamiento civil. 1 de enero de 1856.

- ESPAÑA, Ministerio de Gracia y Justicia. 1881. Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. 3 de febrero de 1881.

¹²² CASARINO VITERBO, M., MONTERO LÓPEZ, R. y MATURANA MIQUEL, C. op. cit., p. 89

¹²³ Ver Artículos 385 y ss. (siguientes) Código de Procedimiento Civil. De manera excepcional el código regula en el artículo 398 la confesión otorgada extrajudicialmente constituyendo presunción. Para más información respecto a la clasificación de la confesión véase: PALOMO VÉLEZ, D. *et al.* op. cit., p. 353; CASARINO VITERBO, M., MONTERO LÓPEZ, R. y MATURANA MIQUEL, C. op. cit., pp. 91-92

absolvente con el fin de que éste reconozca o niegue las preguntas del pliego. Si del pliego acompañado la parte citada reconoce algunas de las aseveraciones ahí plasmada, se produce la confesión al admitir un hecho desfavorable.

Lo que importa retener sobre la confesión judicial para efectos de esta tesis son tres puntos principales: 1) que sea provocada, 2) limitarse a responder el pliego, sin posibilidad de producirse un relato libre guiado por el juez; y 3) que solo se tome en consideración para efectos probatorios cuando se produzca un efecto desfavorable para el absolvente.

El motivo por cual se acepta la confesión, a pesar de que por regla general no se admite el testimonio de las partes por la desconfianza que se le tiene al tener interés en el resultado del juicio, se debería a una máxima del sentido común consistente en que una persona no reconocería un hecho que le sea desfavorable a menos que sea verdad¹²⁴.

Este medio de prueba tan rígido y propio de un sistema arcaico basado en los principios de escrituración, mediación y sistema de prueba legal o tasado, ha sido objeto de críticas tildándolo de una reliquia del pasado que únicamente existiría por la inercia de los legisladores¹²⁵. En el caso chileno, también se la ha criticado por su centralismo en la autoinculpación del absolvente, medio de prueba que no cumpliría con las expectativas de quien busca provocar la confesión, salvo que opere el apercibimiento del artículo 394 del CPC. A esto se suma la crítica del carácter escrito –por medio del pliego- de este medio de prueba y la ausencia de contacto entre el juez y la parte que declara¹²⁶.

Al identificar por la doctrina las falencias que presenta el medio de prueba confesional, la opción ha sido recibir el testimonio de las partes a través del medio de prueba declaración de partes, camino que ha seguido el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil¹²⁷.

3.2 La declaración de parte como medio de prueba

Como se indicó en el apartado donde se expuso sobre una nueva concepción de testimonio, se dijo que ya en DEVIS ECHANDIA era posible distinguir el alcance amplio del concepto de testimonio.

Hablando desde un punto de vista estrictamente jurídico y tradicional un testimonio sería una narración oral emanada de un tercero¹²⁸. Sin embargo, siguiendo la línea de lo planteado en esta tesis en

¹²⁴ TARUFFO, M. La prueba, op. cit., p. 73

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ PALOMO VÉLEZ, D. *et al.* op. cit., pp. 366-369

¹²⁷ Véase: Libro Segundo, Capítulo 5º “De la audiencia de juicio”, Párrafo 6º “Declaración de partes”: Artículos 331 a 333. CHILE, Ministerio de Justicia. 2012. Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil. 12 de marzo de 2012.

¹²⁸ DEVIS ECHANDÍA, H. Del testimonio de terceros. *En su: Compendio de la prueba judicial anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso*. Tomo II, S.L, Rubinzal -Culzoni Editores, 2007 p. 14.

cuanto a que la declaración de parte es igualmente un testimonio, definiremos al medio de prueba declaración de parte como una narración oral que realiza una de las partes ante el juez¹²⁹.

El autor ya citado realiza una serie de clasificaciones¹³⁰ para la declaración de parte, pero para efectos de considerarlo como un medio de prueba que reemplace la confesión judicial, tomaremos en cuenta aquella declaración de carácter:

- a) Procesal: Ocurre dentro del proceso para fines relacionados a él.
- b) Oral.
- c) Por iniciativa propia o por interrogatorio (son precisamente estos dos tipos de declaración las que serán objeto de análisis en el capítulo III).
- d) Formal e informales de partes: Dependiendo si se realizan con sujeción a requisitos especiales exigidos por la ley.
- e) Con fines probatorios, fines constitutivos, informativos o aclaratorios: Para considerarlo como una opción frente a la prueba confesional, la declaración deberá tener fines probatorios. Sin perjuicio de igualmente tener fines aclaratorios para el juez cuando éste lo solicite.
- f) Mediante interrogatorio libre o informal o por interrogatorio regulado o formal del juez o adversario.

Es necesario tener presente lo dicho respecto a que la declaración de parte constituye el género y la confesión la especie. Por esta razón, es posible que algunas características coincidan, por ejemplo, que se realice mediante interrogatorio regulado o formal del juez o adversario como ocurre en el caso de la absolución de posiciones. Esto, sin perjuicio de que cada legislación deberá optar por aquella que se ajuste más a los principios que rijan el procedimiento respectivo. En efecto, aquella declaración que se condice más con un sistema oral con inmediatez es la llevada a cabo por interrogatorio libre del juez o las partes.

4. La declaración de parte en el *Civil Law*

En el caso chileno la proposición respecto a la recepción de la declaración de parte como un medio de prueba –en materia civil- es relativamente nueva¹³¹, dado que se discute a propósito del

¹²⁹ DEVIS ECHANDÍA, H. Teoría general de la prueba judicial. p. 562.

¹³⁰ *Ibid*, pp. 563-566.

¹³¹ Sin perjuicio que, como ya se ha anunciado, se haya incorporado en la LTF.

Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil. Sin embargo, en el sistema del *common law*, admitir a las partes como testigos no es algo nuevo e incluso en el *civil law* tampoco lo es¹³².

En el caso de los países del *civil law*, Austria desde el siglo XIX admitía la declaración o interrogatorio de las partes¹³³. El hito importante en esta materia lo marca la creación del Código Procesal Civil austriaco de 1895 redactado por KLEIN, quien introdujo la figura de la *Parteivernehmung*, consistente en la interrogación libre de las partes sin juramento como un medio de prueba separado de la testimonial. Respecto al juramento, KLEIN consideraba que era una ordalía del procedimiento medieval, por lo cual opta por eliminarlo. Esto, sin perjuicio que, en una segunda parte del interrogatorio si la interrogación sin juramento no era suficiente, el juez tenía la facultad para solicitarlo. El problema que esto presentaba es que solo se consideraba el interrogatorio de las partes como prueba subsidiaria¹³⁴.

Una legislación más cercana a la realidad chilena es la actual LEC. Ya se dijo que las antecesoras a esta ley consideraban a la confesión judicial como el medio de prueba que recibía la declaración de las partes. Esto se dejó atrás con la puesta en vigencia de la actual LEC la que consagra como medio de prueba el interrogatorio de las partes¹³⁵, definido como la declaración frente a las partes sobre hechos y circunstancias controvertidos relacionados con el objeto del juicio, aplicándole al resultado reglas especiales de valoración en vista a la relación directa de la parte con las pretensiones deducidas¹³⁶.

De la definición queda en evidencia la diferencia con la confesión, dado que no se señala que únicamente la declaración tendrá efectos desfavorables para la parte que declara, sino más bien reconoce un contenido amplio de la declaración.

En cuanto a su regulación dentro de la LEC, ésta al señalar de manera general los medios de prueba de los cuales se podrán hacer valer las partes, el artículo 299 lo indica como el primer medio de prueba dentro de la lista y acto seguido, en el artículo 300, señala que será el primer medio de prueba en practicarse.

Según FIDALGO¹³⁷, que el interrogatorio de las partes ocupe el primer lugar, demuestra el interés que tiene el legislador por el testimonio de las partes y la posición crucial que le otorga, quedando

¹³² Al respecto, Taruffo señala que durante el siglo XIX se derogaron varias reglas que no permitían a las partes declarar como testigos, mencionando a Inglaterra como un país que derogó dichas leyes en un proceso legislativo entre 1846 y 1869. Para indagar más sobre el proceso de Inglaterra en esta materia véase: GARCÍA ODGERS, R op. cit., pp. 160-174 También hace referencia a Estados Unidos, país que habría partido con la reforma en esta materia en 1849. El resultado actual de este proceso es permitir a toda persona ser testigo, siendo las partes interrogadas de acuerdo a las reglas del interrogatorio de testigo.

¹³³ GARCÍA ODGERS, R. op. cit., pp. 175-180

¹³⁴ Ibid, p. 177

¹³⁵ Artículos 301 a 316 (LEC, 2000)

¹³⁶ FIDALGO GALLARDO, C. Interrogatorio de las partes. En: ROMERO, M., y GONZÁLEZ M., (Eds). La prueba Tomo I la Prueba en el Proceso Civil. [en línea] Tomo I. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, p. 212. [Fecha de consulta: 2 de octubre 2020] Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788491438779>

¹³⁷ Ibid.

subordinada la práctica de los demás medios de prueba a la información que el interrogatorio le entregue al juez.

A pesar de esta innovación de la LEC actual, MARÍN le critica la falta de regulación respecto a la declaración voluntaria y la situación que, en el caso de haber una confesión sobre hechos que le sean enteramente perjudicial, el juez deberá considerarlos como ciertos, manteniendo un regla de prueba legal¹³⁸ en un sistema regido principalmente por el sistema de valoración de sana crítica¹³⁹.

A nivel local, Chile no ha sido el único país interesado en dejar atrás la confesión judicial, sino más bien ha sido un interés generalizado en los países iberoamericanos¹⁴⁰.

Uno de los países que ya incorporó la declaración de parte como medio de prueba es Colombia a través del Código General del Proceso promulgado el año 2012, cuerpo normativo que actúa como regla residual respecto a los demás procedimientos y que consagraría este medio de prueba de manera independiente a la confesión judicial¹⁴¹. Sin perjuicio de su innovación, las críticas igual han estado presente, pues su regulación dejaría dudas en cuanto a la relación entre la confesión judicial y la declaración de parte, la aplicación o no del procedimiento de interrogatorio de la confesión judicial a la declaración de parte y la posibilidad de solicitar la declaración de la propia parte¹⁴². Como es posible ver son las mismas críticas que podemos realizarle a la declaración de parte en familia.

Otra regulación local interesante es la de Ecuador. El Código Orgánico General de Procesos promulgado el año 2015, considera a la prueba testimonial como el género de las pruebas declarativas, pudiendo proceder la declaración -y considerarse igualmente una prueba testimonial- ya sea de terceros o las propias partes, generando el efecto de regirse por reglas de producción de la prueba similares¹⁴³.

