



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

FUNDAMENTOS E IDEOLOGÍA DETRÁS DE LAS FACULTADES
OFICIOSAS DEL JUEZ EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS ANTE
LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Autor: Marta Jiménez Esperidión

Profesor Guía: Pía Tavorari Goycoolea

Santiago de Chile

2014

A mi familia por su incondicional apoyo.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO I

LA JUDICATURA DE FAMILIA Y LA REFORMA DE LA LEY 19.968

1.1. Generalidades.....	5
1.2. Principios constitucionales que rigen el derecho de familia.....	8
1.2.1. Constitución Política de la República.....	8
1.2.2. Tratados internacionales ratificados por Chile.....	10
1.2.2.1. Convención Americana de Derechos Humanos.....	10
1.2.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos....	12
1.2.2.3. Convención de los Derechos del Niño.....	13
1.3. La Reforma introducida por la Ley 19.968.....	16
1.3.1. La ideología del proceso en la Ley 19.968.....	17
1.3.2. Los principios formativos del procedimiento.....	23

CAPÍTULO II

PRECISIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO/INQUISITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE/INVESTIGACIÓN JUDICIAL

2.1. Precisiones conceptuales.....	32
------------------------------------	----

2.1.1. Diferencia conceptual entre el principio dispositivo y el principio de aportación de parte.....	33
2.1.2. Facultades materiales y facultades formales de dirección del proceso.....	35
2.2. El principio dispositivo (<i>versus</i> el principio inquisitivo o de oficialidad)...	37
2.2.1. Fundamentos, concepto y alcance.....	37
2.2.2. Argumentos para optar por la primacía de uno u otro principio dentro del proceso.....	41
2.3. El principio de aportación de parte (<i>versus</i> el principio de investigación judicial).....	48
2.3.1. Fundamentos, concepto y alcance.....	48
2.3.2. Argumentos para optar por la primacía de uno u otro principio dentro del proceso.....	52

CAPÍTULO III

FACULTADES OFICIOSAS DEL JUEZ A LA LUZ DE LA LEY 19.968

3.1. Antecedentes generales.....	56
3.2. La solución «adecuada, justa y legítima».....	59
3.2.1. La solución «adecuada».....	60
3.2.2. La solución «justa».....	62

3.2.3. La solución «legítima».....	69
3.3. Facultades oficiosas del juez en la Ley 19.968.....	72
3.3.1. Facultades de dirección formal del proceso.....	72
3.3.1.1. Generalidades.....	72
3.3.1.2. Conciliación entre el principio dispositivo propiamente tal y las facultades de dirección formal del proceso.....	75
3.3.2. Facultades de dirección material del proceso.....	80
3.3.2.1. Generalidades.....	80
3.3.2.2. Límites a la actividad probatoria del juez.....	83
3.3.3. Facultades especiales de dirección del proceso.....	93
CONCLUSIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	110

RESUMEN

Este trabajo analiza la incorporación de facultades oficiosas formales, materiales y especiales en la reforma introducida por la Ley 19.968. Específicamente, se analizan los fundamentos y la ideología detrás de la incorporación de estas facultades y su utilidad dentro del procedimiento.

Para ello, junto con exponer las particulares características del Derecho de Familia que tuvieron influencia en la reforma, se hace un detallado análisis de la ideología del proceso que inspira la misma. Luego, para analizar la influencia de la ideología del proceso en la incorporación de facultades oficiosas del juez, se analizan los principios dispositivo/ inquisitivo y los principios de aportación de parte/ investigación judicial y su recepción en la Ley 19.968.

Finalmente, se hace un análisis particular de las facultades oficiosas del juez contempladas en la Ley 19.968, analizando sus limitaciones prácticas y conceptuales.

INTRODUCCIÓN

Hasta hace unos años atrás, la judicatura de familia no difería en nada de la civil común y supletoria regida por nuestro Código de Procedimiento Civil del año 1.903. Si bien algunas leyes específicas regularon en aquel entonces temas determinados del Derecho de Familia, no fue hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, que se reguló de forma particular la judicatura de familia, diferenciándola abismalmente de la judicatura común.

La necesidad de generar este cambio en la judicatura de familia estuvo determinada por la naturaleza jurídica y características particulares del derecho sustantivo que le subyace, que no es otro que el Derecho de Familia. El tipo de relaciones que éste regula, la calidad de las personas que intervienen, la protección Constitucional a la familia y sus instituciones y la creciente regulación a través de tratados internacionales ratificados por nuestro país, hizo necesaria y urgente una reforma procesal que modernizara y agilizara la judicatura y sistema procesal del ramo.

Así, la Ley N° 19.968 introdujo un procedimiento completamente nuevo y diferente al conocido hasta aquella época para los procedimientos civiles. Se trataba de un procedimiento oral y concentrado, en donde predominaban los

principios de inmediación y de colaboración y en donde se otorgaba al juez de familia novedosas facultades para actuar de oficio dentro del procedimiento.

En suma, una verdadera bomba para la «concepción tradicional» del proceso en materia de familia, que hasta aquella época se había afirmado a los principios consagrados en nuestro decimonónico Código de Procedimiento Civil. Esto sin perjuicio de las grandes reformas al sistema procesal Penal y Laboral con los que se inició el proceso de modernización de la judicatura y la administración de justicia en nuestro país.

Quizás lo más relevante de esta reforma es el cambio en la ideología o paradigma del proceso que ella sustenta. Como se indica en el mensaje del Presidente de la República al Proyecto de la Ley N° 19.968, “[e]l desafío, en consecuencia, no sólo es aumentar la capacidad del sistema para resolver los conflictos; es necesario, todavía, ocuparse del modo en que el sistema los resuelve, para que las decisiones que emita sean socialmente adecuadas y percibidas como legítimas”¹. Es decir, lo importante era dotar de legitimidad a las decisiones judiciales a través de un procedimiento justo y adecuado a la naturaleza jurídica de los asuntos involucrados, y no ya solamente proporcionar un vehículo de aplicación al derecho sustantivo.

¹ Mensaje del Presidente de la República al Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia. Mensaje N° 81-336 de 3 de noviembre de 1997. En: *Historia de la Ley N° 19.968 Crea los Tribunales de Familia*. Biblioteca del Congreso Nacional. <www.bcn.cl>.

Pues bien, las facultades de dirección del proceso y las facultades en materia probatoria otorgadas al Juez de Familia sirven a ese preciso fin: dotar de legitimidad a las decisiones judiciales, asegurar su oportunidad, proporcionar decisiones justas y adecuarse a las necesidades derivadas de la naturaleza jurídica de los asuntos sometidos a su conocimiento. Esto es lo que se intentará demostrar a través de este trabajo.

Así, en el primer capítulo, a modo introductorio, se reseñarán las características particulares de la judicatura de familia y se revisará la reforma introducida por la Ley 19.968. Abarcar la reforma en su totalidad es una meta que rebasa los objetivos de este trabajo, razón por la que aquí sólo analizaremos los principios rectores de la reforma y el modo en que éstos sustentan una ideología particular y nueva del proceso de familia que supone necesariamente una activa participación del juez dentro del mismo.

Seguidamente, en el segundo capítulo, se realizará una revisión de la lógica de los principios dispositivo/inquisitivo y de los principios de aportación de parte/investigación judicial, revisando la ideología detrás de cada uno de ellos.

Luego, en el tercer capítulo se analizará la recepción de estos principios en la Ley 19.968 y en particular las facultades otorgadas al Juez de Familia y sus limitaciones conceptuales y prácticas.

Finalmente, formularemos las conclusiones que merezcan las consideraciones anotadas en los capítulos de desarrollo de esta tesis.

CAPÍTULO I

LA JUDICATURA DE FAMILIA Y LA REFORMA DE LA LEY 19.968

1.1. GENERALIDADES.

A través de la Ley 19.968 se introdujo a nuestro ordenamiento jurídico una judicatura particular y especializada para la resolución de los conflictos que denominaremos genéricamente «de familia».

Pues bien, antes de entrar de lleno al objeto de nuestro estudio, es preciso que comprendamos cuáles son las particularidades de «la familia» que hacen necesaria una judicatura particular y especializada para la resolución de sus conflictos.

Tradicionalmente se ha definido a la familia como *“un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio y parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley le atribuye algún efecto jurídico”*².

² RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia, Tomo I*. 6ta. Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2009). p. 9.

Esta simple definición, eminentemente jurídica, rescata la más particular de sus características: se trata de relaciones interpersonales derivadas de relaciones afectuosas o relaciones de descendencia, que se desarrollan en los ámbitos más privados de nuestra vida en sociedad.

A grandes rasgos, se puede decir que este grupo de personas entre los que median relaciones de matrimonio y parentesco funcionan como un «sistema». El psicólogo Andrés Donoso, quien integró la discusión en el Informe de la Comisión de Familia durante la tramitación del proyecto de la Ley 19.968, destacó la importancia de esta concepción sistémica de la familia, y la describió en base a la interacción constante y necesaria que existe entre sus miembros. Así concebida, la familia es un todo formado por sus miembros en constante interacción³.

La familia entendida como un sistema ha sido definida como *“un conjunto organizado e interdependiente de personas en constante interacción, que se*

³ Sobre el entendimiento de familia como sistema, véase la intervención del señor Andrés Donoso en el Informe Comisión Familia de la Historia de la Ley 19.968: *“El señor Andrés Donoso (psicólogo y terapeuta familiar) informó sobre la existencia de ciertas conceptualizaciones de la fenomenología familiar muy importantes de considerar en el momento de tratar de ayudar a una familia en crisis. En primer lugar, destacó que un hecho importante de tener presente, y del cual se hace cargo el proyecto, es la necesidad de concebir a la familia como un sistema. Ello significa que cualquier cambio de una parte del sistema –puede ser una o más personas- irá seguido de un cambio compensatorio, entendiéndose por tal algo relacionado que regula algún tipo de fenómeno en otras partes del sistema[...].”* Informe Comisión de Familia, en sesión de 20 de Julio de 1999, Cámara de Diputados. En: *Historia de la Ley N° 19.968 Crea los Tribunales de Familia. Op. Cit.*

regula por unas reglas y por funciones dinámicas que existen entre sí y con el exterior"⁴.

Esta visión «sistémica» de la familia tiene la virtud de permitir el análisis de la interacción de ésta dentro de la sociedad, como además de la interacción particular de los miembros que la componen. Así, "[e]l modelo sistémico nos permite pues observar cómo cada grupo familiar se inserta dentro de una red social más amplia, y desde ésta despliega su energía para alcanzar su propia autonomía, como un todo. Pero a la vez nos permite analizar cómo cada microsistema permite integrar la energía de los demás miembros del sistema, bien sean éstos individuos, bien sean subsistema"⁵.

Entendida la familia como tal, forzoso es concluir que cualquier acción o decisión que afecte a uno de los miembros de ese sistema afectará inevitablemente a los demás miembros del mismo.

Como consecuencia de lo anterior, cualquier sistema procesal creado para regular la resolución de conflictos de naturaleza familiar debe tomar en cuenta las particularidades del funcionamiento sistemático de las relaciones de familia y las características particulares de las personas la componen.

⁴ GIMENO COLLADO, Adelina, *et.al. El Enfoque Sistémico en los Estudios sobre la Familia*. Revista Internacional de Sistemas, Volumen 14(2004/2006). pp. 21-34.

⁵ *Ibíd.*

En términos prácticos, lo anterior significa tener en consideración dos cosas. Primero, que cualquier decisión que se tome en un procedimiento «de familia» afectará tanto a la persona involucrada en el conflicto *sub judice* como a las demás personas que integren su sistema (i. e. sus familiares). Y, segundo, que los procedimientos deben ser adecuados a las necesidades de las personas que integran el sistema, especialmente si los involucrados en el conflicto son niños o adolescentes.

Como veremos a continuación, esta importancia de la familia como sistema y la necesidad de protección de los intereses de los niños y adolescentes ha sido recogida en nuestra legislación, particularmente en la Constitución Política de la República (en adelante “la Constitución”) y en diversos tratados internacionales ratificados por Chile.

1.2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EL DERECHO DE FAMILIA.

1.2.1. La Constitución Política de la República.

La Constitución Política de la República reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad.

El artículo 1° de la Carta Política establece, en lo pertinente: *“Artículo 1°. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el*

núcleo fundamental de la sociedad [...] Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

El mandato constitucional es tajante. La familia constituye el núcleo fundamental y principal de la sociedad –es algo así como su «motor»- y como tal merece protección constitucional y políticas que propendan a su fortalecimiento, y no al revés.

Si bien el concepto jurídico de familia no ha sido un tema pacífico en la doctrina nacional, es un hecho cada vez más indiscutible que éste alcanza tanto a las familias matrimoniales como a aquellas que no lo son⁶.

En consecuencia, cualquier proyecto de ley destinado a la regulación de asuntos de familia debe hacerlo guardando respeto al mandato constitucional citado, propendiendo al fortalecimiento de la familia y a su protección.

⁶ Para confirmar esta idea basta revisar el Código Procesal Penal y algunas normas previsionales que reconocen derechos al conviviente; esto sin mencionar el actual proyecto de ley sobre Acuerdo de Vida en Pareja que se tramita en el Senado.

1.2.2. Tratados internacionales ratificados por Chile.

La protección a la familia y a los derechos de los niños y adolescentes no sólo se encuentra establecida en nuestra Constitución. En efecto, Chile ha ratificado tres importantes tratados que reconocen expresamente la importancia de la familia como núcleo de la sociedad y la necesidad de protección de los niños por parte de sus familias, la sociedad y el Estado.

1.2.2.1. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención”) es un instrumento internacional propuesto el 22 de noviembre del año 1969 a los Estados parte de la Organización de Estados Americanos (en adelante, la “OEA”) y que entró en vigencia el 18 de julio del año 1978⁷.

Chile ratificó la Convención en agosto del año 1990, habiéndose promulgado como ley de la República mediante Decreto N° 873, y publicado éste en el Diario Oficial el día 5 de enero del año 1991⁸.

En lo que nos interesa, la Convención en su Artículo 17, titulado “Protección a la Familia”, establece lo siguiente “1. *La Familia es el elemento*

⁷ OEA, *Funciones y Atribuciones de la CIDH.* [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/fuentes.asp>> [consulta: 10 de febrero 2014].

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Convención-Ratificaciones.* [en línea] <<http://www.cidh.org/basicos/Basicos3.htm>> [consulta: 10 de febrero de 2014].

natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

A su vez, el Artículo 19, titulado “Derechos del Niño”, dispone: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.*

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “CIDH”) en su Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17⁹ solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, manifestó que “[l]a eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”¹⁰.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos reafirma el concepto constitucional de protección a la familia y a los niños y adolescentes. Pero más aun, se establece que este principio debe verse reflejado en la

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/022 del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 27 [en línea]. <
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> [consulta: 10 febrero 2014].

¹⁰ *Ibid.*, p.67.

judicatura de familia y en las instituciones internas de cada Estado, adecuándolas a las necesidades propias de las materias «de familia».

1.2.2.2. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

En el mismo sentido que la Convención, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el “Pacto”) adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 220 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, y ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972¹¹, reconoce la idea de familia como motor de la sociedad y los derechos de los niños y adolescentes, otorgándoles a ambos la correspondiente protección.

Así, los Artículos 23 y 24 del Pacto establecen, en lo pertinente, lo siguiente: “*Artículo 23. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”; y, “*Artículo 24. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*”.

¹¹ United Nations, *Treaty Collection*. [en línea] <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en> [consulta 10 de febrero 2014].

El Pacto, además de establecer –tal como lo hacen nuestra Constitución y la Convención- que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, la indica como el «elemento natural» de la misma. Con ello, refuerza la idea de familia como motor de la vida en sociedad y, con ello, la de la protección y fortalecimiento de esta institución por parte de la sociedad y del Estado.

Asimismo, el Pacto refuerza la idea de la necesidad de protección por parte del Estado a los derechos de los niños y adolescentes. Pues bien, como se analizará, una de las formas lógicas de protección a estas dos instituciones es mediante el establecimiento de procedimientos judiciales racionales, justos y adecuados a sus necesidades particulares.

1.2.2.3. *Convención de los Derechos del Niño.*

La Convención de los Derechos del Niño es un instrumento internacional que, habiéndose aprobado unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre del año 1989, fue ratificado por Chile en el mes de agosto de 1990.

En su Artículo 3º, la Convención de los Derechos del Niño establece el “interés superior del niño” como principio fundamental y derecho intrínseco de los niños. Este principio actúa como mandato para los Estados parte, quienes se comprometen por la ratificación o adhesión a esta Convención a adecuar sus

órganos judiciales y a realizar los esfuerzos legislativos y administrativos necesarios para asegurar al niño la protección de sus derechos¹².

Precisamente, durante la discusión del Proyecto de la Ley 19.968, el señor Miguel Cillero, representante de UNICEF, hizo presente la necesidad de la adecuación de la hasta entonces judicatura «de menores» al sistema normativo [internacional] vigente para las relaciones familiares y los derechos de los niños.

En concreto, en la discusión del Proyecto se planteó lo siguiente: *“El señor Miguel Cillero (de UNICEF) precisó que el proyecto responde a la necesidad de adecuar el sistema de administración de justicia a las exigencias de nuestro desarrollo histórico-social y a la evolución del sistema normativo que regula las relaciones familiares y los derechos de los niños. Para ello, propone estructurar dicho sistema, en sus aspectos orgánico y de procedimiento, en función de la especial naturaleza jurídica del conflicto de familia. Entre sus*

¹² El Artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño dispone: “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. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”. Por su parte, el Artículo 4° dispone lo siguiente: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención [...]”.

*fundamentos, el proyecto considera el atraso, en lo conceptual, en que se encuentra nuestra legislación y su falta de adecuación, todavía, a las exigencias derivadas de los tratados internacionales suscritos por Chile sobre la materia*¹³.

Se desprende de la intervención del señor Cillero que son las particularidades de la naturaleza jurídica del conflicto de familia en general las que fundamentan la necesidad de adecuar la judicatura de familia a los estándares internacionales.

Sin perjuicio de ello, para el objeto de este trabajo la mayor importancia de la Convención de los Derechos del Niño radica en que consagra el principio del interés superior del niño, que se transformó en una de las directrices del procedimiento introducido por la Ley 19.968.

* * *

Hasta antes de la reforma introducida por la Ley 19.968, las necesidades de adecuación del sistema de administración de justicia a las exigencias de nuestra normativa Constitucional –incluyéndose en ésta los tratados internacionales ratificados por Chile- eran evidentes y urgentes. El sistema procesal que hasta entonces se hacía cargo de resolver los conflictos

¹³ Informe Comisión de Familia, en sesión de 20 de Julio de 1999, Cámara de Diputados. En: *Historia de la Ley N° 19.968 Crea los Tribunales de Familia. Op. Cit. p.83.*

originados en el seno de la familia era un sistema anacrónico, creado con la mera intención de “aplicar el derecho”¹⁴ y que no se hacía cargo de las obligaciones del Estado en la protección y el amparo de las instituciones «de la familia».

Lo anterior es evidente al analizar el estado de la judicatura de familia antes de la reforma de la Ley 19.968¹⁵ a la luz de los principios constitucionales e internacionales que rigen la materia, análisis que motivó la reforma introducida mediante la Ley 19.968 que se analizará a continuación.

1.3. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 19.968.

La Ley 19.968 introdujo una reforma global a los asuntos de familia que en gran parte pueden explicarse en la ideología del proceso que ésta sustenta. Para comprender esta nueva ideología y sus fundamentos es necesario analizar los cimientos de la reforma introducida por la Ley 19.968, para luego referirse a

¹⁴ En efecto, en el Mensaje Presidencial al Código de Procedimiento Civil, de 1903, se señala que “[h]asta el presente, el trabajo de codificación se ha dirigido principalmente a las leyes substantivas. Falta, sin embargo, dar a estas leyes un campo de acción expedito y obtener de ellas todo el fruto que deben rendir, dotándolas de procedimientos adecuados para el ejercicio y salvaguardia de los derechos que con mayor interés procuran amparar [...]”. Es decir, en éste se concibe al proceso como un mero vehículo de aplicación del derecho sustantivo. Sobre la ideología del proceso en el Código de Procedimiento Civil y en la reforma introducida por la Ley 19.968 se volverá con mayor detalle en el Capítulo siguiente.

¹⁵ Para un análisis detallado del estado de la judicatura de familia antes de la Reforma de la Ley 19.960, véase NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, *Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile*. Santiago: Legal Publishing (2012); y OBREQUE MELÉNDEZ, Cristóbal y TOBAR RAMÍREZ, Jaime, *La Judicatura de Familia*. Santiago: Legal Publishing (2012).

los principios del procedimiento que la sustentan, y que se manifiestan en el nuevo procedimiento introducido por la misma.

1.3.1. La ideología del proceso de en la Ley 19.968

mensaje presidencial mediante el que se inició el Proyecto de la Ley 19.968 señalaba: *“Así, el problema no consiste sólo en que nuestro sistema de administración de justicia posea deficiencias cuantitativas que le impidan hacer frente con prontitud y eficiencia a la cada vez más creciente cantidad de litigios, sino que el problema consiste, además, en que los diseños procedimentales con que cuenta nuestro país poseen deficiencias cualitativas que impiden a nuestros jueces dar una respuesta adecuada a la naturaleza y tipo de conflicto que ante ellos comparece. Los conflictos, hoy día, no sólo son más que aquellos que nuestro sistema es capaz de resolver, también son distintos a aquellos que pudieron imaginar quienes originalmente lo diseñaron. El desafío, en consecuencia, no sólo es aumentar la capacidad del sistema para resolver conflictos; es necesario, todavía, ocuparse del modo en que el sistema los resuelve, para que las decisiones que emita sean socialmente adecuadas y percibidas como legítimas”*¹⁶.

¹⁶ Mensaje del Presidente de la República al Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia, *Op. cit.* pp. 4-5.

Según se desprende del texto transcrito, al iniciarse el Proyecto de la Ley 19.968 (en adelante, el “Proyecto”), el Ejecutivo mostraba su preocupación por dos puntos en particular, uno cuantitativo y uno cualitativo.

Cuantitativamente, la motivación principal del Proyecto radicaba en el hecho que el sistema procesal de familia anterior a la reforma (en adelante el “sistema antiguo”) no daba abasto para dar solución a la enorme cantidad de conflictos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia. Esto no es sorprendente, dado que la judicatura de familia no se encontraba entonces especializada y dependía, en gran parte, de los juzgados con competencia común (juzgados que absorben la mayor cantidad de causas en el sistema).

Más interesante es la preocupación del Ejecutivo por el ámbito cualitativo de justicia de familia. Según da cuenta el fragmento transcrito del mensaje presidencial al Proyecto, el impulso central de la reforma introducida por la Ley 19.968 (en adelante, la “reforma”) dice relación con la necesidad de proporcionar a los jueces en materia de familia las herramientas necesarias para lograr resolver de forma adecuada, justa y legítima los conflictos sometidos a su conocimiento.

Lo novedoso e interesante de lo anterior radica en el hecho de que esta consideración respecto a las necesidades cualitativas que presenta la judicatura

de familia muestra una concepción o ideología del proceso totalmente distinta a la que sustenta el Código de Procedimiento Civil (cuyas normas aplicaban e inspiraban el sistema antiguo).

El destacado autor italiano MICHELE TARUFFO identificó dos aproximaciones teóricas respecto a la ideología del proceso. "*La primera, se basa en la idea de que el propósito y la función del litigio civil es la resolución de disputas entre individuos privados. Eso significa que algunos sistemas legales y sociales no tienen un interés real en los contenidos y en la calidad de la decisión judicial, supuesto que esas decisiones son efectivas para superar los conflictos*"¹⁷. Estimamos que nuestro Código de Procedimiento Civil refleja esta ideología del proceso. La segunda aproximación teórica, en cambio, "*parte de la suposición de que el principal propósito del litigio civil es resolver disputas por medio de decisiones que aplican correctamente las provisiones legales relevantes a los hechos del caso particular. Para la correcta aplicación de las normas, una reconstrucción fidedigna de los hechos a los cuales las normas deben ser aplicadas es una condición necesaria (aunque no suficiente), por la buena razón que ninguna regla legal puede ser correctamente aplicada a los hechos incorrectos. En otros términos: una decisión justa es el propósito final del litigio civil, pero una ponderación fidedigna de los hechos del caso es un*

¹⁷ TARUFFO, Michele, *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana (2009). p. 73.

*requisito para una decisión justa y, por lo tanto, deviene en un valor instrumental, pero esencial*¹⁸.

Como se puede apreciar, la ideología del proceso tiene que ver con su finalidad. Establecido que el proceso es en sí un concepto teleológico, orientado a un fin, es precisamente lo que definamos concretamente como fin del proceso lo que denominaremos la «ideología del proceso».