Comprender la relación existente entre la prueba confesional y la declaración de parte es fundamental para dar cabida a otra manera de recibir el testimonio de las partes, dejando atrás la idea de que su interés es algo negativo para el juicio y que debe eliminarse a través de reglas a priori en el proceso.

Esta comprensión es la que ha permitido que los países avancen en una regulación más íntegra que le permita al juez realizar una valoración en concreto con la mayor cantidad de información posible para así intentar acercarse a la verdad.

¹³⁸ MARÍN VERDUGO, F. op. cit., p. 146.

¹³⁹ Véase art. 295 N°4; 316 N°2; 326 N°2 inc.2; 334 N° 1; 348; 350 N°4; 376; 382 N°3; 384 N°3; y 639 N°4 (LEC, 2000).

¹⁴⁰ SANABRIA VILLAMIZAR, R., y JIMÉNEZ ESCALANTE J. La declaración de parte como medio de prueba en el derecho procesal civil iberoamericano. Aportes para su estudio en el código general del proceso colombiano. *Revista Academia & Derecho*. [en línea]. 2018, 9 (16) pp. 67-102 [fecha de consulta: 2 de octubre 2020] Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/5979/5510>

¹⁴¹ Ibid, p. 73

¹⁴² Ibid, p. 70

¹⁴³ Ibid, p. 97

III. DECLARACIÓN DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE FAMILIA

Ya abordado en el capítulo I el esquema del POF y en el II el concepto de testimonio y las diferencias entre la declaración de parte y la confesión, corresponde ahora unirlos para analizar en éste la aplicación que tiene en concreto la declaración de parte en la LTF.

Para comenzar el problema se identifica porque parte de la doctrina¹⁴⁴ consideraba que existía poca preocupación por el medio de prueba declaración de parte, a pesar de saberse el problema que su regulación actual presenta y que no se condice con un sistema oral por audiencias, con libertad de prueba y bajo un sistema de valoración por reglas de sana crítica.

Este problema que, si bien se identifica pero no se profundizaría¹⁴⁵, tendría como base la existencia de una cultura procesal que por largos años se rigió por un sistema escrito y bajo reglas de la prueba legal o tasada, admitiendo declarar a las partes únicamente a través del medio de prueba de la confesión judicial. El efecto de esto es que, una vez llegado el momento de reformar los sistemas, esta herencia ha sido difícil de abandonar tanto por los intervinientes del proceso como por el propio legislador, quien olvida incorporar el testimonio de las partes cuando estas voluntariamente lo solicitan, herramienta que en un procedimiento como el de familia cobra aún mayor relevancia lo que tengan que decir las partes respecto de las relaciones en su círculo más íntimo.

También se sostiene que el medio de prueba declaración de parte, por la manera en la que se encuentra regulado en la ley, mantiene la misma lógica del medio de prueba confesión, el que ha sido objeto de críticas. Por este motivo nacería la declaración como un medio probatorio con mayor libertad. Sin embargo, la ley al mantener el mismo esquema de la confesión produce el efecto que las partes recurran a otros medios para incorporar su testimonio sin dar lugar a un control efectivo por la parte contraria.

Finalmente, una vez clara la necesidad de incorporar la declaración de parte voluntaria se mostrará brevemente la propuesta de MARÍN para la incorporación de este medio de prueba tanto para materia laboral como familia, proponiendo él de manera muy ilustrativa cómo se llevaría en la práctica este medio de prueba. A esta se sumará un análisis de este medio de prueba en la Reforma Procesal Civil, dado su carácter supletorio dentro de nuestro sistema procesal.

1. Procedencia de la declaración de parte

¹⁴⁴ GARCÍA ODGERS, R. op. cit., pp.147-188

¹⁴⁵ Exceptuándose a Marín Verdugo, F.

La doctrina ha sido crítica al considerar que el sistema de familia para tratar la declaración de parte lo hace manteniendo el mismo esquema de la confesión judicial mediante la absolución de posiciones, debido a la manera en que regula su procedencia y aquella información que se obtiene y valora de acuerdo al sistema de la sana crítica¹⁴⁶.

La regulación actual consagra expresamente su procedencia, contenido de la declaración y admisibilidad de las preguntas, sanción por incomparecencia, negativa a declarar o cuando el declarante dé respuestas evasivas. Termina señalando las facultades que se le otorgan al juez de familia para realizar preguntas con fines aclaratorios o de adición, además de permitir que entre las partes se realicen preguntas recíprocas cuando el juez así lo autorice y no se requiera intervención de un abogado.

En cuanto a la procedencia de este medio de prueba, la ley únicamente regula aquellos casos en que la parte contraria solicita al juez la declaración de la otra sobre hechos y circunstancias de los que tenga noticia y que guarde relación con el objeto del juicio, debiendo ofrecerse en la audiencia preparatoria la declaración de parte bajo el apercibimiento del art.52. De la lectura del artículo 50 de la LTF que consagra lo señalado, es posible deducir que la regulación expresa de este medio de prueba es de aquella que reviste el carácter de declaración forzada¹⁴⁷ o confesión provocada, constituyendo la gran excepción a la libertad de prueba¹⁴⁸ consagrada en el artículo 28, pues niega la posibilidad de introducir un medio de prueba como es el relato voluntario de la parte.

Esta manera a través de la cual la ley permite que las partes declaren, nos hace recordar el medio de prueba confesión en materia civil y su mecanismo de recepción a través de la absolución de posiciones. Como se explicó en el capítulo anterior, el medio de prueba confesión ha sido el camino legendario en que se ha permitido que las partes declaren en el sistema escrito y con valoración de prueba legal o tasada. Este sistema de valoración al considerar que es evidente el interés directo de las partes en la resolución del conflicto¹⁴⁹, aplica una regla de razonamiento a priori que, como de manera muy clara lo explica MARÍN, está construida de la siguiente manera:

“Las partes tienen interés en la resolución de sus propios conflictos; los que tienen un interés quieren protegerlo; para protegerlo están dispuestos a mentir, matizar u omitir información en su defensa;

¹⁴⁶ GARCÍA ODGERS, R. op. cit., p.155

¹⁴⁷ MARÍN VERDUGO, F. op. cit., pp.125-170

¹⁴⁸ FUENTES MAUREIRA, C. La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* [en línea]. 2011, 18 (1) pp. 119-145 [fecha de consulta: 12 de julio 2020] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v18n1/art05.pdf>

Véase: Nota al pie N°17: “Sin embargo, esta libertad probatoria presenta una relevante excepción, ya que, si bien la ley no prohíbe algún medio de prueba en particular, el caso de la declaración de las partes presenta limitaciones. Es así que la ley 19.968 supone que la parte solo puede declarar a instancia de la contraria, no como un acto autónomo, operando con los mismos apercibimientos del CPC y dándole preeminencia al juez a efectos de interrogarla”.

¹⁴⁹ *Ibid*, p. 137

por lo tanto, las partes son indignas de crédito y deben ser inhabilitadas (excluidas) para declarar voluntariamente a su favor siempre y en todos los casos”¹⁵⁰.

Lo precitado deja en evidencia la desconfianza hacia las partes como personas a quienes no se les debe permitir dar a conocer su percepción sobre los hechos de manera voluntaria debido a que no podrían controlar su interés y, en consecuencia, contaminarían su testimonio¹⁵¹. Lo anterior reafirma la idea de que no separamos la persona de su declaración, quedándonos en cuestionar a la primera sin darle la opción a que pueda ser un medio de prueba y en efecto una fuente de conocimiento.

El fondo de la exclusión se debe a la existencia de sesgos a raíz de un pensamiento predominante escolástico al momento del nacimiento del sistema de valoración de la prueba legal o tasada, donde prevalecen las deducciones y verdades a priori y se desconfía de la interacción directa del juez con las partes y la prueba. Por este motivo se elige un sistema de valoración numérico o aritmético característico de los sistemas escritos¹⁵² que se rigen por principios como la mediación y la escrituración, en contraposición a los sistemas orales donde prima la inmediación y la oralidad como en el POF.

Establecido, entonces, que en el sistema de prueba legal la exclusión del testimonio de las partes de manera voluntaria se debe a su interés en la resolución del conflicto y la supuesta muy alta probabilidad de tergiversar su testimonio, este sistema opta por recibirlo a través de la confesión¹⁵³. Este medio de prueba ha sido objeto de diversas clasificaciones y una de ellas es aquella que distingue entre confesión espontánea y provocada, siendo ésta última aquella que se presta previo requerimiento del juez, a petición de parte interesada, y dentro del mecanismo llamado absolución de posiciones¹⁵⁴, definido este como “la confesión provocada en juicio mediante interrogatorio y bajo juramento a pedido de la parte contraria o por disposición del juez”¹⁵⁵.

Lo descrito es posible aplicarlo a la declaración de parte debido a la manera en que está regulada en la LTF, lo que nos podría llevar a una confusión de ambos medios de prueba por parte del legislador. En primer lugar, la confesión procede previo requerimiento del juez a solicitud de la parte interesada. Como se mencionó, la LTF regula la procedencia de la declaración en el artículo 50 señalando que cada parte podrá solicitar la declaración de las demás en la audiencia preparatoria debiendo indicar en ésta de manera precisa los hechos que se pretende acreditar mediante esta diligencia¹⁵⁶. Esto sin perjuicio que el juez también puede ordenar su rendición debido a las amplias facultades que le otorga la ley en el artículo

¹⁵⁰ Ibid, p. 138

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² CAPPELLETTI, M. La libre valoración de las pruebas. *En: El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Traducción de Santiago SENTIS MELENDO. Perú, ARA Editores, 2006. pp. 94-97.

¹⁵³ MARÍN VERDUGO, F. op. cit., pp. 137-140

¹⁵⁴ CASARINO VITERBO, M., MONTERO LÓPEZ, R. y MATURANA MIQUEL, C. op. cit., pp. 89-105

¹⁵⁵ RODRIGUEZ PAPIC, I. Prueba confesional. *En: Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*. [en línea] Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 207-208. [Fecha de consulta: 15 de julio 2020] Disponible en: <http://vlex.com/source/procedimiento-civil-juicio-ordinario-mayor-cuantia-5484>

¹⁵⁶ SILVA MONTES, R. op.cit., p. 37

29 inciso final, pudiendo él igualmente en la audiencia preparatoria ordenar la rendición de los medios de prueba que estime pertinentes y que las partes no hayan ofrecido.

En virtud de lo anterior, el primer presupuesto de la confesión provocada igualmente se cumple en la declaración de parte.