Como se adelantó, nuestro Código de Procedimiento Civil del año 1.903 sustenta una ideología del proceso orientada a la resolución de conflictos de intereses privados, concibiéndolo como un vehículo de aplicación para el derecho sustantivo. Así se entiende cuando en el mensaje presidencial al Código se señala que *“Falta, sin embargo, dar a estas leyes un campo de acción expedito y obtener de ellas todo el fruto que deben rendir, dotándolas de procedimientos adecuados para el ejercicio y salvaguardia de los derechos que con mayor interés procuran amparar. Esta es la necesidad que se trata de llenar por medio de este Código, uniformando las reglas de tramitación diseminadas hoy en leyes numerosas y no pocas veces contradictorias, y estableciendo procedimientos nuevos en armonía con la necesidades creadas por los otros Códigos ya en vigencia”*¹⁹.

¹⁸ TARUFFO, Michele, *Op. cit.* p. 76.

¹⁹ Mensaje del Código de Procedimiento Civil.

En suma, nuestro Código de Procedimiento Civil busca obtener un vehículo expedito y adecuado para el ejercicio y salvaguardia del derecho sustantivo, a través del proceso. Así concebido, el proceso tiene como finalidad componer un conflicto asegurando la efectividad del derecho sustantivo²⁰, es decir, la satisfacción del interés privado de las partes en pugna.

Pues bien, la Ley 19.968 concibe el proceso en términos diferentes. La contraposición en la ideología del proceso que sustenta la Ley 19.968 y aquella que inspira nuestro Código de Procedimiento Civil queda en evidencia cuando se analiza la finalidad²¹ perseguida por el mismo, es decir, la ideología del proceso en que se sustenta cada una. En palabras simples, como señala el profesor JAIRO PARRA QUIJANO “[s]urge de esta concepción una oposición entre el proceso que persigue la ‘resolución de conflictos’ y la idea de la ‘búsqueda de la verdad’ sobre los hechos”²².

²⁰ Ésta idea de coincide con la concepción tradicional del proceso. Así, el profesor Eduardo Couture señala que “La idea de proceso, decíamos, es necesariamente teleológica, pues sólo se explica por su fin. El proceso por el proceso no existe. El fin del proceso, agregábamos, es el de dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción. Ese fin es privado y público, según trataremos de demostrarlo. Satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción”. COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3° Ed.). Buenos Aires: Ediciones De Palma. (1958). pp. 145-146.

²¹ El proceso en sí es una institución teleológica, determinada por su fin. “Pero esos actos constituyen en sí mismos una unidad. La simple secuencia, como se verá más adelante, no es proceso, sino procedimiento. La idea de proceso es necesariamente teleológica, como se dice reiteradamente en este libro. Lo que la caracteriza es su fin[...].” COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo, *Op. cit.* p. 122.

²² PARRA QUIJANO, Jairo, *Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio*. Bogotá: Editorial Temis (2004). p. 3.

El profesor PARRA QUIJANO, cuyas ideas sirvieron de base e inspiración para la realización de este trabajo, toma partido *in abstracto* por la ideología del proceso que lo concibe como un mecanismo de búsqueda de la verdad con miras a un resultado justo, descartando aquella que lo concibe como un mecanismo para la resolución de conflictos o aplicación del derecho sustantivo. Esto, a su vez, lo lleva a afirmar que la idea del proceso con miras a la búsqueda de la verdad supone un juez activo en el mismo. *“Tomamos partido por la ideología que afirma que en el proceso se debe averiguar la verdad, para sobre ella dictar una sentencia justa. Ello supone tener un juez interventor en el proceso, con poderes que le permitan decretar pruebas de oficio”*²³.

Pues bien, la idea de proceso que inspira la reforma introducida por la Ley 19.968 es aquella que busca la verdad dentro del mismo para la obtención de una sentencia o resultado adecuado, justo y legítimo. Y ello, según se analizó en el apartado anterior, pareciera estar motivado por las particulares características que inspiran el derecho de familia, recogidas tanto en nuestra Constitución como en los Tratados internacionales ratificados por nuestro país.

A primera vista, esta nueva ideología del proceso podemos verla reflejada en el mensaje al Proyecto de la Ley 19.968 transcrito más arriba, en donde se establece que el proceso debe estar destinado a la obtención de un

²³ *Ibíd.* p. 9.

resultado justo, adecuado y conforme a la verdad; y que, para ello, dotar al juez de las herramientas necesarias y adecuadas dentro del proceso se hace inevitable.

A continuación analizaremos cómo esta ideología (expresada como una motivación en el Mensaje) se ve reflejada concretamente en los principios que informan el procedimiento introducido por la Ley 19.968.

1.3.2. Los principios formativos del procedimiento

Los principios del procedimiento que inspiran la Ley 19.968 *“indican los puntos de orientación más importantes que debe seguir el régimen de actuación formal de la pretensión hasta obtener la sentencia definitiva que decida acerca de ella. Se trata de reglas prácticas de gran generalidad en su aplicación que posibilitan la concretización del proceso, organizando su correcto despliegue”*²⁴.

De esta definición es importante destacar que otorga a los principios del procedimiento la virtud de concretizar el proceso y organizarlo con miras a la obtención de la sentencia definitiva. Lo relevante de estos principios es que regulan el «cómo» del proceso. Puesto que si bien es cierto y conocido que la noción de proceso como institución está orientado a la solución de un conflicto,

²⁴ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia. La primera reforma procesal civil en Chile*. Santiago: Legal Publishing Chile (2012). p. 82.

lo que aquí interesa averiguar es cómo se alcanza esa solución que, en la práctica, se traduce en una sentencia definitiva.

Según se abordará, son los principios del procedimiento en general los que permiten identificar cuál es la ideología que inspira un proceso determinado. Respecto de la Ley 19.968, adelantaremos que los principios contemplados en ella revelan que la ideología del proceso que la inspira tiene que ver con la búsqueda de la verdad para la obtención de una solución (sentencia) adecuada, justa y legítima.

El artículo 9° de la Ley 19.968 enuncia los principios del procedimiento seguido ante los Tribunales de Familia. En concreto, éste dispone lo siguiente: *“Artículo 9°. Principios del procedimiento. El procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de inmediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes”*.

La Ley es bastante autosuficiente y se explica por sí sola respecto al significado preciso de cada uno de los principios enunciados en el artículo transcrito²⁵. Sin embargo, para los propósitos de este trabajo se debe analizar cómo la conjunción de estos principios dentro del procedimiento se inspiran en

²⁵ Véase para estos efectos los artículos 10 a 16 de la Ley 19.968.

una idea de proceso orientado a la búsqueda de la verdad para obtener una solución adecuada, justa y legítima.

En este sentido, hemos sostenido que la Ley 19.968 introdujo una nueva ideología del proceso, motivada por las particulares características del derecho de familia.

Esta ideología del proceso en la Ley 19.968 se sostiene en última instancia en la obtención de un resultado adecuado, legítimo y justo, según se ha indicado. Lo relevante es que para alcanzar este resultado es necesario que el juzgador pueda averiguar la verdad. Como sostiene el profesor Parra Quijano, “[i]ndependientemente del criterio que se tenga para juzgar la justeza de cualquier decisión judicial, debe quedar claro, y este es el tema que nos interesa para el trabajo que pretendemos desarrollar, que no es posible defender la justicia de una decisión, si ella no se basa en una determinación real de los hechos. Se puede concluir, entonces, que difícilmente se puede defender una decisión que no se basa en la verdad: ni desde el punto de vista ideológico y mucho menos frente al sentido común, que también importa, y mucho”²⁶.

²⁶ PARRA QUIJANO, Jairo. *Op. cit.* p. 7.

Cabe entonces preguntarse, si los principios formativos del procedimiento de la ley 19.968 permiten alcanzar la verdad para obtener un resultado legítimo y justo.

El procedimiento introducido por la Ley 19.968 es un procedimiento en donde priman los principios de la oralidad, la concentración y la inmediación, a diferencia de los procedimientos del sistema antiguo, en donde lo que primaba era la escrituración, desconcentración y mediación en el procedimiento.

Se han elegido deliberadamente estos tres pares de principios en conjunto (oralidad/ escrituración; concentración/ desconcentración e inmediación/ mediación) dado que los tres miran a lo que estimamos es un “objetivo común”: el conocimiento del conflicto por parte del juzgador y su aproximación material a la verdad. Que el procedimiento sea oral y concentrado permite que las partes den a conocer el conflicto en forma eficiente y de primera fuente. Por su parte, la inmediación como principio obliga al juzgador a tomar conocimiento del conflicto en forma directa. Como resultado, este acercamiento directo entre los intervinientes en el proceso permite al juzgador aprehender y comprender el conflicto de forma inmediata y en su adecuado contexto, acercándolo de esta manera a la verdad.

Por el contrario, en un procedimiento escriturado, desconcentrado y donde prime el principio de mediación el juzgador (quien no participa directamente en el proceso sino hasta la dictación de la sentencia) sólo puede lograr una parcial comprensión del conflicto, que es en todo caso indirecto, sesgado y preparado²⁷. Recordemos que en nuestro proceso civil, las partes no comparecen ante el Tribunal personalmente, sino que representados por un abogado que en defensa de sus intereses relatan el conflicto con miras al interés individual de éstos. A ello se suma la circunstancia que el juzgador jamás entra en contacto directo con las partes protagonistas del conflicto. Esta forma de conocer el conflicto por parte del juzgador obstaculiza su acercamiento a la verdad y, con ello, se aleja de una sentencia justa y legítima.

La Ley 19.968 contempla, además la actuación de oficio como principio preponderante en el procedimiento. Éste se encuentra contemplado expresamente en el artículo 13 de la Ley, sin perjuicio de que existen manifestaciones concretas del mismo a lo largo de todo el texto de la norma. Sobre la actuación de oficio del juez dentro del procedimiento nos referiremos *in*

²⁷ En este sentido, Raúl Fernández señala que “[s]in duda que toda la intención de situar al juez como director del proceso no habría pasado más allá del papel si en los procedimientos hubiera seguido predominando la mediación y la escritura, pues la realidad demuestra que en esos procedimientos el juez es un personaje lejano tanto del material fáctico del proceso como de los litigantes, que sólo aparece visible al momento de dicar sentencia definitiva; esta estructura procesal no aviene para nada con la función pública llamada jurisdicción y, por ende, con la figura de juez que postulamos. Para evitar esta situación los legisladores han instaurado una serie de instituciones que permitan situar al juez en la posición que le corresponde, siendo imprescindible el predominio de la inmediación, oralidad y concentración sobre la mediación escritura y desconcentración respectivamente en los nuevos procedimientos”. FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, *Las Facultades y Deberes del Juez en Materia Probatoria en el Proceso Laboral: Análisis Crítico*. Santiago: Editorial Thomson Reuters Puntotext (2011). p. 11.

extenso más adelante; por ahora baste señalar que la presencia de un juez activo en el proceso es condición necesaria para la obtención de la verdad y de una sentencia legítima. En este sentido, el profesor HUNTER AMPUERO ha señalado que “[a]sí las cosas, una tal concepción de la función del Estado –y por ende del Derecho- en la solución de los conflictos de familia reclama, sin lugar a dudas, que el juez pueda y deba asumir una actividad fundamental en la búsqueda de la verdad a fin de que la sentencia se apegue lo más posible a una realidad fáctica donde el juez está llamado a aplicar el Derecho. En el Estado de Derecho, el juez en ejercicio del monopolio jurisdiccional debe a lo menos intentar acercarse lo más posible a la verdad histórica que debe reconstruir de acuerdo a los hechos alegados por las partes, más aún cuando su decisión definirá la suerte de los derechos e intereses legítimos que configuran un determinado orden público familiar”²⁸.

La Ley 19.968 establece también la preponderancia de las soluciones colaborativas frente a las eminentemente adversariales, lo que dice relación con las características particulares del derecho procesal de familia. Si bien este principio no influye directamente en la búsqueda de la verdad dentro del proceso, éste sí presupone la existencia de un juez activo dentro del mismo, que con las herramientas procesales adecuadas pueda propender a la conciliación y soluciones autocompositivas entre las partes. Sin embargo, para

²⁸ HUNTER AMPUERO, Iván. 2007. *Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia*. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Vol. XX(1). p. 216.

lograrlo el juez debe estar en contacto directo con las partes del conflicto y con el conflicto mismo; debe buscar los puntos de encuentro entre las partes acercándose a la verdad.

Acto seguido, en el artículo 15, la Ley contempla el principio de publicidad²⁹ de los actos del Tribunal, en virtud del cual “*todas las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal son públicos*”. La publicidad de los actos del tribunal tiene la virtud importantísima de «socializar» el contenido de sus actos (y no sólo de la sentencia). Esta socialización de los actos del tribunal funciona como morigerador de las facultades oficiosas del tribunal, o del juez en este caso. Dado que son públicos y asequibles, los actos del juez deben guardar una lógica y racionalidad entendible y asible por el común de los miembros de la sociedad. Nuevamente, para alcanzar un resultado, justo, racional y que pueda ser entendido por todos, es necesario averiguar la verdad o acercarse con relativa cercanía a ésta.

²⁹ Es importante mencionar que el texto original del artículo hacía énfasis en la protección de la intimidad: “*Artículo 15.- Protección de la intimidad. El juez deberá velar durante todo el proceso por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y especialmente los niños, niñas y adolescentes. Con ese objetivo podrá prohibir la difusión de datos o imágenes referidos al proceso o a las partes; o disponer, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada*”. Este artículo fue reemplazado por el actual mediante las modificaciones introducidas por la Ley 20.286 dado que la antigua redacción generaba confusión en los jueces, quienes lo entendían como una manifestación del principio de secreto o reserva. La nueva redacción deja claro que la primacía la tiene el principio de publicidad, salvo las excepciones legales necesarias derivadas de las particulares características del derecho de familia. *Historia de la Ley N° 20.286 Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia*. Biblioteca del Congreso Nacional. <www.bcn.cl> Segundo Informe Comisión de Constitución de 23 de enero de 2008, Boletín N° 4.438-07. p. 595.

Finalmente, en consonancia con lo dispuesto en los diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país³⁰ en el artículo 16 de la Ley 19.968 se contempla el principio del interés superior del niño, niña o adolescente y su derecho a ser oído. Se trata de un principio emanado del derecho sustantivo y que se transforma en una de las directrices de los procedimientos de familia en donde ellos intervengan.

Sobre este principio en particular resulta interesante destacar que el principio va orientado a la actuación del juez, más que de las demás partes intervinientes. Se trata de una carga para el Juez, quien *debe* velar por el interés superior del niño durante el procedimiento y darle importancia principal a éste en la resolución del conflicto. Para ello, se dota al juez de familia de una serie de facultades oficiosas específicas, la más importante de ellas la “potestad cautelar”, a través de las que éste toma parte activa en el procedimiento.

* * *

A modo de conclusión parcial, nos parece necesario recalcar las siguientes ideas desarrolladas a lo largo de este capítulo.

1) El derecho de familia tiene particularidades claras y específicas, derivadas del tipo de relaciones jurídicas que regula. El derecho procesal, por

³⁰ Véase sección 1.2.2. *supra*.

su parte, no puede estar ajeno a estas particularidades, mucho menos cuando los conceptos de familia y de protección a los niños encuentran consagración a nivel constitucional e internacional.

2) La reforma introducida por la Ley 19.968 a la judicatura de familia responde a estas características particulares indicadas en el punto precedente. Sin embargo, en última instancia esta reforma tiene su fundamento en una nueva concepción o ideología del proceso, entendido éste como un mecanismo para la búsqueda de la verdad en pos de una solución adecuada, justa y legítima. Esta ideología supone necesariamente un juez activo tanto en la dirección del proceso como en el desarrollo de la actividad probatoria dentro del mismo.

3) Tanto esta nueva ideología del proceso que entendemos implícita en la reforma, como la necesidad de un juez activo para el éxito de la misma, se ven reflejada concretamente en los principios del procedimiento que inspiran la Ley 19.968.

CAPÍTULO II

PRECISIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO/INQUISITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE/INVESTIGACIÓN JUDICIAL

2.1. PRECISIONES CONCEPTUALES.

En términos generales, el nivel de actividad permitido al juzgador varía según la concepción de proceso que se tenga y según se entienda la labor del juez dentro del mismo. Estas ideas se ven reflejadas en la aplicación de los siguientes principios: dispositivo/ inquisitivo y de aportación de parte/ investigación judicial.

En consecuencia, para entender la racionalidad y lógica del juez activo dentro del proceso es necesario analizar los fundamentos y la lógica detrás de los principios contrapuestos mencionados.

2.1.1. Diferencia conceptual entre el principio dispositivo y el de aportación de parte.

La concepción del proceso imperante en el siglo XIX, inspirada por la ideología liberal heredada de la Revolución Francesa, concebía a las partes como únicas gestoras de la actividad procesal. En este estado de las cosas, el proceso era entendido como una cuestión entre las partes, iniciado y gestado por éstas y en el que el juez tenía un rol de mero espectador³¹.

Siguiendo esta línea, COUTURE definió el principio de disposición como “*aquel que deja librada a las partes la disponibilidad del proceso*”³².

En este modo de entender el proceso se condiciona el actuar del juzgador a la actividad o requerimiento previo de las partes, quienes cumplen el rol de dueños y señores del proceso.

Esta es la versión más extrema del denominado principio dispositivo, en virtud del que las partes se encuentran facultadas para disponer a su arbitrio de sus intereses privados acudiendo al órgano jurisdiccional para la satisfacción de

³¹ Cfr. FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, *Op. cit.* p. 16-18. En este mismo sentido HUNTER AMPUERO, Iván. *El Principio Dispositivo y los Poderes del Juez*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XXXV. p. 150-152.

³² COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo. *Op. cit.* p. 185.

sus pretensiones, pudiendo actuar dentro del proceso también a su arbitrio con miras a la consecución de sus intereses individuales³³.

Sin embargo, esta concepción del principio dispositivo muestra una confusión conceptual entre el interés privado y el interés público involucrados en el proceso³⁴. Como nos enseña COUTURE³⁵, el proceso cumple una función a la vez pública y privada, funciones que se manifiestan en la relación jurídica procesal, por un lado, y la relación jurídica sustantiva³⁶, por el otro.

Fue recién a principios del siglo XX que la doctrina alemana³⁷ estableció la distinción necesaria para la precisión de los conceptos. Así, se distinguió entre el principio dispositivo propiamente tal, *dispositionsprinzip* en la doctrina alemana, y el principio de aportación de parte, o *verhandlungsmaxime* en alemán.

³³ Cfr. FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, *Op. cit.* p. 18.

³⁴ Esta distinción ha sido muy relevante en la discusión sobre la ideología del proceso civil y la influencia del fenómeno de publicización del proceso en ella, ya que ésta se basa fundamentalmente en la idea del proceso como institución de orden público, en contraposición al objeto del proceso como institución de orden privado. Sobre este fenómeno véase la sección 2.3.1 *infra*.

³⁵ Véase nota al pie N° 18, *supra*.

³⁶ Cfr. FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, *Op. cit.* p. 16.

³⁷ Cfr. HUNTER AMPUERO, Iván, *El Principio Dispositivo y los Poderes del Juez. Op. cit.* p. 152. En este mismo sentido, los autores LIEBMAN, Tullio Enrico. *Fundamento del principio dispositivo, en Rivista di Diritto Processuale*, 4 (1960) y PICÓ I JUNOY, Joan, *El Juez y la Prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Editorial Bosch (2007).

En la doctrina nacional se les ha llamado, respectivamente, principio dispositivo material (o propiamente tal) y principio dispositivo procesal (o de aportación de parte). El primero de ellos se entiende como la *“titularidad de los particulares sobre los derechos objeto del proceso y la consecuente posibilidad de disponer libremente de los mismos con actos vinculantes para el juez”*³⁸, es decir, se encuentra ligado a la relación jurídica material; el segundo, en cambio, *“mira al desarrollo formal del proceso, esencialmente a la introducción de los hechos y la prueba”*³⁹, y se encuentra ligado a la relación jurídica procesal. Esta denominación, sin embargo, no debe inducir a equívocos respecto al tipo de facultades a las que se encuentran referidas, y que se analizará en la sección siguiente.

2.1.2. Facultades materiales y facultades formales de dirección del proceso.

Visto desde el punto de vista del juez, los principios que surgen de esta división conceptual del principio dispositivo son: i) el principio inquisitivo o de oficialidad y ii) el principio de investigación judicial. En términos prácticos, ellos se traducen, respectivamente, en las facultades de dirección del *procedimiento*⁴⁰ y facultades probatorias del juez, facultades que

³⁸ HUNTER AMPUERO, Iván, *El Principio Dispositivo y los Poderes del Juez. Op. cit.*

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ El texto en cursiva es nuestro, para destacar que se trata de facultades de dirección dentro del procedimiento entendido como una secuencia o sucesión de actos en un sentido dinámico. En palabras de COUTURE, *“Procedimiento, por su parte, es esa misma sucesión en su sentido dinámico de movimiento [...] El proceso es la totalidad, la unidad. El procedimiento es la*

doctrinariamente se han denominado como facultades formales y facultades materiales de dirección del proceso.

Las facultades de dirección formal del procedimiento dicen relación con el conjunto de actos jurídicos procesales que deben realizarse para el desarrollo del proceso a fin de que éste llegue a su término; es decir, dice relación con las formas procesales⁴¹.

Por su parte, las facultades de dirección material del proceso dicen relación con los actos jurídicos procesales que tienen directa relación con el fondo de la cuestión sometida a conocimiento del órgano jurisdiccional y que pueden influir en el mérito del proceso. Tradicionalmente se ha entendido que éstas las constituyen principalmente las facultades probatorias⁴².

Como veremos, esta clasificación de las facultades de dirección del proceso se encuentra íntimamente relacionada con los principios dispositivo y de aportación de parte (y sus antónimos correlativos).

sucesión de los actos. Los actos procesales tomados en sí mismos son procedimiento y no proceso. En otros términos: el procedimiento es una sucesión de actos; el proceso es la sucesión de esos actos apuntada hacia el fin de la cosa juzgada". COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo. *Op. cit.* p. 202.

⁴¹ Cfr. FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, *Op. cit.* p. 9.

⁴² Cfr. FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, *Op. cit.* p. 14.

2.2. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO (VERSUS EL PRINCIPIO INQUISITIVO O DE OFICIALIDAD)⁴³.

2.2.1. Fundamentos, concepto y alcance.

Según se señaló, el principio dispositivo propiamente tal se encuentra íntimamente relacionado con la relación jurídica material que es objeto del conflicto que se somete al conocimiento del los órgano jurisdiccional. En este sentido, y en términos generales, el principio dispositivo se inspira en la idea de libertad que se extiende a las partes respecto de esta relación jurídico-material. Bajo esta concepción –liberal, si se quiere-, el fundamento último del principio dispositivo recae en el derecho de propiedad. Así, la doctrina tanto nacional como internacional ha estimado que, sin estar expresamente consagrado en la Constitución, el principio dispositivo tiene fundamento constitucional, consagrado a través del derecho de propiedad y de libertad de emprendimiento o desarrollar libremente cualquier actividad económica⁴⁴.

⁴³ Incluimos el principio inquisitivo o de oficialidad entre paréntesis ya que el análisis a su respecto será indirecto. El análisis se enfocará al principio dispositivo, pero por tratarse de principios contrapuestos las referencias a uno necesariamente implicarán una referencia cruzada al otro.

⁴⁴ En este sentido, HUNTER AMPUERO: “*En efecto, como es sabido, la C. Pol. asegura en su artículo 19 N° 24 el derecho de propiedad, en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. Esta protección se extiende no sólo a los atributos de la propiedad sino también a sus facultades, esto es, la posibilidad de usar, gozar y disponer del derecho. Así las cosas, si el Estado asegura a los ciudadanos la propiedad y su libre disponibilidad, es evidente que sólo al titular del derecho subjetivo la compete discernir, sobre criterios de oportunidad, si desea tutelar jurisdiccionalmente tal derecho dando inicio a un proceso por medio del ejercicio de la acción, definir el contenido y alcance de la tutela solicitada, y poner fin*”

Esta concepción constitucional del principio dispositivo propiamente tal tiene dos importantes consecuencias. En primer lugar, le da al principio dispositivo rango constitucional y, con ello, lo convierte en una garantía judicial para los ciudadanos en contra de la intervención activa del juez (principio inquisitivo o de oficialidad) en la esfera del ejercicio de su derecho; y, en segundo lugar, deja en evidencia –como se analizará más adelante– que la primacía de uno u otro principio (en nuestro caso, la primacía del principio dispositivo por sobre el inquisitivo o de oficialidad) depende en última instancia de una decisión político-económica más que de lógica procesal.

En este sentido, *“el fundamento del principio dispositivo se encuentra en la propia estructura del modelo económico y jurídico acogido por nuestro ordenamiento jurídico, y especialmente por la Constitución[...] En consecuencia, opta por un sistema que distingue claramente entre intereses*

al proceso”. HUNTER AMPUERO, Iván. *El Principio Dispositivo y los Poderes del Juez*. Op. cit. p. 153.