En segundo lugar, se dijo que el mecanismo utilizado para recibir la confesión en materia civil es por medio de la absolucón de posiciones, medio al que le podemos atribuir tres presupuestos:

- a) Confesión provocada en juicio: En materia de familia la declaración es solicitada en la audiencia preparatoria y se lleva a cabo en la audiencia de juicio.
- b) Mediante interrogatorio y bajo juramento. Respecto a esto el artículo 51 de la ley indica cuál podrá ser el contenido de la declaración y la admisibilidad de las preguntas, por lo tanto, también se produce mediante interrogatorio de las partes. En cuanto a otorgar la declaración bajo juramento, la ley no señala que esto deberá hacerse. Sin embargo, en la práctica los jueces sí realizan esta diligencia. Puede ser en aplicación supletoria de las normas de la prueba testimonial de la propia LTF o de la confesión del CPC, pues es el medio de prueba más cercano que conocen los decisores.
- c) Por último, el tercer presupuesto de la confesión es a pedido de la parte contraria, cuestión que ya se dijo ser la única forma de proceder para obtener el testimonio de las partes en el POF.

Por lo tanto, del análisis es posible concluir que aplica el mecanismo de absolucón de posiciones a la declaración de partes del POF. Incluso si consideramos que al no regularse el juramento éste no aplicaría y por lo tanto faltaría un elemento, creo que lo más relevante sí se cumple, tal es que la confesión sea provocada en juicio, bajo interrogatorio de las partes y a solicitud de la contraria. Además, el interrogatorio no se limita a uno de tipo formal bajo juramento, sino que también existe la posibilidad de hacerlo sin esta diligencia e igualmente conllevar a una confesión¹⁵⁷.

2. Sanción por la incomparecencia

Dicho lo anterior queda en evidencia la similitud de ambos medios de prueba, pero aún queda analizar uno de los requisitos característicos de la confesión: que los hechos sobre los cuales versa la declaración sean favorables para la contraria¹⁵⁸ y desfavorables para quien declara, verificándose esto cuando “los efectos jurídicos que de acuerdo con la ley se deducen del hecho sean opuestos a los que

¹⁵⁷ DEVIS ECHANDÍA, H. Teoría general de la prueba judicial. p. 573.

¹⁵⁸ Ibid, p.582

reclama la misma parte en ese proceso, o resulten favorables a los que persigue la parte contraria”¹⁵⁹. De esta manera el sistema se encarga de permitirle a la parte ser fuente de prueba, aunque sea limitadamente.

El beneficio que la contraparte obtiene de la confesión también estaría presente en el medio de prueba declaración de parte del POF. Si consideramos que este medio procede solo si la contraria solicita su declaración, es lógico esperar que las preguntas que se le realizarán serán principalmente en perjuicio de la parte que declara, produciéndose un efecto parecido al de la prueba confesional.

Lo descrito procedería en aquellos casos en que la parte citada comparezca y responda efectivamente. Sin embargo, también es posible que se verifique alguna de las hipótesis del artículo 52 que establece una sanción por la incomparecencia señalando que, “Si la parte, debidamente citada, no comparece a la audiencia de juicio, o compareciendo se negase a declarar o diese respuestas evasivas, el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración”.

La existencia de esta sanción frente a la incomparecencia o evasión a las preguntas convierte a la declaración de parte en una confesión, dado que las preguntas que formuló la parte que solicitó su declaración pueden producir un efecto negativo para aquella que no dio cumplimiento a su deber de declarar y responder claramente, y un efecto favorable para aquella que lo solicitó.

Las preguntas sobre las cuales recaerá la sanción son aquellas formuladas de manera asertiva contenidas en un sobre cerrado que haya sido acompañado por la parte interesada con a lo menos dos días hábiles de anticipación a la audiencia de juicio, el que será abierto y leído en la audiencia únicamente si procede alguna de las hipótesis del artículo 52 para darle lugar a la sanción¹⁶⁰.

Sin perjuicio de las similitudes encontradas, también es posible identificar algunas diferencias. Una de ellas es el sobre referido en el punto anterior conocido como “pliego de posiciones” en materia civil. En éste el sobre es el contenido del interrogatorio debiendo siempre leerse por el funcionario encargado de tomar la declaración, lo que se condice muy bien con un sistema regido por el principio de escrituración y con los orígenes de la prueba confesional: un sistema de prueba legal y escrito. Por su parte, en materia de familia, este sobre únicamente cobra relevancia si concurre alguno de las hipótesis del artículo 52 debido a que, en el POF como ya vimos, rige el principio de oralidad por lo que todas las actuaciones procesales serán verbales. Por este motivo las preguntas deberán realizarse de manera oral y sin lectura del sobre.

Otra diferencia y quizás la más importante es el efecto que produce la sanción en ambos medios de prueba. En el caso de la prueba confesional en materia civil, esta se valora de acuerdo a las reglas del

¹⁵⁹ Ibid, p.586

¹⁶⁰ Chile, Corte Suprema.2005. Auto Acordado S/N Relativo al funcionamiento de los juzgados de Familia. Acuerdo Segundo. 08 de octubre de 2005.

sistema de prueba legal o tasado, por lo tanto, en el caso de la confesión ficta aplicando los apercibimientos de acuerdo con el artículo 394 CPC si la parte no comparece, o si lo hace se niega a declarar o da respuestas evasivas, la ley expresamente señala que se le dará por confeso en todos aquellos hechos que hayan sido categóricamente afirmados en el pliego de posiciones. En cambio, la declaración de parte en el ámbito de familia se rige, de acuerdo con el artículo 32, por las reglas de la sana crítica teniendo el juez como límite la prohibición de contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados¹⁶¹.

En consecuencia, en familia no existe una sanción rígidamente establecida, más bien, la ley dice que el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración.

La facultad otorgada al juez podría ser lo que marca la diferencia. Sin embargo, si bien la LTF no dice expresamente que la sanción es darlo por confeso, debido a la existencia de las reglas que rigen a la sana crítica es lógico que el juez efectivamente tenga en consideración el contenido del sobre para valorar en concreto la prueba y se produzca una confesión ficta, si ello no es contrario a los demás medios de prueba rendidos que serán valorados en conjunto.

Un ejemplo práctico del uso de esta facultad entregada al juez de familia se puede evidenciar en una apelación sobre alimentos mayores conocida por la Corte de Apelaciones de Concepción. La recurrente –demandante en la causa- alega entre sus fundamentos que los jueces del fondo habrían ignorado la declaración ficta del demandado en aplicación del artículo 52 de la ley al no haber comparecido a la audiencia de juicio, debiendo haberse producido el efecto de haberse tenido por reconocida la paternidad del demandado respecto al hijo que estaba por nacer y, en consecuencia, haberse otorgado los alimentos. Sin embargo, frente a esta alegación, la Corte estimó que no existiría una confesión ficta en el sentido que alude la recurrente y que en el fallo recurrido habría quedado establecido claramente que el juez de primer grado “no hizo uso de la facultad contenida en la disposición legal recién mencionada... vale decir, no tuvo por reconocidos los hechos contenidos en el pliego de preguntas formuladas por la actora, decisión que es compartida por estos sentenciadores”¹⁶² (el énfasis es propio).

2.1 ¿Carga dinámica de la prueba?

¹⁶¹ CARBONELL BELLOLIO, F., op. cit., p. 38

¹⁶² *L.A.L.B con F.F. Causa N° 434/2012* (2012): Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de diciembre de 2012 (Apelación) [en línea] [fecha de consulta: 18 de julio 2020] Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/>

La declaración de parte ha sido una de las herramientas identificadas para alcanzar el fin epistémico del proceso¹⁶³ sumado a la carga dinámica de la prueba. Ésta tendría utilidad en situaciones de desventaja para una de las partes por no contar con medios disponibles para acreditar sus aseveraciones, en circunstancias que el otro se encuentra en una mejor posición para hacerlo, invirtiéndose las reglas de la carga de la prueba.

Éstas últimas se han entendido como una carga tanto para el juez como para las partes. En cuanto al primero, el motivo radica en que la Constitución en su artículo 76 le impone al juez el deber de inexcusabilidad para resolver conflictos sometidos a su conocimiento. En casos que él se encuentre en la situación que los hechos afirmados por las partes no fueron probados, estas reglas le indican qué debe hacer y qué parte será la que cargará con la falta de probanza frente a una aseveración¹⁶⁴. A la vez, se verifica el otro entendimiento que se le da a estas reglas, produciéndose la carga para las partes.

Sin embargo, estas reglas no son absolutas y es necesario admitir criterios de flexibilidad¹⁶⁵, los que han sido estudiados por parte de la doctrina nacional como un complemento a las reglas de la carga de la prueba y que tienen por objeto cumplir en casos excepcionales con la idea de justicia¹⁶⁶, igualdad de las partes, la tutela judicial efectiva y la búsqueda de la verdad, frente a casos en que las reglas dictaminan que una determinada parte debe cargar con el hecho de no haber probado su aseveración, pero la razón de ello se debe a falta de disponibilidad y facilidad para disponer del medio probatorio en razón del poder que ejerce la otra parte¹⁶⁷.

La LTF al regular la declaración de parte, como se indicó anteriormente, establece en su artículo 52 una sanción que podrá hacer valer el juez en caso de cumplirse alguna de las hipótesis que ahí se señalan. GONZÁLEZ recoge esta sanción y se cuestiona si tal regla constituye una regla excepcional de carga dinámica. La razón es que frente a la negación de la parte a declarar, ya sea por no comparecer, responder evasivamente o llanamente negarse a hacerlo, siempre que se le informe a la parte citada las consecuencias de caer en alguna de las situaciones descritas, se produce el efecto de recaer sobre esa parte –quien originalmente no tenía la carga- la carga de la prueba consistente en que el juez podrá dar por probados los hechos sobre los cuales trataría la interrogación¹⁶⁸.

Existe la posibilidad que la falta de disponibilidad y facilidad probatoria esté presente en familia. Estas son relaciones “de puertas adentro, entre cuatro paredes” y en algunos casos las partes podrían no

¹⁶³ BORDALÍ SALAMANCA, A. Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* [en línea]. 2016, 23 (1) pp. 173-198 [fecha de consulta: 18 de julio 2020]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v23n1/art08.pdf>

¹⁶⁴ MONTERO AROCA, R., op. cit., p. 625

¹⁶⁵ Ibid, p. 629

¹⁶⁶ GONZÁLEZ COULON, M. La carga dinámica de la prueba. *Revista de Derecho Procesal Proyecto de Código Procesal Civil*. 2012, N° 22. pp.363-395.

¹⁶⁷ Ibid, p. 370

¹⁶⁸ Ibid, p. 390.

contar con el material suficiente, por lo que la declaración de la contraria cumpliría un rol fundamental en su teoría del caso.