Véase, en este mismo sentido, PICÓ I JUNOY: *“El fundamento del principio dispositivo, en opinión de la doctrina mayoritaria, se encuentra en la propia estructura del modelo económico jurídico acogido por nuestro ordenamiento y, especialmente, por la Constitución en la que se reconoce el derecho a la propiedad privada –art.33- y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado –art. 38-. En consecuencia, opta por un determinado modelo que implica una distinción clara entre intereses privados y públicos, y la admisión de un amplio margen a la autonomía de la voluntad y a la iniciativa de particulares”*. PICÓ I JUNOY, Joan, *El Juez y la Prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Editorial Bosch (2007). pp. 100.

*privados y públicos, y la admisión de un amplio margen a la autonomía de la voluntad y la iniciativa de los particulares*⁴⁵.

De acuerdo con lo anterior, y siguiendo en esta materia al célebre autor español PICÓ I JUNOY, el principio dispositivo ha sido definido y delimitado sus alcances. *“En virtud del principio dispositivo las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimen oportuno. Por ello, es común considerar como manifestaciones o notas esenciales de este principio las siguientes: a) El inicio de la actividad judicial sólo es posible a instancia de parte[...]; b) La determinación del objeto del proceso corresponde únicamente a los litigantes[...]; c) Las resoluciones judiciales deben ser congruentes con las pretensiones de las partes[...]; c) La finalización de la actividad jurisdiccional se atribuye en exclusiva a la voluntad de los litigantes[...]*^{46/47/48}.

En la doctrina nacional, a propósito de la Reforma introducida por la Ley 19.968, se ha definido este principio como aquel que, fundado en la valoración del derecho o interés pretendido como predominantemente privado, implica la

⁴⁵ Fernández Toledo, Raúl, *Op. cit.* pp. 24, 25.

⁴⁶ PICÓ I JUNOY, Joan, *El Juez y la Prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual.* *Op. cit.* pp. 99, 100.

⁴⁷ En el mismo sentido, Fernández Toledo, Raúl. *Op. cit.* pp. 18-25.

⁴⁸ Véase también DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (2006). *Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español.* En: MONTERO AROCA, Juan [coordinador] *et. al. Proceso e Ideología Civil. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.* Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch (2006). pp. 30.

facultad de las partes de decidir acerca de poner o no en movimiento la jurisdicción, determinar y delimitar el interés sometido a conocimiento del tribunal y, con ello, la materia o extensión sobre el que se pronunciará la sentencia y, finalmente, la de realizar actos de disposición de la materia objeto del proceso, entre ellas, poner término a la actividad jurisdiccional⁴⁹.

En suma, la judicialización del conflicto derivado de la relación jurídico material, que supone el nacimiento de la relación jurídico procesal, la delimitación de los alcances del mismo sometidos al conocimiento del órgano jurisdiccional y el término de la relación jurídico procesal se encuentran entregado al libre albedrío de las partes. Lo anterior dice relación con lo que COUTURE denominó la función privada del proceso, esto es, la composición de un conflicto para la satisfacción de intereses privados⁵⁰.

En consecuencia, el principio dispositivo, en su sentido más puro, supone la pasividad del juez en cuanto al inicio y la dirección del proceso. Así, la actividad jurisdiccional es activada sólo y únicamente a instancia de parte⁵¹ y, en general, todos los actos de disposición en el proceso, como serían la delimitación del conflicto sometido a decisión del juez y el inicio y término de la

⁴⁹ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio. *Op. cit.* p. 65.

⁵⁰ Más adelante veremos cómo esta «función privada» del proceso se torna difusa en materia procesal de familia.

⁵¹ La Ley 19.968 contempla un caso en que la actividad jurisdiccional puede ser iniciada de oficio por el juez, lo que una vez más da cuenta de las particularidades de la lógica procesal en materia de familia. Volveremos detalladamente sobre esto en el Capítulo III, *infra*.

actividad jurisdiccional, son privativos éstas. Básicamente, se trata de que el impulso procesal⁵² quede radicado exclusivamente en las partes cuando los intereses involucrados son eminentemente privados.

El principio inquisitivo o de oficialidad, en cambio, se encuentra fundado en la valoración del interés o derecho pretendido como predominantemente público⁵³, lo que justifica la intervención del Estado, es decir, del juez en ejercicio de la función jurisdiccional, en las facultades de iniciar la actividad jurisdiccional, delimitar el conflicto y ejercer actos de disposición sobre el proceso y su objeto. Es decir, en su sentido más puro, el principio inquisitivo o de oficialidad implica que el impulso procesal quede radicado exclusivamente en el Juez.

2.2.2. Argumentos para optar por la primacía de uno u otro principio dentro del proceso

En concreto, la primacía del principio dispositivo o del principio inquisitivo dentro del proceso es una decisión del legislador. La decisión pareciera ser, a primera vista, simple: debe decidirse si primará la iniciativa particular de las

⁵² COUTURE lo definió de la siguiente manera: “Se denomina impulso procesal al fenómeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo. [...] El impulso procesal se obtiene mediante una serie de situaciones jurídicas que una vez afectan a las partes y otras al tribunal”. COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo. *Op. cit.* p. 172.

⁵³ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio. *Op. cit.* pp. 65,66.

partes o, por el contrario, si primará la iniciativa del juez. Sin embargo, según se ha adelantado, la decisión es más bien compleja, ya que en definitiva, ella dependerá de la ideología que se tenga sobre el proceso.

A su vez, la ideología del proceso que se postule necesariamente está determinada por factores político-económicos y por las características particulares de los intereses involucrados, entre ellas, su carácter privado o social.

Si bien estos principios no se presentan jamás en una versión pura, la doctrina mayoritaria acepta que, en el proceso civil al menos, debe predominar el principio dispositivo, sobre la base de que los intereses en juego son esencialmente privados y que, como tales, se encuentran resguardados y garantizada la libertad de su ejercicio en la Constitución.

Sin embargo, las características particulares del derecho de familia dificultan la calificación de los intereses involucrados de «intereses privados». El profesor COUTURE reflexiona sobre este punto con una claridad envidiable, por lo que transcribiremos íntegramente su pensamiento: *“El proceso civil hispanoamericano, y en especial el de nuestro país, no consagra el principio de disposición en forma absoluta. Este tipo de proceso es predominantemente dispositivo.*

“Este principio se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares.

“Distinta es la suposición en aquellos casos en que se halla comprometido un interés social, frente al cual no es lícito a las partes interesadas contener la actividad de los órganos del poder público.

“Por supuesto que la división de los asuntos entre los de interés meramente privado y de interés social, no es fácil. Las situaciones son claras en las zonas extremas. Nadie duda que la aplicación de la pena al homicida afecta el interés de la comunidad y no sólo a los herederos de la víctima; nadie duda, tampoco, que el cobro de una deuda de dinero atañe ante todo al interés privado del acreedor. Pero cuando de esas zonas extremas se pasa a las situaciones fronterizas (así, por ejemplo, relaciones de familia, tutela del derecho de los trabajadores, funcionamiento de los servicios públicos, etc.), los contactos del interés particular y del interés social son constantes y profundos”⁵⁴.

En suma, dadas las circunstancias político-económicas actuales, coincidimos en que es prácticamente indiscutible que en materia civil predomine el principio dispositivo dada la naturaleza jurídica eminentemente privada de los

⁵⁴ COUTURE ETCHEBERRY, Eduardo. *Op. cit.* pp. 186, 187.

intereses en juego, básicamente por la consagración constitucional del principio dispositivo.

Sin embargo, tratándose de materias tan particulares como la judicatura de familia, el fundamento constitucional basado en la propiedad privada y libertad de emprendimiento pierde fuerza como argumento para sustentar la primacía del principio dispositivo. En efecto, en el caso particular del derecho de familia, es la misma Constitución la que mandata al Estado (y a la sociedad en su conjunto) a otorgarle protección y propender a su fortalecimiento, cuestión que refuerza el carácter social que hoy en día se le atribuye a los intereses involucrados.

Particularmente, en la discusión del Proyecto de la Ley 19.968, la profesora Nancy de la Fuente, en su intervención en el Informe Comisión Familia, señaló que *“[o]tra razón que justifica la creación de estos tribunales es la ‘desprivatización’ que caracteriza, últimamente, el trato de los temas de índole familiar. Recordó que, en el pasado reciente, los asuntos de familia pertenecían al ámbito de lo privado y no correspondía a las autoridades intervenir en ellos. Incluso, durante el estudio de la ley de violencia intrafamiliar, hubo críticas por la intromisión judicial en los asuntos internos de la familia. Sin embargo, actualmente, se considera que en estos temas los derechos comprometidos son tan fundamentales que interesan a la sociedad en su*

*conjunto. Así, para la sociedad es primordial que no haya niños maltratados y que se respete su derecho a vivir en el seno de una familia; y, desde ese punto de vista, se hace absolutamente necesario que el Estado intervenga en dichos conflictos, no sólo legislando, sino que también abriendo la posibilidad de que quienes viven situaciones de crisis obtengan solución a sus problemas*⁵⁵.

Lo interesante de esta intervención es que revela con alguna claridad la ideología que inspira al Proyecto de la Ley 19.968. La construcción lógica del argumento es el siguiente: hoy en día las materias de familia son objeto de derechos fundamentales que evidencian su relevancia social y, por esta misma razón, se han ido «desprivatizando», saliendo del ámbito de lo privado para instalarse en el ámbito social, en donde se justifica la intervención del Estado.

En este estado de las cosas, cabe preguntarse por la forma en que se manifiesta esta intervención del Estado en las materias de familia. Éste es, precisamente, el *quid* de nuestro asunto.

En la Ley 19.968, la intervención del Estado, en aras del fortalecimiento y protección de la familia y sus instituciones, se manifiesta a través de la actuación del órgano jurisdiccional, que se encuentra mandatado a actuar en el proceso para la obtención de un resultado adecuado, justo y legítimo.

⁵⁵ Informe Comisión de Familia, en sesión de 20 de Julio de 1999, Cámara de Diputados. En: *Historia de la Ley N° 19.968 Crea los Tribunales de Familia. Op. Cit.* pp. 80, 81.

La forma en que se materializa esta presencia e intervención del órgano jurisdiccional dentro del proceso tiene directa relación con la ideología del proceso. Aquí se sostiene que la ideología del proceso en la Ley 19.968 está inspirada en la búsqueda y obtención de la verdad a través del mismo.

Lo anterior implica necesariamente dotar al órgano jurisdiccional, o al juez en este caso, de facultades activas en la dirección del proceso, que es manifestación principal del principio inquisitivo. En la Ley 19.968, según se analizará, la actuación de oficio del juez está contemplada expresamente en el artículo 13 de la misma como uno de los principios que informan el procedimiento. De acuerdo a lo anterior, la doctrina ha señalado que “[s]u instauración expresada a nivel de principio constituye una novedad en nuestro proceso civil⁵⁶, ya que además de ciertas normas aisladas no existía una norma que repartiera el impulso procesal entre las partes y el juez en forma indistinta, en la forma que viene consagrado en la normativa de familia. Esto ha hecho que alguna doctrina señale que en el proceso de familia coexistan los principios dispositivo e inquisitivo, con preponderancia de este último atendida la naturaleza del conflicto familiar”⁵⁷.

⁵⁶ Se refiere a los procedimientos de familia, comprendidos dentro de la rama del Derecho Procesal Civil siguiendo la tradicional clasificación del Derecho Civil sustantivo.

⁵⁷ HUNTER AMPUERO, Iván, *Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia*. Op. cit. pp. 211, 212.

Por cierto que esta concepción «social» de los asuntos de familia deja a salvo las manifestaciones más esenciales del principio dispositivo, como lo son las facultades de recurrir al órgano jurisdiccional para la solución del conflicto o “activar la jurisdicción”, de determinar el ámbito del conflicto sometido a conocimiento de éste y de poner término a su intervención. La Ley 19.968 contempla algunas excepciones muy particulares a estas manifestaciones esenciales, excepciones que analizaremos con detención en el próximo capítulo.

En consecuencia, la primacía del principio dispositivo o el principio inquisitivo dentro de un proceso, está determinada por dos grandes factores que, por cierto, se relacionan entre sí e influyen recíprocamente uno en el otro. El primero, las condiciones político-económicas imperantes al momento de su creación. El segundo, las características especiales de la materia de que se trate. Al unir ambos factores en la creación de un sistema procesal, lo que se obtiene es una determinada ideología del proceso, conforme la que predominará el principio dispositivo o inquisitivo.

2.3. EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE (VERSUS EL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN JUDICIAL)⁵⁸.

2.3.1. Fundamentos, concepto y alcance.

Según se señaló, la distinción entre el principio dispositivo propiamente tal y el principio de aportación de parte se debe a una precisión conceptual hecha por la doctrina alemana. De acuerdo a esta precisión, el principio de aportación de parte se encuentra ligado a la relación jurídico-procesal y a las facultades materiales de dirección del proceso⁵⁹.

Esta distinción dio origen a una corriente doctrinaria que se ha denominado como el fenómeno de «publicización» o «socialización» del proceso. *“El citado fenómeno puso de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos. Así, si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea, del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto,*

⁵⁸ Incluimos el principio de investigación judicial entre paréntesis ya que el análisis a su respecto será indirecto. El análisis se enfocará al principio de aportación de parte, pero por tratarse de principios contrapuestos las referencias a uno necesariamente implicarán una referencia cruzada al otro.

⁵⁹ Véase Sección 2.2.1. *supra*.

*en el mejor cumplimiento de esta función. Por ello, actualmente, la mayoría de las legislaciones procesales civiles recogen esta idea socializadora del proceso, y le atribuyen al juez ciertas iniciativas procesales en materia probatoria*⁶⁰.

El fenómeno de publicización del proceso de principios del siglo XX, inspirado en las ideas liberales del Estado Social del Derecho, reconoce al Estado, a través del órgano jurisdiccional, la facultad, y el deber en algunos casos, de intervenir activamente en el proceso, pero dejando al alero de las partes el objeto del proceso, entendido éste como los intereses privados de las partes derivados de la relación jurídico material que subyace al conflicto sometido al conocimiento del juez.

En este sentido, la más importante consecuencia de este fenómeno consiste en que abrió las puertas para que se reconociera al juez, en tanto ejecutor de la función jurisdiccional del Estado, facultades de dirección material dentro del proceso. De acuerdo a lo señalado⁶¹, estas facultades de dirección material son aquellas que le permiten al juez influir en el mérito del asunto sometido a su conocimiento a través de su actividad procesal. Ésta es, precisamente, la manifestación principal del principio de investigación judicial dentro del proceso.

⁶⁰ PICÓ I JUNOY, Joan (2006), *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*. En: MONTERO AROCA, Juan [coordinador] et. al. *Proceso e Ideología Civil. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Op. cit. pp. 110.

⁶¹ Véase sección 2.1.2. *supra*.

Refiriéndose al principio de aportación de parte, PICÓ I JUNOY lo definió señalando que “[e]l principio de aportación de parte hace referencia a la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, y aparecen como manifestaciones de este principio el que los litigantes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso, así como proponer la prueba de tales datos o elementos”⁶². Tradicionalmente el principio de aportación de parte se ha analizado a la luz de la actividad probatoria de las partes y las facultades del juez para aportar prueba de oficio.

En la doctrina nacional, a propósito de la reforma introducida por la Ley 19.968, se ha dicho que “[e]l binomio aportación de parte-investigación de oficio resuelve los problemas prácticos acerca de cuáles sujetos procesales les corresponde: a) la introducción de aseveraciones sobre hechos en el proceso; b) la decisión acerca de sobre qué hechos (de los ya introducidos en el proceso) recaerá la actividad probatoria, a través de la determinación del tema de prueba; y c) la proposición y práctica de los medios de prueba respecto de esos mismos hechos”⁶³. Nos encontraremos frente al principio de aportación de parte cuando estas facultades o cargas corresponden exclusivamente a las partes; y, por el contrario, nos encontraremos frente al principio de investigación judicial cuando estas facultades las ejerce el juez.

⁶² PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Op. cit. pp. 101, 102.

⁶³ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio. Op. cit. p. 70.

Contrario a lo que sucede con el principio dispositivo propiamente tal, la doctrina ha estimado que el principio de aportación de parte no tiene un sustrato constitucional que haga legalmente necesaria su primacía y preponderancia en el proceso y, en cambio, se estima como un principio de carácter meramente técnico, ligado al principio dispositivo propiamente tal, y de dirección del proceso.

Sin embargo, no por esta razón la existencia y primacía del principio de aportación de parte, o de investigación judicial, no ha sido discutida. En efecto, la primacía de uno u otro principio ha sido objeto de fructíferas discusiones doctrinarias sobre la ideología del proceso civil, sobre todo en países europeos⁶⁴.

Si bien la doctrina está lejos de encontrar una respuesta unánime para el proceso civil, lo cierto es que en última instancia la respuesta estará siempre condicionada a consideraciones político-económicas, sobre todo al concepto de Estado que se defiende. Y ello por una razón simple: lo que aquí se discute, en esencia, es el nivel de intervención que debe tener el Estado en los conflictos civiles entre particulares. En consecuencia, no es posible formular una respuesta satisfactoria a esta interrogante con argumentos apolíticos, abstractos y eminentemente teóricos.

⁶⁴ Un resumen de los inicios de esta discusión en la doctrina europea en MONTERO AROCA, Juan [coordinador] *et. al. Proceso e Ideología Civil. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch (2006).

Finalmente, lo cierto es que la discusión sobre la primacía de uno u otro principio tiene enormes consecuencias en la práctica, por lo que la decisión, en última instancia del Legislativo, por uno u otro camino no es indiferente.

2.3.2. Argumentos para optar por la primacía de uno u otro principio dentro del proceso

Si bien en este caso no existe fundamento constitucional que nos obligue a inclinarnos *prima facie* al principio de aportación de parte o al principio de investigación judicial, los argumentos para tomar esa decisión siguen siendo los mismos que en el caso del principio dispositivo propiamente tal⁶⁵.

Como hemos señalado, tanto el principio dispositivo propiamente tal como el de aportación de parte dicen relación con las facultades de las partes en cuanto al proceso y al objeto del mismo, por un lado, y con las facultades que se le otorguen o denieguen al juez en el mismo.

De acuerdo con lo anterior, la decisión consistente en incluir a un juez pasivo o activo en el proceso o, lo que es lo mismo, la decisión sobre la primacía del principio de aportación de parte o el de investigación judicial, está determinada, al menos, por dos importantes factores: i) la coyuntura político económica, y ii) las características particulares de la materia de que se trate.

⁶⁵ Véase sección 2.2.2. *supra*.

Sin perjuicio de la similitud de estos fundamentos con los expresados para responder la interrogante sobre la primacía del principio dispositivo propiamente tal o del principio inquisitivo, es necesario tener en cuenta dos diferencias importantes. En primer lugar, respecto del principio de aportación de parte no existe un fundamento constitucional que obligue a optar legalmente por aquel por sobre el de investigación judicial. Y, en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, las consideraciones político-económicas que puedan influir en la decisión a favor de uno u otro principio debe buscarse en la historia, para aquellos procesos ya consagrados legalmente, como el de la Ley 19.968 en estudio⁶⁶.

En el caso de la Ley 19.968, el análisis de la coyuntura político-económica previa y coetánea con la tramitación del Proyecto, sumado a las consideraciones y argumentos vertidos en la Historia de la Ley, demuestran que el fenómeno de publicización del proceso se hizo presente en nuestro país desde el retorno a la democracia. Este fenómeno se hizo presente fuertemente en el territorio nacional y ello se tradujo en la gestación de múltiples reformas procesales: la reforma procesal penal a través de la Ley 19.696, promulgada el 29 de septiembre de 2009 y entrada en vigencia, parcialmente, el 16 de diciembre de 2000; la reforma al proceso laboral a través de la Ley 19.759,

⁶⁶ Como ya mencionamos, la decisión a favor de uno u otro principio no puede realizarse satisfactoriamente sin emitir una opinión político-económica y definir un concepto de Estado de Derecho. En consecuencia, realizar un análisis en abstracto respecto del proceso en general (y no sobre uno particular y ya establecido como el de la Ley 19.968), requeriría necesariamente ponerse en diversos escenarios político-económicos y tomar partido por uno de ellos.

promulgada el 31 de julio de 2002 y entrada en vigencia el 26 de marzo de 2003 la reforma al proceso de familia en estudio a través de la Ley 19.968, promulgada el 25 de agosto de 2004 y entrada en vigencia el 1 de octubre de 2005; y, finalmente, la actual reforma al proceso civil en tramitación.

La reforma al sistema procesal de familia, como indicamos en un inicio, se enfoca en los problemas cuantitativos y cualitativos del anterior sistema y, respecto de estos últimos, estableció un proceso orientado a la obtención de una sentencia adecuada, justa y legítima. Como sostendría MICHELE TARUFFO, la reforma se inspira en una ideología del proceso orientada a una decisión justa como resultado de una ponderación fidedigna de los hechos del caso concreto. Ello supone, en suma, la participación activa del juez dentro del mismo.

Como sostienen NÚÑEZ y CORTÉS, las normas de la Ley 19.968 que entregan al juez facultades y potestades, fundamentalmente probatorias, se explican por tres razones: a) el interés público que concurre en la protección de la familia que exige dotar al juez de herramientas para lograr una aproximación razonable a la verdad para la solución del conflicto; b) el hecho de que la iniciativa de las partes puede no ser suficiente para el hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes, pues no se puede esperar que las partes jueguen un rol cooperativo dirigido al logro desinteresado de la verdad; y, c) la

disparidad que existe entre las partes en la práctica (considerando que en materias de familia intervienen frecuentemente “débiles jurídicos”, entendidos éstos como aquellos miembros de la familia que por su condición, edad o sexo se encuentran en una posición desmejorada frente a otros miembros de la misma.)⁶⁷.

⁶⁷ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio. *Op. cit.* pp. 73-74.

CAPÍTULO III

FACULTADES OFICIOSAS DEL JUEZ A LA LUZ DE LA LEY 19.968

3.1. ANTECEDENTES GENERALES.

Antes de la reforma introducida por la Ley 19.968, los procedimientos destinados a la resolución de los conflictos ligados a la familia se identificaban con el proceso civil contemplado en nuestro Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, los asuntos de familia recibían un tratamiento disperso e incompleto por parte de la judicatura⁶⁸, fruto de las numerosas modificaciones legales dispersas en la materia. Se trataba de un conjunto inorgánico, tanto de normas civiles y procesales especiales, mediante la que se regulaban los asuntos de la familia, cuya dispersión restaba a las partes la oportunidad de encontrar una solución sistémica y adecuada a sus problemas⁶⁹.

A través de la reforma introducida por la Ley 19.968 se dio una regulación orgánica a todos los asuntos relacionados a la familia (generalmente denominado lo «contencioso familiar»), creándose una nueva judicatura de familia, esta vez especializada, sistémica y moderna.

⁶⁸ *Ibíd.* p. 9.

⁶⁹ Cfr. BAEZA CONCHA, Gloria, y PÉREZ CABRERA, Jaime, *Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario*. Santiago: LexisNexis (2005). pp. 6-7.

Según se ha ido adelantando, la Ley 19.968 contempla un conjunto no menor de facultades oficiosas para el juez. La incorporación de estas facultades, tanto de dirección formal del procedimiento como facultades de dirección material y facultades especiales, dice relación con los dos grandes temas que analizamos en los capítulos I y II precedentes.

En primer lugar, la incorporación de estas facultades se relaciona con las características particulares del derecho de familia. Ello, puesto que además de tratarse de materias que tienen protección constitucional, la más relevante característica para los propósitos de este trabajo de las materias e intereses involucrados en de familia es que éstos se encuentran en el límite de lo público y lo privado. En efecto, *“no obstante ser las relaciones de familia de carácter privado, concurre en ella un marcado interés público, que consiste, en palabras de Cammeo, en el ‘recto funcionamiento de las instituciones familiares”*⁷⁰. En segundo lugar, la ideología del proceso que inspira la Ley 19.968, es aquella que lo concibe como un mecanismo para obtener una solución adecuada, justa y legítima, a través de la búsqueda de la verdad dentro del mismo. Esta ideología del proceso, con marcados tintes socializadores, supone necesariamente un juez activo y con facultades tanto formales como materiales de dirección del proceso que le permitan a éste aproximarse con cierta cercanía a la verdad. En tal sentido, *“[e]n líneas generales se puede decir que los*

⁷⁰ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio. *Op. cit.* pp. 7. Cita de Federico Cammeo.

*procesos de familia están más orientados a la búsqueda de una aproximación razonable a la verdad que los procesos civiles y que la prueba en los procesos de familia es un método de conocimiento de la realidad, por lo que cumple un rol epistemológico*⁷¹. En suma, éstos son los fundamentos y la lógica de las facultades oficiosas del juez en materia de familia.

Estas facultades oficiosas que contempla la Ley 19.968 son facultades de dirección tanto formales como materiales de procedimiento. Sin embargo, y siguiendo en esta materia al profesor HUNTER AMPUERO, es posible encontrar ciertas facultades, específicamente la potestad cautelar y la de promover la mediación y la conciliación, que se encuentran en el límite entre las facultades y materiales⁷², y que difícilmente pueden ser clasificadas sin más como éstas o aquéllas.