El tratamiento que le otorga actualmente la LTF a la declaración de parte es muy similar a la confesión en materia civil y es posible darle la denominación de confesión ficta a la sanción impuesta por el artículo 52, diferenciándose únicamente en que, al ser procedimientos regulados por sistemas de valoración de la prueba distintos, en materia civil se le otorga expresamente la regla aplicable al juez en caso de producirse esta situación. En cambio, en el procedimiento de familia debido a que se rige por el sistema de la sana crítica, esta imposición al juez no existe y se opta por otorgarle la facultad de dar por probados los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración, pero siempre cuidando respetar los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

3. Herencia de la prueba legal o tasada en un sistema de sana crítica

Los sistemas reformados –laboral, penal y familia- tienen en común, entre otras cosas, ser procedimientos por audiencias y orales y que en materia de valoración de la prueba se rigen por las reglas de la sana crítica¹⁶⁹. Sin embargo, luego de su puesta en marcha y tras haber pasado algunos años desde su aplicación, se ha podido analizar y evidenciar la herencia que ha dejado en ellos el tradicional y arcaico sistema de la prueba legal o tasada tan enraizado a nuestra cultura procesal, que aún mantenemos en materia civil y se busca dejar en el pasado a través de la aplicación de la Reforma Procesal Civil¹⁷⁰.

En materia de familia, FUENTES –por medio de un análisis jurisprudencial- ha evidenciado¹⁷¹ que los jueces de esta judicatura debido a la falta de entendimiento de las normas que consagran la libertad de prueba y la sana crítica, olvidan realizar una valoración de la prueba en concreto y continúan aplicando criterios del sistema de prueba legal como la valoración en abstracto y criterios apriorísticos¹⁷².

La mayoría de las muestras estudiadas por el autor se refieren a causas de divorcio en las cuales los jueces al momento de valorar la declaración de los testigos tienen en cuenta el concepto de “interés” tan propio de la valoración de prueba legal. En presencia de éste ante la resolución del conflicto, como se indicó en uno de los apartados anteriores, el sistema descarta la declaración de aquellas personas que

¹⁶⁹ Véase: artículo 456 Código del Trabajo; artículo 297 Código Procesal Penal que, si bien no menciona explícitamente “sana crítica” establece que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de experiencia; y artículo 32 Ley N° 19.968.

¹⁷⁰ Artículo 295 Proyecto Código Procesal Civil: “Valoración de la prueba. Salvo que la ley atribuya un valor determinado a un medio probatorio, el juez apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, deberá estarse a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo texto legal que expresamente contemple una regla de apreciación diversa.”

¹⁷¹ FUENTES MAUREIRA, C., La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia, op. cit., pp. 119-145

¹⁷² Ibid, p. 134.

podrían tenerlo. En el caso de los testigos, la manera de excluirlos en materia civil es por medio de las tachas, institución que, si bien no está presente en la LTF, del análisis realizado por el autor pareciera que los jueces aún la utilizan de manera sutil, debido a que incurren en la práctica de excluir testimonios al considerar que algunos de éstos son imparciales en atención al grado de parentesco o vínculo laboral con la parte que los cita¹⁷³.

La persistencia de la prueba legal no solo está presente en los jueces del fondo, sino que también en los tribunales superiores de justicia al desechar, en una causa de demanda por cuidado personal, la prueba pericial presentada por el demandante. La justificación se hallaba en que el perito no estaba incorporado en la lista elaborada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en circunstancias que la LTF en ningún momento establece este requisito. La Corte de Apelaciones incurre de esta manera en un razonamiento apriorístico al considerar que aquellos que están incorporados en la lista tendrían una calificación profesionalmente mejor, en contraposición aquellos que no lo están y que serían profesionales de menor calidad¹⁷⁴.

Lo expuesto hasta ahora, sobre esta persistencia de la prueba legal en la interpretación que hacen los jueces al momento de valorar la prueba, permite reafirmar lo dicho respecto a que la declaración de partes no es más que una copia de la confesión en materia civil y que se utiliza el nombre de un medio de prueba que no abarca solo lo regulado en la ley, sino que es mucho más que la declaración solicitada por la contraparte y sobre hechos que le perjudiquen; confirmando que aún no podemos dejar en el pasado un sistema de valoración que ha estado presente en nuestros procedimientos por largos años.

La permanencia identificada por FUENTES recaería principalmente en los jueces quienes aún tendrían enraizado ese sistema. En el caso de la declaración de partes es el propio legislador quien no puede abandonar la prueba legal o tasada.

Ver que aún no podemos abandonar ese sistema reafirma que los problemas de valoración que afectan a la prueba testimonial y pericial, es transversal a las pruebas declarativas, lo que también incluye a la declaración de partes. Al parecer lo que cuesta incorporar en nuestras mentes es la idea que independiente de que la parte que declare tenga interés, lo que tenga que decir debe tenerse en cuenta para alcanzar el fin epistémico del proceso, pues es una fuente de conocimiento y como tal debe ser absorbida por el juez.

3.1 Convivencia de la prueba legal o tasada y las reglas de sana crítica

¹⁷³ Ibid, pp. 135-136

¹⁷⁴ Ibid, p. 138.

Hasta el momento pareciera que el sistema debiera tender a eliminar las reglas de prueba legal o tasada. Sin embargo, en algunos casos se comprende que no debe prescindirse por completo de ella y que es posible que convivan reglas preestablecidas de valoración en un sistema de sana crítica, encontrando justificación en la seguridad y certeza jurídica, entre otras razones¹⁷⁵. Ejemplos de esto se encuentran en la actual LEC y en la reforma al sistema procesal civil chileno.

Ya vimos que la legislación española consagra el interrogatorio de las partes. En el caso de su regulación es aún más clara la configuración de la confesión, pues el art. 307 indica que, en caso de negarse a declarar o dar respuestas evasivas, el juez deberá apercibirlo dándole a conocer que podrá tener por reconocidos los hechos contenidos en las preguntas siempre que éstos le sean perjudiciales. Por lo tanto, en la LEC está aún más claro que en la LTF el efecto desfavorable para quien declara cuando proceda la sanción.

La legislación española nos sirve muy bien para ilustrar que es posible que en un sistema convivan reglas tanto de un sistema de prueba legal o tasado y de sana crítica. El art. 316 contiene dos reglas distintas para valorar el interrogatorio dependiendo si la fijación de los hechos le son o no perjudiciales para la parte que declara. En el caso que lo sean la ley dispone expresamente que se tendrán por ciertos los hechos si el resultado de las demás pruebas no contradicen la declaración. En efecto, estamos frente a una regla apriorística que le indica al juez el valor que debe darle al interrogatorio cuando se cumplan las condiciones del artículo precitado. Ahora bien, si la declaración no le produce un efecto desfavorable a la parte que depone, el contenido será valorado en concreto de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Podemos ver, entonces, que en este medio de prueba conviven a la vez reglas de los dos sistemas de valoración.

El segundo ejemplo lo encontramos en el actual proyecto de reforma al sistema procesal civil, específicamente en el medio de prueba instrumental o documental.

El art. 295 del proyecto consagra la regla general de valoración de la prueba disponiendo que, salvo que ley disponga lo contrario, la prueba se valorará de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Por lo cual permite la procedencia que en un mismo procedimiento coexistan reglas de los dos sistemas.

En el caso de la declaración de parte no existe disposición alguna que establezca expresamente un valor determinado a la declaración, en consecuencia, se sigue la regla general del art. 295. Donde sí es posible encontrar una regla especial de valoración es en el art. 306 del proyecto referido a la prueba instrumental. El precepto indica que éstos constituirán plena fe en cuanto a su fecha y el hecho de haberse otorgados. En todo lo demás se deja al criterio de juez valorarlos de acuerdo a la sana crítica.

¹⁷⁵ JACOBONI citado en HUNTER AMPUERO, I. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?. *Revista Iut ex praxis* [en línea]. 2017, 23 (1) p. 255 [fecha de consulta: 23 de enero 2021]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v23n1/art08.pdf>

Al ser la sana crítica la generalidad son pocas las reglas que podríamos encontrar de prueba legal o tasada. Sin embargo, que puedan coexistir no obsta a que igualmente se presenten algunos problemas para el juez cuando el resultado de la valoración en contrato contradiga la valoración ex ante que haya fijado el legislador para un medio de prueba. Ante esta situación HUNTER propone entender las reglas de prueba legal o tasada como presunciones simplemente legales que pueden desvirtuarse y en el caso de querer hacerlo quien tenga dicha pretensión correrá con la carga de la prueba¹⁷⁶.

En el caso de la LTF en la regulación de la declaración de parte no coexisten ambas reglas, pues no existe norma expresa que establezca el valor probatorio de la declaración. Lo que existe es una lógica, una idea detrás de su regulación, que sigue perpetuando los cimientos de un sistema de prueba legal o tasado al excluir la declaración voluntaria. Hay que reconocer que, si bien la sanción del art. 52 parece acercarse al mencionado sistema, al otorgarle la facultad para tener por reconocidos los hechos discrecionalmente al juez, el legislador está siendo consecuente con un sistema de valoración en concreto que le permite al decisor ponderar la probanza teniendo en cuenta todos los elementos y no ser solamente un espectador del material probatorio.

4. Desventajas de la regulación actual de la ley N° 19.968 al momento de incorporar el testimonio de las partes

La discusión respecto a la regulación actual que entrega la ley al medio de prueba declaración de parte no es nueva. Al igual que en el artículo analizado en el apartado anterior, un estudio realizado que tuvo por objeto identificar las falencias que deja la regulación de la ley N°19.968 tras su puesta en vigencia en el año 2005 y las modificaciones introducidas a ella por medio de la ley N°20.286 que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales¹⁷⁷, se concluyó que uno de estos problemas consiste en la falta de incorporación de la declaración voluntaria de las partes¹⁷⁸.

Como se sostuvo anteriormente¹⁷⁹ y basándome en el trabajo de MARÍN, la práctica de inhabilitar a ciertos testigos y a las partes en atención al interés que éstas tienen con la resolución del conflicto, es propia de los sistemas escritos y no tiene sentido en un sistema donde prima la oralidad¹⁸⁰. La mantención de esta herencia de la prueba legal en la regulación actual dentro de un sistema reformado regido por la

¹⁷⁶ HUNTER AMPUERO, I. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?. *Revista Iut ex praxis* [en línea]. 2017, 23 (1) p. 265 [fecha de consulta: 23 de enero 2021]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v23n1/art08.pdf>

¹⁷⁷ Chile, Ministerio de Justicia. 2008. Ley N°20.286 Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia. 15 de septiembre de 2008.

¹⁷⁸ FUENTES, C., MARÍN, F. y RIOS, E. *Informe sobre el funcionamiento de los tribunales de familia de Santiago* [en línea] 2010. pp. 58. [Fecha de consulta: 23 de julio 2020] Disponible en: https://ciperchile.cl/pdfs/2016/08/peritos/informe_funcionamiento_tribunales_familia.pdf

¹⁷⁹ Véase: “*Procedencia de la declaración de parte*”

¹⁸⁰ MARÍN VERDUGO, F. op. cit., p. 129

libertad de prueba y la sana crítica, produce efectos negativos como el hecho de que las partes al encontrarse éstas impedidas de poder otorgar voluntariamente su testimonio, se encuentran en la situación de recurrir a otros medios de prueba para suplir su declaración y así probar sus aseveraciones o, incluso, que por medio de otros sujetos como lo consejeros técnicos, el juez conozca el testimonio de las partes.