Antes de entrar al estudio particular de cada una de estas facultades, se analizará el objetivo práctico de la incorporación de estas facultades oficiosas al proceso, esto es, el por qué incorporarlas al procedimiento de familia.

⁷¹ *Ibíd.* p. 74.

⁷² En este sentido, el profesor Iván HUNTER ha señalado lo siguiente: “*Ahora bien, no obstante reconocer que la separación entre potestades procesales y materiales es la summa divisio se pueden observar ciertas facultades que no encuadran en forma pura dentro de las potestades formales o materiales; me refiero a la potestad cautelar general del Art. 22 de la Ley y a ciertas facultades de promover la mediación y la conciliación (art 61 N^{os} 4 y 5), que están destinadas a reguardar el peligro que una sentencia tardía puede significar para los justiciables o a poner pronto remedio al conflicto mediante soluciones autodeterminadas*”. HUNTER AMPUERO, Iván, *Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia*. Op. cit. p. 211.

3.2. LA SOLUCIÓN «ADECUADA, JUSTA Y LEGÍTIMA».

Se ha señalado que las características particulares del derecho de familia y la opción legislativa por un proceso inspirado en la búsqueda de la verdad para la obtención de una sentencia adecuada, justa y legítima son los fundamentos y la ideología detrás de las facultades oficiosas que la Ley 19.968 concede al juez de familia.

Habiéndose analizado los fundamentos e ideología detrás de estas facultades oficiosas, es necesario averiguar para qué es útil incorporarlas al proceso. Según se adelantó, la Ley 19.968 contempla un conjunto de facultades oficiosas del juez entre las que podemos encontrar aquellas dirigidas a la dirección formal del proceso, aquellas que dicen relación con la dirección material del mismo y un tercer grupo de facultades “especiales”, que no pueden clasificarse de formales o materiales ya que se encuentran en un difuso límite entre ambas.

Estos tres grupos de facultades responden, a nuestro parecer, a tres cuestiones distintas. En este sentido, la idea del proceso como mecanismo para la obtención de soluciones (o sentencias) «adecuadas, justas y legítimas» es una buena forma de resumir estas cuestiones.

3.2.1. La solución «adecuada».

Cuando en este trabajo se ha aludido a una solución «adecuada», se ha hecho referencia a la forma en que el proceso debe adaptarse a las necesidades particulares que supone el derecho de familia. Estas necesidades particulares pueden resumirse, básicamente, en la necesidad de un proceso eficaz y eficiente. Eficaz, en tanto éste debe ser capaz de poner término al conflicto impactando lo menos posible al sistema familiar de los involucrados; y eficiente, en el sentido de que la resolución del conflicto sea oportuna y rápida.

A estos efectos, resulta interesante analizar un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “Corte”), en el caso identificado como “Fornerón e Hija vs. Argentina”, en el que se responsabilizó al Estado (la República de Argentina), entre otras cosas, por no haber dado la celeridad necesaria al procedimiento iniciado por el señor Fornerón.

En términos generales, el caso trata de la lucha del señor Fornerón por el cuidado personal de su hija, entregada por su madre en guarda provisoria a tan sólo un día de nacida al Defensor de Pobres y Menores, a la espera de que fuera dada en adopción. Tras un proceso judicial de más de 8 años, la justicia decidió dar en adopción a la niña, rechazando la solicitud del señor Fornerón de tomar su cuidado personal. En estas circunstancias, el señor Fornerón

demandó a la República de Argentina al amparo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos invocando, entre otros, la vulneración de su derecho y el de la niña a una tutela judicial efectiva (artículo 8 de la Convención).

Para el presente trabajo, lo relevante de este caso es que la Corte en su sentencia estimó que la responsabilidad de dar la celeridad correspondiente al procedimiento corresponde a las autoridades judiciales (esto es, del Estado): *“El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación a de las garantías judiciales[...] Sin perjuicio de que el señor Fornerón realizó las intervenciones en los procesos que le eran razonablemente exigibles, la Corte advierte que, en un caso como el presente, la responsabilidad de acelerar el procedimiento recae sobre las autoridades judiciales, en consideración del deber de especial protección que deben brindar a la niña por su condición de menor de edad, y no en la actividad procesal del padre”⁷³.*

Lo relevante de esta sentencia es que reconoce al Estado un deber de proporcionar procedimientos eficientes en atención a la naturaleza jurídica de los intereses que en éste intervienen. Ello, fundado en el artículo 8 N° 1 de la

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. Serie C No. 242. Sentencia de 27 de abril de 2012. [en línea] <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf> [consulta: 20 febrero de 2014].

Convención Interamericana de Derechos Humanos, que contempla el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable.

De acuerdo al fallo de la Corte, la razonabilidad del plazo está determinada por la naturaleza jurídica del interés en conflicto.

Es precisamente en este sentido que se ha sostenido que la solución a la que se arribe a través del proceso de familia debe ser adecuada. Esta adecuación debe entenderse referida a la naturaleza jurídica del conflicto familiar, que requiere una solución rápida y oportuna para que sea eficaz. En consecuencia, considerando las particularidades del contencioso familiar, la forma de asegurar la eficiencia y eficacia del proceso es traspasar algunas facultades de dirección del proceso desde la esfera privada de las partes al juez, esto es, al Estado.

3.2.2. La solución «justa».

Por su parte, la solución «justa» dice relación con una sentencia que solucione el conflicto aplicando las normas sobre hechos reales. Como se indicó, esto dice relación con la búsqueda de la verdad como ideología del proceso y se relaciona mayormente con las facultades de dirección material del proceso. Según se ha mencionado, la base de una sentencia justa es aquella en que se aplican las normas jurídicas a hechos reales y verídicos. En palabras

del profesor PARRA QUIJANO, no es justa una decisión si es que ésta no se basa en la verdad y la búsqueda de esta verdad dentro de un proceso judicial necesariamente supone un juez activo en materia probatoria⁷⁴.

La incorporación de facultades probatorias *ex officio* para el juez de familia apunta en esta dirección: a la obtención de una sentencia justa. Además, estas facultades encuentran su justificación práctica en el hecho de que no es razonable esperar de las partes, confrontadas por intereses contrapuestos y muchas veces irreconciliables, la incorporación de todo el material fáctico verídico necesario para la solución del conflicto ya que el interés comprometido y la búsqueda de la satisfacción del mismo las lleva usualmente a –al menos– omitir ciertos hechos en beneficio propio.

Ante esta circunstancia, la actividad probatoria del juez se torna necesaria como un complemento a la actividad probatoria de las partes, para la obtención de todo el material fáctico necesario para arribar a una solución (sentencia) justa.

Esta posición doctrinaria, que entiende que la finalidad última de la prueba es la búsqueda de la verdad y, en virtud de aquello, acepta y reconoce la validez de las facultades probatorias del juez, no es pacífica en la doctrina.

⁷⁴ PARRA QUIJANO, Jairo, *Op. cit.* pp. 7-9.

En efecto, ésta forma parte de una de las discusiones doctrinarias contemporáneas más fructíferas dentro de la Teoría del Proceso.

Una parte de la doctrina estima que dotar al juez de estas facultades lo hace perder su imparcialidad, afectando la garantía del debido proceso y el principio dispositivo, e incluso se ha llegado a afirmar que la incorporación de éstas en un sistema procesal es propia de sistemas autoritarios y fascistas⁷⁵. La otra parte de la doctrina estima que otorgar estas facultades al juez no le quita imparcialidad sino que, por el contrario, es una cuestión necesaria para la recta conducción del proceso⁷⁶.

Sin perjuicio que esta discusión está lejos de resolverse, en el caso particular del derecho de familia pareciera ser necesario centrar la discusión en el ámbito constitucional. Ello, puesto que lo que se encuentra en juego son instituciones constitucionalmente consagradas: por un lado, la garantía del debido proceso y el principio dispositivo (con su sustrato constitucional) y, por otro, el deber del Estado de propender al fortalecimiento y brindar protección a la familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

⁷⁵ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*. 7ma. Edición. Pamplona: Civitas (Thompson Reuters) pp. 52 y ss.

Véase también DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (2006). *Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*. En: MONTERO AROCA, Juan [coordinador] *et. al. Proceso e Ideología Civil. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch (2006). pp. 29-46.

⁷⁶Véase en este sentido a PARRA QUIJANO, Jairo, *Op. cit.*

Véase también a Michelle Taruffo, *Op. cit.*

En el mismo sentido, Ortells Ramos, Manuel. *Me inclino por el juez activo en la Dirección del Proceso*", en Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, N° 7, año 4, 2005.

Respecto al principio dispositivo propiamente tal, se debe mencionar que éste, en los términos aquí definidos, no se ve afectado al consagrarse facultades probatorias al juez. Según se indicó, los principios que dicen relación con la incorporación de los elementos fácticos del conflicto y su prueba dentro del proceso son los principios de aportación de parte y de investigación judicial. Éstos, a su vez, tienen un fundamento eminentemente técnico y en ningún caso constitucional, razón por la que la distribución de las tareas probatorias dentro del proceso no pueden estimarse como inconstitucionales de por sí. Es precisamente el carácter técnico de estos principios lo que permite al legislador distribuir las tareas probatorias entre las partes y el juez⁷⁷.

Más complicado es el problema que se presenta respecto de la garantía constitucional al debido proceso, contemplado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Ello porque en este caso se trata una pugna constitucional entre la garantía del debido proceso y la consagración constitucional del fortalecimiento y protección a la familia, por lo que el argumento de la constitucionalidad de una

⁷⁷ En este sentido, PICÓ I JUNOY sostiene “A diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo –que como he indicado posee cierto fundamento constitucional y, por ello, es insoslayable en cualquier proceso civil-, el de aportación de parte tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes[...] Así, mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extralimitarse en tal tutela más allá de lo dispuesto por los litigantes, sí puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez”. PICÓ I JUNOY, Joan, *El Juez y la Prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Op. cit. p. 102.

u otra institución no permite, por descarte, sostener la necesaria primacía de una u otra dentro del proceso.

Necesariamente en este caso deben ponderarse los principios involucrados a partir de lo que en la Teoría Constitucional se conoce como el «principio de proporcionalidad». *“El principio de proporcionalidad se conforma por otros tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en el sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización. Interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es tratar a éstos como principios y no simplemente como reglas. Los principios, como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y prácticas”*⁷⁸.

Siguiendo a ALEXY, en este caso de colisión de principios constitucionales, debemos ponderar los intereses en juego y optimizarlos. Ello

⁷⁸ ALEXY, Robert, *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación*. En: ALEXY, Robert e IBÁÑEZ, Andrés. *Jueces y Ponderación Argumentativa*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. (2006). p. 2.

Sobre los tres subprincipios del principio de proporcionalidad, el autor aclara: *“Los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible. De modo tal, que expresan la idea de óptimo de Pareto. En cuanto al tercer subprincipio, el de proporcionalidad en el sentido estricto, está enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas. Estas posibilidades jurídicas están esencialmente definidas por principios contrapuestos. La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos. Por tanto, el tercer subprincipio se puede expresar mediante la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro. Esta regla podría denominarse ‘ley de la ponderación’”*. *Ibíd.*

Para un análisis detallado de la colisión de principios, véase también ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1993).

implica encontrar una fórmula en la que podamos aplicar ambos en la mayor medida de lo posible, lo que supondrá realizar ciertas “concesiones” de uno y otro lado.

En concreto, la colisión de principios es la siguiente: por un lado, el Estado debe propender a la protección y fortalecimiento de la familia (artículo 1º Constitución), lo que supone un rol activo del mismo; y, por otro, la garantía del debido proceso supone un juez⁷⁹ imparcial y derecho a defensa. En estas circunstancias, la incompatibilidad estaría dada por la supuesta inactividad o pasividad del juez que alguna parte de la doctrina asocia a la garantía del debido proceso y, en específico al juez imparcial. Bajo este prisma, ambos principios citados serían incompatibles en tanto uno demanda la actividad del Estado y, el otro, su pasividad.

Sin embargo, incluso en esta hipótesis extrema existe una fórmula que permite optimizar ambos mandatos constitucionales: permitir la actividad del juez (Estado) con ciertos límites que aseguren que éste se mantendrá imparcial frente al conflicto.