Ya lo decía BENTHAM al escribir sobre el principio de no autoinculpación del criminal¹⁸¹, planteando en contra de este principio que, si es que la regla se estableció para evitar al acusado ser utilizado a sí mismo en su contra otorgando la prueba para aplicarle la pena aparejada al delito, este objeto no se cumpliría. La razón de esto es porque de igual forma se recibiría en el proceso otros medios de prueba que lo utilizarían como fuente, poniendo el autor precitado de ejemplo cartas escritas por el criminal, relatos de conversaciones donde él haya participado. Pruebas que serían recibidas, alegadas y controvertidas en su presencia, desechándose de esta manera el testimonio directo de sujeto, pero no el indirecto¹⁸².

Una de estas prácticas identificadas en el funcionamiento de los tribunales de familia, relacionado a lo que dice BENTHAM, consiste en que las partes recurrirían para incorporar de igual forma su testimonio, a los informes sociales; instrumentos que escaparían de controles mínimos¹⁸³. La razón por la que contendrían de manera indirecta el testimonio de las partes se debe a que, al momento de elaborarse, por lo general, se realizan en base a la entrevista otorgada por la misma parte al asistente social y los documentos aportados por ella, produciéndose en este caso que la “la fuente de información principal utilizada por estos profesionales para evacuar su informe está dada por los dichos de la parte interesada”¹⁸⁴.

Respecto a los informes sociales, tampoco se escapan de las críticas la manera en que son incorporados. El mismo estudio crítica que una de las falencias que presentan los informes periciales es que en aquellos casos que emanan de funcionarios municipales –como sucede con los informes sociales-, en la práctica esto bastaría para dar acreditada su credibilidad y se presume su imparcialidad, procediendo los jueces a eximirlos de comparecer y debiendo únicamente remitir el informe escrito al tribunal¹⁸⁵.

¹⁸¹ BENTHAM, J. Examen de otro caso de vejación. La inculpación de sí mismo. *En: Tratado de las pruebas judiciales*. Traducción de C.M.V. [en línea] Tomo Tercero, Paris, Bossange Frères, 1825. pp. 101 y ss. [Fecha de consulta: 2 de octubre 2020] Disponible en: https://books.google.cl/books?id=i5m_tfzPJGkC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹⁸² *Ibid*, pp. 105-106

¹⁸³ FUENTES, C., MARÍN, F. y RIOS, E. *op. cit.*, p.50

¹⁸⁴ *Ibid*, p. 50

¹⁸⁵ *Ibid*, p. 39

La consecuencia de recibir de igual forma en el proceso el testimonio de manera indirecta de las partes por medio de informes sociales es que serían incompletos y capaces de llevar a errores¹⁸⁶, produciendo el efecto que los actores vean considerablemente reducidas las posibilidades de controvertir y controlar lo que se introduce. Información incorporada que no siempre es de “la mejor calidad y no siempre es genuinamente imparcial y ocurre que todo el sistema opera como si siempre lo fuera”¹⁸⁷. La situación descrita podría suplirse si la parte misma pudiera enmendar los errores y omisiones, otorgando su narración su propia narración de los hechos¹⁸⁸.

Otra manera visualizada a través de la cual se incorporaría el testimonio de las partes de manera indirecta en el proceso es por medio de las entrevistas con los consejeros técnicos¹⁸⁹. Estas personas, de acuerdo con el artículo 5 de la LTF, tienen como función general asesorar en el área de su especialidad a los jueces para que estos logren una mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento.

Al momento de cumplir con esta función al reunirse con las partes e interiorizarse con lo que ellas le informan, los consejeros indirectamente le entregarían a los jueces la información suministrada por las partes y como identificó el estudio empírico de FUENTES, MARÍN Y RÍOS, “se estima que la información adquirida por los consejeros es perfectamente transmisible a los jueces, siendo incluso interferida por la percepción y conclusiones de este tercero, cuyos dichos serán considerados por los jueces al tomar su decisión”¹⁹⁰. Por lo tanto, a través del consejero, en la práctica los jueces sí conocerían del testimonio de las partes, pero de manera indirecta y sin sujeción a control por medio de un contra examen como sí ocurriría con la incorporación directa del testimonio de ellas cuando así lo soliciten al tribunal.

Detectadas estas prácticas, otro medio de prueba que estaría contaminado por las percepciones de cada parte sería la prueba testimonial y tal como se cuestiona el informe ¿qué duda podría existir de que los hechos sobre los cuales declaran los testigos fueron conocidos a partir de la información entregada a ellos por las mismas partes? En este caso, el contra examen realizado a los testigos no tendría mucho sentido y sería mucho más eficiente si se examinara la fuente principal que es la parte misma¹⁹¹.

Finalmente, respecto al medio de prueba declaración de parte y las falencias que presenta en la práctica y siendo consecuente con la tesis seguida hasta ahora, en cuanto a la similitud de este medio de prueba con la confesión por medio de la absolución de posiciones en materia civil, se hace también aplicable a la judicatura de familia las mismas críticas de las cuales ha sido objeto la absolución de posiciones. Este mecanismo no tendría mayor utilidad para entregarle información necesaria al tribunal,

¹⁸⁶ BENTHAM, J. op. cit., p. 106

¹⁸⁷ FUENTES, C., MARÍN, F. y RÍOS, E. op. cit., p.40

¹⁸⁸ BENTHAM, J. op. cit., p. 107.

¹⁸⁹ FUENTES, C., MARÍN, F. y RÍOS, E. op. cit., p. 50

¹⁹⁰ Ibid, p. 50

¹⁹¹ Ibid, p. 51

debido a que las partes cuando concurren a las audiencias llegarían preparadas para responder las preguntas de la contraparte¹⁹².

Cerrando la idea sobre las desventajas que presenta la ley actualmente, al producirse la situación que las partes deben recurrir a otros medios de prueba que no siempre son los más idóneos, en el caso de los informes sociales es imposible no cuestionarse la imparcialidad y la necesidad de ser sometidos estos medios de pruebas a controles estrictos. Como se dijo anteriormente, la fuente de información que recaban es una de las partes, por lo tanto, el contenido puede tener grados de subjetividad y es necesario que la otra parte pueda ejercer debidamente su derecho a controlar los datos entregados por la contraria.

Lo mismo en el caso de las entrevistas con los consejeros. Nuevamente, si el artículo 50 no fuera una limitación para la libertad de prueba que rige en el procedimiento de familia y no solo consagrara la declaración solicitada por la contraria, las partes podrían incorporar la misma información entregada al consejero directamente al juez en presencia de todos los intervinientes y ser debidamente controlada por todos ellos. Cuestión que podría darse de manera eficaz si se permitiera que las partes puedan declarar de manera voluntaria.

5. Declaración de parte voluntaria

El problema que se ha intentado mostrar en este capítulo, fue abordado por MARÍN en su texto ya citado a lo largo de este trabajo: “La declaración de parte como medio de prueba”¹⁹³. El autor toma la regulación actual de la declaración de parte tanto en el procedimiento de familia como en el laboral, criticándolo por las mismas razones ya expuestas¹⁹⁴.

La particularidad interesante que considero tiene su texto es el plantear, de una manera muy didáctica por medio de diagramas, cómo podría operar en la práctica el medio de prueba declaración de parte voluntaria ofreciendo un modelo aplicable a los dos procedimientos mencionados. Para esto, inicia asimilándolo a otro medio de prueba que ya se encuentre regulado, ya sea la prueba testimonial o la regla

¹⁹² BORDALÍ SALAMANCA, A. op.cit., p. 190

¹⁹³ MARÍN VERDUGO, F. op. cit., pp. 125-170

¹⁹⁴ La crítica que él realiza y que comparto es que estos procedimientos regularían únicamente la procedencia de la declaración solicitada por la contraparte, guardando similitud con la prueba confesional propia de los sistemas regidos por los principios formativos del procedimiento de escrituración y mediación, sin dar cabida explícita a la declaración voluntaria de las partes. Como señala el profesor Marín, en el caso del procedimiento laboral incluso se mantiene el mismo nombre de “absolución de posiciones” o “confesión”. Véase, Marín Verdugo. op. cit., pp. 154-155.

Esto último, a título personal, podría considerarse consecuente con la manera en que se regula. En cambio, en la LTF, pareciera ser que hay un cambio en el medio de prueba que recibe el testimonio de las partes, al denominarlo de una manera distinta: “Declaración de parte”, no obstante, mantener la misma fórmula de la confesión sin tener mayor utilidad en la práctica.

residual del artículo 54¹⁹⁵. Sin embargo, lo anterior no cobra mayor relevancia porque de todas formas llega a la conclusión de asimilarla a la prueba testimonial.

Al respecto, siguiendo la línea de lo planteado en el capítulo II, se dijo que las pruebas declarativas constituyen todas un testimonio. Al ser tal, comparten características comunes que pueden ser reguladas de manera conjunta sin perjuicio de tener cada una sus propias particularidades¹⁹⁶. Así lo ha entendido el Código Orgánico General del Proceso de Ecuador¹⁹⁷, el cual reconoce como prueba testimonial tanto a la declaración emanada de las partes como de terceros al disponer en el artículo 174: “Prueba testimonial. Es la declaración que rinde una de las partes o un tercero”. Lo anterior permite sustentar que no existe nada raro en que MARÍN asimile la declaración de partes voluntaria a la prueba testimonial.

Es importante explicar, al igual como él lo hace, por qué se descarta la declaración de parte forzada como prueba análoga y la razón que él entrega, la cual comparto, consiste en que en la declaración forzada solo existe un examen de la contraria, en cambio, en la declaración de parte voluntaria se produciría un relato sobre los hechos evidenciados por ella misma¹⁹⁸.

Para describir la propuesta de MARÍN lo haré haciendo referencia al juramento, al examen y la sanción.

Juramento: como punto de partida tenemos que la declaración debe someterse en su rendición a las reglas de la prueba testimonial¹⁹⁹. Entre ellas encontramos que previo a declarar, al testigo deberá tomársele el juramento o promesa de decir verdad. En cambio, en las normas propias de la declaración de partes esto no existe. Por lo tanto, surge la interrogante de qué estatuto aplicar. Como respuesta señala que en el caso de la declaración forzada debiera seguirse la regla de no otorgar juramento, liberando de esta manera a la parte de sus opciones de inculparse o arriesgarse a ser condenado por falso testimonio. En cambio, cuando la declaración sea voluntaria, sí debiera tomársele el juramento. Esto en razón a que ella misma quiso subir al estrado y dar a conocer su testimonio con fines probatorios, estando consciente de las consecuencias y pudiendo no hacerlo.

¹⁹⁵ Artículo 54 LTF: Medios de prueba no regulados expresamente. Podrán admitirse como pruebas: películas cinematográficas, fotografías, fonografías, video grabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe.

El juez determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

¹⁹⁶ Principalmente en lo relativo al punto de vista. Así, el perito es un tercero que tiene conocimiento experto sobre una determinada materia; el testigo, es un observador de los hechos; y, las partes, está involucrada directamente e inmerso en los hechos. CARNELUTTI. F. op. cit., p.149

¹⁹⁷ Ecuador, Asamblea Nacional. 2015. Código Orgánico General de Procesos. 22 de mayo de 2015. Disponible en:

<https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2017/01/CODIGO-ORGANICO-GENERAL-PROCESOS.pdf>
Art. 174 y ss.

¹⁹⁸ MARÍN VERDUGO, F. op. cit. 159

¹⁹⁹ Ibid. pp. 164-165

De lo anterior comentaré dos cosas. Primero, me parece que no es necesario discutir sobre qué estatuto rige, puesto que lo primero que planteó el autor fue aplicar las normas de la prueba testimonial, descartando derechamente la regulación de la declaración forzada. Por lo tanto, siguiendo su línea, sí aplica el juramento. Y, en segundo lugar, si bien él señala que el legislador no establece la procedencia del juramento de la parte que declara forzosamente, asume que en la práctica no se hace. Esto no es así, pues de igual forma los jueces de familia aplicando las normas supletorias tanto de la prueba testimonial como la confesión del CPC sí toman el juramento²⁰⁰.

En definitiva, sí aplica el juramento tanto para la declaración forzada como voluntaria, ya sea por aplicación de las normas supletorias de la prueba testimonial o por la explicación en cuanto a que la parte está decidiendo voluntariamente dar a conocer su testimonio, pudiendo no hacerlo y exponerse a los efectos.

Examen o interrogatorio: De manera muy somera, lo que propone el autor es que, por regla general, se parta rindiendo la declaración de quien tenga la carga de la prueba. Si se solicitan ambos tipos de declaraciones, la idea es que el contra examen reemplace la declaración forzada, evitándose de esta manera que la prueba sea sobreabundante²⁰¹. Ejemplificando: en una causa de divorcio por cese de convivencia con compensación económica, la idea es que la parte demandante inicie con su declaración voluntaria, se someta al interrogatorio de su abogado y luego al contra examen del abogado del demandado, el cual deberá contener las preguntas que pensaba hacerle en la declaración forzada.

Sanción: Al respecto no hace alguna alusión, más que lo relativo al juramento y que ya fue mencionado.

Si analizamos éste punto una buena manera de hacerlo es desde las distintas hipótesis en las que puede caer la parte y que se repite al momento de tratar las sanciones:

A) No comparecer: esto es perfectamente posible ya que es un medio de prueba ofrecida por la misma parte y que depende de sí mismo, en consecuencia, puede arrepentirse. De ahí la importancia de que, quien tiene la carga no se confíe en que la contraria declarará voluntariamente para someterlo a contra examen, sino que es recomendable que de todas formas solicite la forzada y primero se rinda ésta.

B) Se niega a declarar o da respuestas evasivas: Con el examen del abogado de la misma parte es posible que se produzca un relato libre del interrogado que, además, lo más probable es que ya venga preparado en conjunto con su abogado. Resulta difícil que éste último lo someta a preguntas que lo pongan en la situación de negarse a declarar o dar respuestas evasivas. Sumado a que, el fin de este medio

²⁰⁰ Lo anterior fue reafirmado por la profesora de la Clínica de Derecho de familia de la Universidad de Chile, doña Gladys Fabiola Maldonado Hernández, litigante en los tribunales de familia.

²⁰¹ Ibid. pp.159-165

de prueba es que la propia parte pueda dar su versión de los hechos, dar a conocer su voz. No tiene sentido que caiga en algunas de estas hipótesis.

¿Pero, y si pasa, qué sanción debe aplicar el juez? Porque al proponer MARÍN que la regulación es la de la prueba testimonial, según ella, en caso de negarse a declarar el testigo podrá ser sancionado con el art. 240 inc. 2 del CPC, es decir, con reclusión en su grado medio a máximo.

A pesar de la regulación supletoria de la prueba testimonial, considero que, si bien comparte características con ella, no hay que desatender las particularidades de cada medio de prueba. En este caso, es más adecuado aplicar supletoriamente la sanción del art. 52 de la LTF en vez de la contemplada para los testigos en el artículo 240 del CPC por remisión del art. 34 de la LTF. Para el testigo no tiene sentido aplicar una sanción así, ya que en nada le afecta que el juez dé por reconocido los hechos contenidos en la afirmación de quien lo lleva al juicio. En cambio, sí le afecta la reclusión. Al revés para la parte; más le puede afectar que el juez tenga por reconocidos las afirmaciones del pliego en vez de la reclusión.

Otra situación posible de suceder es que la parte que declara voluntariamente se niegue a declarar o dé respuestas evasivas en el contra examen. En este caso derechamente debiera proceder la sanción del art. 52, puesto que las preguntas que le realiza la contraria revisten el mismo carácter que el examen de la declaración de parte forzada regulada actualmente en la LTF.

Para finalizar, considero necesario mencionar que el texto de MARÍN fue publicado en el año 2010, dos años previo al Mensaje del Presidente de la República dando inicio al Proyecto de Ley de un Nuevo Código Procesal Civil. Por esta razón creo importante revisar éste último con el objeto de compararlo con la propuesta del autor ya citado. De esta manera, nos podría servir como una solución actualizada al problema y que sea coherente con todo el sistema.

6. Proyecto Código Procesal Civil y Ley N°19.968

El Proyecto de Reforma Procesal Civil responde a una necesidad de adecuación para lograr consolidar todo un proceso de reformas, cumpliendo de esta manera con los principios base de un moderno Estado democrático que promueva una justicia pronta y eficaz que resuelva los conflictos y proteja los derechos²⁰².

Mantiene los principios ya conocidos en el contencioso familiar: oralidad, intermediación, publicidad y concentración²⁰³; y también la estructura central de dos audiencias: una preliminar y una de juicio.

²⁰² Mensaje del Presidente de la República con el que da inicio al Proyecto de Reforma Procesal Civil. pp.28 y 30.

²⁰³ Arts. 6, 7, 8 y 9

En cuanto a la actividad probatoria, la etapa de conformación está compuesta por el ofrecimiento de prueba²⁰⁴ realizado en el escrito principal de demanda o contestación y las actuaciones en la audiencia preliminar²⁰⁵, consistente en llevarse a cabo en dicha oportunidad convenciones probatorias, exclusión de prueba y la determinación por parte del juez de los medios probatorios que deberán rendirse en la audiencia de juicio. También se consagra –al igual que en la LTF- la libertad probatoria²⁰⁶, disponiendo el artículo 286 inciso 1º: “Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del conflicto sometido a la decisión del tribunal podrán ser probados por cualquier medio obtenido, ofrecido e incorporado al proceso en conformidad a la ley”. Por lo tanto, en la etapa de conformación, la única diferencia con la LTF radica en el momento de ofrecimiento de prueba.

En lo que respecta a la etapa de valoración, ésta reforma continua con el sistema consagrado en los otros procedimientos reformados: observación de reglas de sana crítica²⁰⁷.

En materia de medios de prueba, ya se dijo que la Reforma al igual que la LTF consagra la libertad probatoria regulando igualmente algunos en particular²⁰⁸, entre los cuales encontramos la declaración de parte²⁰⁹.

De la lectura del primer artículo es posible ver que, al igual que la LTF, consagra la declaración solicitada por la contraria (forzada). También salta a la luz la primera gran diferencia con la LTF: la Reforma contempla expresamente la procedencia de la declaración de partes voluntaria. Al igual que con los otros medios de prueba, ambas deberán ser ofrecidas en el escrito principal.

En cuanto a la manera de rendirse ambos tipos de declaraciones²¹⁰, en lo que respecta al juramento, el orden del examen, la manera en que se realizará y eventuales sanciones, el proyecto lo hace junto a las demás pruebas declarativas, regulando de manera general el interrogatorio de testigos, peritos y partes. De esta manera, señala que en la respectiva audiencia de juicio la parte que declara deberá, primero, prestar juramento o promesa de decir verdad. Luego, será interrogada por su abogado, siguiendo el examen de la contraparte. Finalmente, si el juez lo requiere puede realizar preguntas con el fin de pedir aclaraciones, precisiones o adiciones a sus respuestas, al igual que en el caso de la LTF. Cabe mencionar que, siendo consecuente con el principio de oralidad, el interrogatorio es verbal y sin admisión de pliegos.

Corresponde ahora analizar las diferencias centrales con la LTF. En primer lugar, llama la atención que el legislador haya optado por regular la rendición de la declaración de partes de manera conjunta con el interrogatorio de testigos y peritos. Esto demuestra la idea que al ser los tres un tipo de

²⁰⁴ Arts. 254, 255 y 256 / Art. 273

²⁰⁵ Art. 280

²⁰⁶ Art. 286

²⁰⁷ Art. 295

²⁰⁸ Arts. 296 a 340

²⁰⁹ Art. 331 a 333

²¹⁰ Art. 343

testimonio, es posible atribuirle características comunes que pueden ser tratados de la misma manera. En el caso de la LTF, cada uno de los tres medios de prueba tiene su propia regulación, comenzando con la testimonial. Ésta es la que tiene más dedicación con doce artículos, luego viene la pericial con cinco, pero en lo relativo a la declaración propiamente tal termina remitiéndose a las normas de los testigos. Finalmente se encuentra la regulación de la declaración de partes con solo cuatro, sin ninguna remisión a otras normas, por lo que no existe alusión, por ejemplo, al juramento.

La segunda diferencia se encuentra en el pliego de posiciones. El proyecto señala que el interrogatorio –incluye peritos, testigos y partes- será verbalmente y sin admisión de pliegos²¹¹. Al respecto nada dice la LTF. Sin embargo, teniendo presente que es un procedimiento por audiencia regido por el principio de la oralidad, el interrogatorio se hace de manera libre sin lectura de pliego. Hasta aquí ambos sistemas son similares, la diferencia radica en cómo aplicar la sanción y frente a qué hechos.

Luego de la puesta en marcha de la LTF, la Corte Suprema debió dictar un Auto Acordado, estableciendo en el acuerdo segundo²¹² que la parte que solicita la declaración debe acompañar un pliego escrito con las preguntas redactadas en forma asertiva, las que serán leídas para el efecto de hacer procedente la sanción del artículo 52, pero únicamente en caso de incomparecencia de la parte citada. Por lo tanto, igualmente se contempla de una u otra forma un pliego. Al respecto, se hizo constar en el Acta que cuatro Ministros del Pleno no compartieron el acuerdo segundo por considerar que no se condecía con los principios de oralidad y desformalización.

Lo anterior nos lleva al siguiente tema: la sanción. En este punto encontramos diferencias y similitud.

El proyecto hace procedente –al igual que la LTF- en el artículo 333 una sanción en caso de incomparecencia, negativa a declarar o por dar respuestas evasivas proveniente de la parte citada, estableciendo que el juez en dichos casos “podrá establecer como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la contraparte **cuando aparezcan razonables, coherentes y debidamente fundamentadas**” (el énfasis es propio). Hasta ahora, se mantiene la misma norma del artículo 52 de la LTF referida a la facultad que se le entrega al juez para dar por probados los hechos, con la agregación de lo puesto en negrita.

La diferencia se encuentra en el inciso segundo de la norma citada, al indicar que:

“En la citación se apercibirá al interesado acerca de los efectos que pudiera producir su incomparecencia, su negativa a declarar o sus respuestas evasivas, determinándose los hechos y

²¹¹ Art. 344

²¹² Chile, Corte Suprema.2005. Auto Acordado S/N Relativo al funcionamiento de los juzgados de Familia. Acuerdo Segundo. 08 de octubre de 2005

circunstancias sobre los cuales se requiere su declaración o sobre los que ésta versará cuando sea voluntaria”.

La última parte de este inciso no aparece en la LTF. La importancia de agregarlo en el proyecto considero que radica en que al señalar claramente sobre qué recaerá la sanción, no hace necesario la presencia de un pliego, respondiendo a cabalidad con el principio de oralidad que regiría al nuevo proceso civil.

Finalmente, la gran diferencia y que se anunció en un principio, es la procedencia de la declaración voluntaria. El proyecto inicia la regulación de este medio de prueba permitiendo ofrecer en el escrito principal el testimonio de la propia parte²¹³. Señala expresamente que se le tomará juramento y que también puede ser sometido a un contra examen. En cuanto a la sanción, aplica la misma tanto para la declaración voluntaria como forzada.

Tal como se identifica en el mensaje del Ejecutivo que da inicio al proyecto²¹⁴, el sistema procesal civil si bien cumple un rol supletorio respecto de los demás sistemas de enjuiciamiento, la no coordinación y la falta de unidad entre aquellos que ya se encuentran reformados y este sistema que se busca cambiar, deja obsoleto en muchos aspectos su carácter supletorio por tener naturalezas distintas.

Que la reforma al sistema procesal civil se esté dando de manera posterior a los cambios en familia, laboral y penal, permite ver las falencias de éstas últimas, las que pueden ser eventualmente suplidas por el nuevo código. Ejemplo de ello es el tratamiento a la declaración de parte, medio de prueba que se regula de una manera más integral junto a los demás tipos de testimonios y que amplía la esfera de su procedencia.

Si por fin pudiera aprobarse este proyecto que inició hace casi ocho años y que se ha pospuesto en reiteradas ocasiones, podría cumplirse con el rol supletorio y la unidad necesaria de todo un sistema procesal. Los jueces de familia podrían comenzar a aceptar la declaración de parte voluntaria teniendo en vista el nuevo proceso civil, solucionando el problema que presenta su regulación actual.

²¹³ Art.331

²¹⁴ Mensaje del Presidente de la República con el que da inicio al Proyecto de Reforma Procesal Civil, 2012. p. 3

IV. CONCLUSIÓN

En la presente memoria se intentó desarrollar los argumentos para concluir que la regulación actual de la LTF al incorporar la declaración de parte no es suficiente. Para llegar a esta conclusión se llegó previamente a los siguientes razonamientos:

1) El contencioso familiar se enmarca dentro de las reformas a ciertos procedimientos. Esto implicó cambios sustanciales en la estructura, pues los principios son opuestos a los ya conocidos en los procedimientos civiles regulados en el CPC, pasando a un modelo por audiencias bajo los principios de la oralidad, concentración e inmediación.

2) Los cambios también inciden en las etapas de la actividad probatoria, puesto que la LTF nos permite distinguir con claridad la etapa de conformación con la de valoración, dado que se deja atrás un sistema de valoración en abstracto con reglas preestablecidas y se pasa a una valoración en concreto bajo las reglas de la sana crítica. Esto le otorga mayor participación al juez, lo que se condice igualmente con el rol más activo que se busca otorgarle en los asuntos de familia. Además, la estructura basada en audiencia, permite que en una audiencia previa se conforme el material y en la de juicio se rinda y valore la prueba.

3) El concepto tradicional de testimonio centra su estudio en la prueba testimonial. Si éste se ampliara podríamos comprender a todos los medios de prueba declarativos dentro de una misma acepción de testimonio, lo que nos permitiría evidenciar que los problemas de desconfianza son transversales a todas ellas. El beneficio de ampliarlo es encontrar una razón común para confiar en todas las pruebas declarativas, al ser ellas una fuente de conocimiento para el juez. Para hacerlo es necesario hacer la distinción entre quien declara y el contenido de su declaración, pues no deberíamos excluir medios de prueba únicamente en consideración al sujeto, privándonos de conocer su testimonio.

4) En virtud de la desconfianza hacia las partes, centrándose particularmente en el sujeto, la manera en que han sido utilizadas como fuente de prueba directa es a través de la confesión judicial mediante el mecanismo de absolucón de posiciones, medio de prueba presente en nuestro CPC.

5) Poco a poco se ha ido comprendiendo la necesidad de incorporar a las partes como un medio de prueba más allá de la confesión. En esta línea se encuentra Ecuador, país que considera la prueba testimonial como el género de las pruebas declarativas, con reglas comunes que comprenden tanto el testimonio de las partes como de terceros.

6) En cuanto a la regulación en concreto de la LTF al admitir que es procedente únicamente cuando la contraria la solicita se sigue perpetuando la idea de que hay que desconfiar de las partes porque ellas pueden mentir o tergiversar sus dichos en pos a sus intereses, más si voluntariamente piden subir al estrado.

El legislador de familia sigue la lógica de pensar que, si permite que las partes únicamente declaren forzosamente cuando la contraria lo llama a responder sus preguntas, está permitiendo que las partes sean fuentes de prueba y, a la vez, evita que entorpezcan la búsqueda de la verdad. Por lo cual soluciona dos problemas: reconocer que las partes pueden ser utilizadas como un medio de prueba directo, y que ellas entorpezcan la búsqueda de la verdad, pues si ellas entregaran su testimonio voluntariamente afectarían este objetivo.

7) La procedencia de la declaración de parte sumado a la sanción del art. 52 de la LTF hacen asimilable este medio de prueba a la confesión judicial en materia civil, en circunstancias que ambos se enmarcan en procedimientos con principios y sistemas de valoración distintos, por lo cual debieran tener diferencias. La más importante de ellas que pueda admitirse que la parte declare voluntariamente. Al respecto y para seguir justificando o no la introducción de ella, sería interesante un estudio jurisprudencial acerca del comportamiento de los jueces sobre la facultad que le torga el artículo citado.

8) Privar a las partes de hacerlo, perpetua lógicas de un sistema de prueba legal o tasada e incluso contribuye a que en la práctica se recurran a otros métodos para incorporar de igual manera sus testimonios.

Lo anterior permite reafirmar la necesidad de dejar que las partes declaren voluntariamente. Con esto se solucionarían problemas prácticos que se han identificado en el procedimiento de familia, debido a que las partes igualmente buscan la manera de dar a conocer su relato a través de otros medios de prueba como informes sociales e incluso por medio de los testigos. La desventaja que esto presenta es la ausencia de control que puede efectuar la contraparte.

9) Para finalizar, teniendo en vista la carencia de la regulación actual, se expuso la manera en que podría hacerse en la práctica la recepción de la declaración voluntaria en base a la idea de un autor en concreto. Lo anterior se complementó con el Proyecto de Reforma al Código Procesal Civil, pues éste la incorpora expresamente, haciéndose cargo de las críticas realizadas al actual sistema procesal civil.

Ahora, saber qué es más fácil que cambie primero, si la regulación de la LTF o nuestro sistema procesal civil que actúa de manera supletoria, es incierto. Pues, por una parte, que inicien un nuevo proyecto en familia considero que no es muy posible teniendo en consideración las demoras en la tramitación, por lo cual sería más sencillo esperar la aprobación de la Reforma Procesal Civil. Sin embargo, a la vez también sabemos todas las veces que ésta ha sido pospuesta. Lo que nos deja en la misma situación inicial.

V. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina utilizada

- AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, M. Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. [en línea]. 2012, 19 (1) pp. 335-351 Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000100010#n35
- BAEZA CONCHA, G. y PÉREZ CABRERA, J. *Los nuevos Tribunales de Familia: procedimiento ordinario*. [en línea] 3era edición actualizada, Santiago, Chile. Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing, 2010. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/1262>
- BAYON MOHÍNO, J. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no Benthamiano. *Revista jurídica Mario Alario D' Filippo*. [en línea]. 2010, 2 (4). pp. 6-30 Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/230480910.pdf>
- BENTHAM, J. *Tratado de las pruebas judiciales*. Traducción de C.M.V. [en línea] Tomo Tercero, Paris, Bossange Frères, 1825. Disponible en: https://books.google.cl/books?id=i5m_tfzPJGkC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summa_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- BENTHAM, J. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Granada, Editorial Comares, 2001.
- BORDALÍ SALAMANCA, A. Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* [en línea]. 2016, 23 (1) pp. 173-198. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v23n1/art08.pdf>
- BORDALÍ SALAMANCA, A., CORTEZ MATCOVIH, G. y PALOMO VÉLEZ, D. *Proceso civil: el juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*. [en línea] Segunda edición. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters, 2014. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/2178>
- CAPPELLETTI, M. *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Traducción de Santiago SENTIS MELENDO. Perú, ARA Editores, 2006.
- CARBONELL, F. Sana crítica y razonamiento judicial. En: *La sana crítica bajo sospecha*. Editado por BENFELD, J. y LARROUCAU, J. Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018, pp. 35-47
- CAROCCA PÉREZ, A. *Manual de derecho procesal: Los procesos declarativos*. [en línea] Tomo II. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis, 2003. Disponible en: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmVjZW50cmFsYXB1bnRlc3VzZWt8Z3g6MzliM2ZiZDU1OTA2N2VhMw>
- CARRETTA MUÑOZ, F. Análisis dogmático sobre la desformalización del proceso judicial de familia chileno. Parte final. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. [en línea] 2015, XLV. pp. 177-203 Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n45/a07.pdf>

- CASARINO VITERBO, M., MONTERO LÓPEZ, R. y MATURANA MIQUEL, C. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. [en línea] Sexta edición, Tomo IV. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/3888>
- CHAMORRO LADRÓN DE CEGAMA. Algunas reflexiones sobre el principio de intermediación en el proceso civil y su mejor cumplimiento en la práctica judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. [en línea] 1983, N°2. pp. 529-247 Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=814805>
- CILLERO BRUÑOL, M. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*. [en línea] 1999, N°2. pp.45-62 Disponible en: https://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. *Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. [en línea] Ginebra, Naciones Unidas, 2013. Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf
- COMISIÓN DE FAMILIA, COLEGIO DE ABOGADOS A.G. Informe de la Comisión de Familia del Colegio de Abogados sobre la tramitación ante los juzgados de familia y posibles soluciones. [en línea] 2009 Disponible en: <https://archivo.colegioabogados.cl/>
- CORREA SELAMÉ, J. *Derecho procesal*. [en línea] Tomo II, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2014. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/files/presses/1/monographs/2837/submission/proof/64/index.html#zoom=z>
- COUTURE ETCHEVERRY, E. Diccionario Vocabulario jurídico. 1983 [en línea] Disponible en: <https://esfops.files.wordpress.com/2013/08/vocabulario-juridico.pdf>
- DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalia editor, 1981.
- DEVIS ECHANDÍA, H. *Compendio de la prueba judicial anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso*. Tomo II, S.L, Rubinzal -Culzoni Editores, 2007.
- DURÁN LEIVA, P. El concepto de pertinencia en el derecho probatorio en Chile. Trabajo de Magíster, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2016. [en línea] Disponible en: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/egd948c/doc/egd948c.pdf>
- EZURMENDIA ÁLVAREZ, J. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia. *Revista Chilena de Derecho*. [en línea]. 2020, 47 (1). pp. 101-118 Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v47n1/0718-3437-rchilder-47-01-101.pdf>
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. La valoración judicial de las pruebas declarativas. *Jueces para la Democracia*. [en línea]. 2009, (64). pp. 95-116 Disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2016/valorpruebapresencial/modulo/M%C3%B3dulo%20VI%20Mercedes%20Fern%C3%A1ndez/valoraci%C3%B3n%20de%20pruebas%20declarativas.pdf>
- FERRER BELTRÁN, J. La valoración racional de la prueba. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, 2007.

- FERRER BELTRÁN, J. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana. *Revista jurídica Mario Alario D' Filippo*. [en línea]. 2017, 9 (18) pp. 150-169 Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6857132>
- FIDALGO GALLARDO, C. En: ROMERO, M., y GONZÁLEZ M., (Eds). La prueba Tomo I la Prueba en el Proceso Civil. [en línea] Tomo I. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch, 2017. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788491438779>
- FUENTES MAUREIRA, C. La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* [en línea]. 2011, 18 (1) pp. 119-145. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v18n1/art05.pdf>
- FUENTES, C., MARÍN, F. y RIOS, E. *Informe sobre el funcionamiento de los tribunales de familia de Santiago* [en línea] 2010. pp. 58. Disponible en: https://ciperchile.cl/pdfs/2016/08/peritos/informe_funcionamiento_tribunales_familia.pdf
- FUENTES MAUREIRA, C. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. En: Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana? Editado por LETURIA, F. Santiago, Chile. Ediciones LyD, 2011
- FUENTES MAUREIRA, C. y GARCÍA ODGERS, R. Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia. *Revista de Derecho de familia*. [en línea] 2015, VIII (7) p. 55-82 Disponible en: https://www.academia.edu/23922250/ENTRE_LA_OPACIDAD_Y_LA_IRREFLEXI%C3%93N_A_PROPÓSITO_DE_LA_PR%C3%81CTICA_DE_LA_AUDIENCIA_RESERVADA_ANTE_LOS_Tribunales_de_Familia
- GARCÍA ODGERS, R. El testimonio de las partes en juicio propio. Análisis histórico comparativo a partir de las experiencias de Inglaterra y Austria. *Revista Ius et Praxis* [en línea]. 2012, 18 (1). pp. 147-188. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art06.pdf>
- GASCÓN ABELLÁN, M. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. [en línea]. 2005, N°28, pp. 127-139 Disponible en: <https://www.biblioteca.org.ar/libros/200535.pdf>
- GARRIDO CHACANA, C. *Litigación en juicio ordinario de familia*. [en línea] 1era edición, Santiago, Chile. Editorial Metropolitana, 2016. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/index.php/sisib/catalog/book/3865>
- GONZÁLEZ COULON, M. La carga dinámica de la prueba. *Revista de Derecho Procesal Proyecto de Código Procesal Civil*. 2012, N° 22 pp.363-395
- GONZÁLEZ COULON, M. Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto. *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 2019, 46 (3). pp. 791-819. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v46n3/0718-3437-rchilder-46-03-791.pdf>
- HUNTER AMPUERO, I. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?. *Revista Ius et Praxis* [en línea]. 2017, 23 (1) pp. 247-272 Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v23n1/art08.pdf>

- LARROUCAU TORRES, J. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*. [en línea]. 2012, 39 (3) pp. 783-808 Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v39n3/art08.pdf>
- MARÍN VERDUGO, F. Declaración de la parte como medio de prueba. *Revista Ius et Praxis* [en línea]. 2010, 16 (1). pp. 125-170. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v16n1/art06.pdf>
- MONTERO AROCA, R. *Los Procesos Ordinarios de Declaración y de Ejecución* [en línea] 2ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788491195221>
- NIEVA FENOLL, J. Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras. *Justicia: revista de derecho procesal*. [en línea] 2012, 1 (2). pp. 27-41 Disponible en: <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012.pdf>
- NIEVA FENOLL, J. *Derecho Procesal II Proceso Civil*. [en línea] 1º edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413139685?showPage=55>
- NÚÑEZ OJEDA, R. Crónica sobre la Reforma del Sistema Procesal Civil Chileno (fundamento, historia y principios). *Revista de Estudios de la Justicia*. [en línea]. 2005, (6). pp. 175-189. Disponible en: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15072/15490>
- NÚÑEZ ÁVILA, R. y CORTÉS ROSSO, M. *Derecho procesal de familia. La primera Reforma Procesal Civil en Chile* [en línea] Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters, 2012. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/index.php/sisib/catalog/book/2018>
- RODRIGUEZ PAPIC, I. *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*. [en línea] Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010. Disponible en: <http://vlex.com/source/procedimiento-civil-juicio-ordinario-mayor-cuantia-5484>
- SANABRIA VILLAMIZAR, R., y JIMÉNEZ ESCALANTE J. La declaración de parte como medio de prueba en el derecho procesal civil iberoamericano. Aportes para su estudio en el código general del proceso colombiano. *Revista Academia & Derecho*. [en línea]. 2018, 9 (16) pp. 67-102. Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/5979/5510>
- SILVA MONTES, R. *Manual de procedimiento de Familia*. 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013.
- SOLER, M. y FLECHA, R. De los actos de habla de Austin a los actos comunicativos. Perspectivas desde Searle, Habermas y CREA. *Revista Signos* [en línea]. 2010, 43 (2) pp. 363-375 Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/signos/v43s2/a07.pdf>
- OBREQUE MELÉNDEZ, C. y TOBAR RAMÍREZ, J. *La judicatura de familia*. [en línea] Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing: Thomson Reuters, 2012. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/3012>

- PALOMO VÉLEZ, D. y MATAMALA SOUPER, P. Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* [en línea] 2012, 19 (2). pp. 237-274 Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v19n2/art08.pdf>

- PEREIRA CAMPOS, S. El principio de Inmediación en el proceso por audiencias: Mecanismos legales para garantizar su efectividad. 2016. Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1907/Principiodeinmediacionenlasaudiencias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- PÉREZ RAGONE, A. y PALOMO VÉLEZ, D. Oralidad y prueba: Comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. [en línea] 2009, XXXII. pp. 363-406. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n32/a11.pdf>

- TARUFFO, M. *La prueba*. Traducción de Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRER. Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.

- TARUFFO, M. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. [en línea]. 2005, XXXVIII (114) pp. 1285-1312 Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v38n114/v38n114a13.pdf>

- TAVOLARI OLIVEROS, R. Variaciones sobre la prueba en el proceso (Viejos y nuevos temas probatorios). *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. [en línea]. 1998, XCV (2) pp. 37-59 Disponible en: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL/variaciones+sobre+la+prueba+en+el+proceso/WW/vi/d/228192945>

- VÁSQUEZ ROJAS, C. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid, España. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015.

- VARGAS PAVEZ, M. y CORREA CAMUS, P. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. *Revista Ius et Praxis*. (en línea) 2011, 17 (1). pp. 177-204 Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf>

- XIN, Y. Las teorías de los actos de habla. Trabajo de Fin de Máster. Oviedo, Universidad de Oviedo, Centro Internacional de Postgrado. 2016 [en línea] Disponible en: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/42654/6/TFM_Yin%20Xin.pdf

Sitios WWW (World Wide web)

- AGUILLÓN, G. De la psicología del testimonio a la verdad...No toda. En: *Psico Network Comunidad*. 2020. [en línea] Disponible en: <https://psiconetwork.com/de-la-psicologia-del-testimonio-a-la-verdad-no-toda/#:~:text=Dentro%20de%20la%20b%C3%BAsqueda%20de,que%20significa%3A%20calidad%20Dde>

- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Definición de testimonio*. [en línea] Disponible en: <https://dle.rae.es/testimonio>

- DICCIONARIO ETIMOLÓGICO CASTELLANO EN LÍNEA. *Testimonio*. [en línea]
Disponible en:
<http://etimologias.dechile.net/?testimonio#:~:text=La%20palabra%20%22testimonio%22%20y%20del%20del.testamento%2C%20testigo%20y%20tambi%C3%A9n%20matrimonio.>

Jurisprudencia

- *L.A.L.B con F.F. Causa N° 434/2012* (2012): Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de diciembre de 2012 (Apelación) [en línea] Disponible en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/>

Legislación

- CHILE, Ministerio de Justicia. 2012. Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil. 12 de marzo de 2012.

- CHILE, Ministerio de Justicia. 2008. Ley N°20.286 Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia. 15 de septiembre de 2008.

- CHILE, Corte Suprema.2005. Auto Acordado N°104-2005 Relativo al funcionamiento de los juzgados de Familia. Acuerdo Segundo. 08 de octubre de 2005.

- CHILE, Ministerio de Justicia. 2004. Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia. 30 de agosto de 2004.

- CHILE, Ministerio de Justicia, 1902. Ley N°1.552 que aprueba del Código de Procedimiento Civil. 30 de agosto de 1902.

- ESPAÑA, Jefatura del Estado, 2000. Ley N°1/2000 de Enjuiciamiento Civil. 7 de enero de 2000.

- ESPAÑA, Ministerio de Gracia y Justicia. 1881. Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. 3 de febrero de 1881.

- ESPAÑA, Ministerio de Gracia y Justicia. 1855. Ley de enjuiciamiento civil. 1 de enero de 1856.

- ONU, Asamblea General. *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577.
Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx#:~:text=Los%20Estados%20Partes%20reconocen%20el,%20%20espiritual%2C%20moral%20o%20social.>