Estos límites están dados por el derecho a un juez imparcial (que dice relación con el principio dispositivo propiamente tal), el principio de

⁷⁹ Esto es, el Estado ejerciendo la función jurisdiccional.

contradicción y el derecho a defensa⁸⁰. De acuerdo al principio dispositivo, las partes son las que establecen el alcance del conflicto sometido al conocimiento del tribunal, delimitando los hechos que se incorporan para su juzgamiento; en este sentido, la actividad probatoria del tribunal sólo puede referirse a hechos incorporados por las partes y debe limitarse a las fuentes probatorias que ya constan en el proceso, para no comprometer su imparcialidad. Por otro lado, de acuerdo al principio de contradicción, las partes deben tener la oportunidad de discutir el mérito y la oportunidad de las actuaciones probatorias ordenadas por el juez. Finalmente, las partes, en ejercicio de su derecho a defensa, deben estar facultadas para rendir contraprueba destinada a desvirtuar la probanza introducida por el juez y para discutir la eficacia de la prueba de oficio antes de la dictación de la sentencia⁸¹.

Esta fórmula admite la presencia de un juez activo en el proceso y, es más, lo reconoce como una manifestación del mandato constitucional que exige del Estado la protección y fortalecimiento de la familia. Pero además, asegura el respeto a la garantía del debido proceso y, en específico, a la garantía de un juez imparcial, estableciendo ciertos límites a la actividad probatoria del juez.

Lo anterior implica sostener que la ideología que concibe al proceso como mecanismo para la obtención de la verdad es legítima y que, en este

⁸⁰ Véase sección 3.3.2.2. *infra*.

⁸¹ HUNTER AMPUERO, Iván. *Las Potestades Probatorias del Juez de Familia*. Santiago: Legal Publishing Chile (2008). pp. 110-122.

sentido, la búsqueda de una solución «justa» es posible a través del proceso concebido como tal.

3.2.3. La solución «legítima».

La solución justa y adecuada propuesta en los párrafos precedentes se perfecciona al encontrar la legitimidad. Al mencionar que la solución debe ser «legítima» se hace referencia a la percepción social de la misma, es decir, a la aceptación o rechazo de esa solución como justa por el resto de los miembros de la sociedad. Esta característica está íntimamente ligada con la justicia de la decisión y, por ello, con la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso y la prueba. Como señala el profesor HUNTER AMPUERO, *“si el fin último de la prueba es permitir que la dictación de una sentencia pueda contar con la adhesión de los miembros de la colectividad nacional en cuyo seno actúa el órgano judicial, en cuanto ésta se configura como auténtica legitimadora de la decisión, la búsqueda de la verdad en el proceso y la dictación de sentencias alojadas en la mejor aproximación posible de la verdad de los hechos, muestra en simpatía con dicho fin y, por ende, asegura, al menos abstractamente, una decisión más legitimada”*⁸². Sucede que es difícil cuestionar una decisión judicial que se fundamenta en la aplicación de las normas a los hechos y, por lo mismo, cada vez que el juez logra obtener con relativa precisión la verdad de

⁸² *Ibíd.* p. 63.

los hechos y fundamenta en éstos su sentencia, más difícil resulta que la sociedad cuestione dicha decisión.

Sin embargo, éste no es el único ámbito en el que actúa la legitimidad. De acuerdo al actual estado de las cosas, la legitimidad tiene que ver con la percepción social del actuar de la judicatura. A estos efectos es necesario tener en consideración tres puntos de hecho relevantes: i) que se está en presencia de conflictos «de familia»; ii) se trata de conflictos que no han podido ser solucionados por sus miembros dentro de su esfera privada y que han debido ser sometidos a conocimiento de los tribunales de justicia; y, iii) que un gran número de estos casos judicializados corresponden a personas de escasos recursos, muchas veces patrocinados por la Corporación de Asistencia Judicial.

En este contexto, la percepción social de la solución alcanzada a través del proceso se traduce en la percepción que se tiene de la actividad de la judicatura. Así, no basta una sentencia adecuada y justa para que ésta sea legitimada por los miembros de la colectividad. En general, podemos decir que la legitimidad tiene que ver con la eficacia, eficiencia y la justicia de una solución obtenida de forma oportuna. Esto es, una sentencia que represente una verdadera solución a los problemas que comúnmente se presentan en el seno de la familia, en contraposición a una sentencia que represente, por el

contrario, un problema adicional para las partes que aquel que inicialmente tenían.

En este sentido, la presencia de un juez con facultades activas en el proceso es esencial para lograr esta legitimación de la sentencia por parte de los demás miembros de la sociedad. Ello porque, en la práctica, lo que puede observarse es que la gran mayoría de las personas que acuden a los Tribunales de Familia lo hacen pidiendo una «solución», más que una «sentencia» ajustada a derecho. Esta solución algunas veces consistirá en hacer razonar a las partes y acercarlas a una posición en donde puedan llegar a una solución propia y autocompositiva; otras veces será una decisión drástica como la imposición de una medida cautelar; y en otras circunstancias podrá ser la dictación de una sentencia definitiva conforme a la ley. Lo importante es que, en general, este tipo de materias requiere de la intervención directa y la participación activa del juez, ya sea acercando las posiciones de las partes, tomando medidas drásticas de protección o cautelares a favor de una de ellas o simplemente averiguando la verdad para la dictación de una sentencia justa; entre otras.

La explicación que encontramos para este actuar es más bien práctica: en los hechos, cuando las personas acuden a la judicatura de familia, lo que usualmente solicitan es «ayuda», en el sentido de una intervención activa para

encontrar alguna salida útil a un problema y no simplemente que se aplique el derecho a los hechos. Nos parece que así se resume correctamente la posición desde la que los miembros de la sociedad, muy pocas veces versados en derecho, evalúan y legitiman (o no) las decisiones judiciales.

* * *

En suma, las facultades oficiosas del juez de familia las podemos dividir en tres grandes grupos, que responden a tres objetivos precisos: i) facultades de dirección formal del proceso, que responden a la adecuación de la judicatura a las materias propias de familia; ii) facultades de dirección material del proceso que responden a la justicia de la solución alcanzada a través del proceso; y, iii) facultades especiales de dirección del proceso, que responden a la legitimidad de la solución alcanzada (tanto como resultado del proceso o de soluciones colaborativas promovidas en éste).

3.3. FACULTADES OFICIOSAS DEL JUEZ EN LA LEY 19.968.

3.3.1. Facultades de dirección formal del proceso.

3.2.1.1. *Generalidades.*

El artículo 13 de la Ley 19.968 contempla, dentro de los principios que inspiran la ley, la actuación de oficio del juez dentro del procedimiento. El actual texto es una modificación del texto original, introducida por la Ley 20.286, y establece lo siguiente: *“Actuación de oficio. Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad. Este principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar. Asimismo, el juez deberá dar curso progresivo al procedimiento, salvando los errores formales y omisiones susceptibles de ser subsanados, pudiendo también solicitar a las partes los antecedentes necesarios para la debida tramitación y fallo de la causa”*.

Se trata, claramente, de una facultad general de dirección formal del proceso, o de *“manejo del íter procesal”*⁸³, enfocada a la eficiencia y celeridad de la administración de justicia necesaria y adecuada para en la resolución de los conflictos de familia⁸⁴. Como señalan NÚÑEZ y CORTÉS, “[e]s una

⁸³ HUNTER AMPUERO, Iván. *Los Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia*. Op. cit. p. 211.

⁸⁴ Sin perjuicio de lo anterior, la frase final del artículo citado pareciera inmiscuirse dentro de las facultades materiales de dirección del proceso en tanto permite al juez solicitar a las partes los antecedentes “necesarios” para la debida tramitación y fallo del asunto. Lo que aquí se denomina simple y genéricamente como “solicitud de antecedentes” constituye, en la práctica, la facultad –llevada al estándar de principio- para el juez de incorporar prueba de oficio en el procedimiento invocando su “necesidad” para la adecuada resolución del conflicto. Sobre esto volveremos cuando analicemos particularmente las facultades probatorias del juez de familia.

*manifestación del juez director del proceso*⁸⁵. En suma, sirven para adecuar el procedimiento a las necesidades particulares del derecho de familia.

Si bien se puede considerar que la facultad de dirección del proceso se encuentra consagrada de manera general en el artículo 13 de la Ley, también existen otras manifestaciones específicas de estas facultades a lo largo de ésta. Una de ellas se encuentra en el artículo 21, que contempla la facultad del juez de declarar el abandono del procedimiento por inactividad de las partes, sin necesidad de solicitud previa de ninguna de éstas. La regla general es que *“si llegado el día de la celebración de las audiencias fijadas, no concurriere ninguna de las partes que figuren en el proceso, y el demandante o solicitante no pidiere una nueva audiencia dentro de quinto día, el juez de familia procederá a declarar el abandono del procedimiento y ordenará el archivo de los antecedentes”*. En suma, ante la inactividad de las partes el juez se encuentra mandatado por la ley para declarar el abandono del procedimiento y el término anticipado de la función jurisdiccional. Esto tiene una doble ventaja, ya que funciona como incentivo para que las partes asistan a las audiencias fijadas por el Tribunal y, por otro lado, en aquellos casos en que las partes deciden no continuar con la tramitación del procedimiento, se le permite al juez terminar el mismo y evitar un desgaste innecesario de recursos judiciales.

⁸⁵ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio. *Op. cit.* pp. 98.

Por otro lado, el artículo 26 bis hace referencia a las facultades de dirección del juez en el desarrollo de las audiencias. Éstas dicen relación con la función de moderador de la discusión que cumple el juez dentro de la audiencia. Como tal, es indispensable que éste cuente con las facultades necesarias para la dirección de la discusión, pero siempre resguardando el derecho a defensa de las partes y el principio de contradicción.

3.3.1.2. *Conciliación entre el principio dispositivo propiamente tal y las facultades de dirección formal del proceso.*

Respecto de estas facultades de dirección formal del proceso, es importante destacar que la Ley contempla en todos los casos un respeto al principio dispositivo, y en específico a las facultades de activar la función de la jurisdicción y ponerle término.

a) En cuanto a la facultad de iniciar la actividad jurisdiccional, el artículo 13 de la Ley señala que la facultad de actuar de oficio del juez debe ejercerse una vez “promovido el proceso”. Recordemos que las principales manifestaciones del principio dispositivo propiamente tal son las de activar, o no, la jurisdicción, sometiendo el conflicto a conocimiento de los Tribunales de Justicia, delimitar el alcance de este conflicto y, con ello, fijar lo que será el objeto de la decisión del juez en la sentencia y, por último, poner término a la

actividad de la jurisdicción. En este sentido, la Ley 19.968 mantiene la vigencia de este principio, pero, a su vez, divide y reparte las facultades ligadas al impulso procesal entre las partes y el juez. Así, en el artículo 13 de la Ley se permite al juez tomar cierta iniciativa dentro del procedimiento, pero siempre y cuando éste haya sido iniciado a instancia de las partes.

Un caso especial y de excepción es el caso del procedimiento para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Título IV, párrafo primero de la Ley), en donde se contempla el inicio del procedimiento de oficio por el Juez (artículo 70, inciso primero). Se trata de un caso especialísimo en donde el Juez puede iniciar de oficio el procedimiento.

El artículo 70 inciso primero de la Ley 19.968, dispone: *“Inicio del procedimiento. El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a requerimiento del niño, niña o adolescente, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atiende, del Servicio Nacional de Menores o de cualquier persona que tenga interés en ello”*.

Como se puede apreciar, el juez no es el único legitimado activo para iniciar el procedimiento a favor de un menor y, más aún, el procedimiento puede iniciarlo cualquier persona interesada en ello.

Lo anterior se justifica por el objeto especial de los procedimientos de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante, procedimientos de “Protección”). El artículo 68 de la Ley delimita el ámbito de aplicación de este procedimiento a aquellos casos en que niños, niñas o adolescentes se encuentren amenazados o vulnerados en sus derechos y sea necesario adoptar medidas jurisdiccionales tendientes a su protección. Pues bien, a través de este procedimiento el Estado asume un rol activo de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, genéricamente, los “niños”). El interés social (público) involucrado en materias de vulneración o amenaza de derechos de los niños es superior a cualquier interés privado que pueda existir derivado de las relaciones de familia, razón que justifica la intromisión activa del Estado en el ámbito privado, a través del ejercicio de la jurisdicción.

Debemos recordar, además, que al ratificarse la Convención de los Derechos del Niño⁸⁶ el Estado de Chile adquirió la obligación de adecuar sus

⁸⁶ Véase sección 1.2.2.3. *supra*.

instituciones jurisdiccionales, administrativas y sociales para garantizar el debido resguardo de los derechos de los niños⁸⁷.

Como bien se desprende de su nombre, más que un procedimiento para la solución de un conflicto se trata de un procedimiento para adoptar medidas de protección, en donde no existen las partes en su sentido adversarial (confrontación demandante-demandado). Se trata más bien de un procedimiento que se desarrolla a instancia del juez, a favor de un niño y con interesados que pueden o no encontrarse presentes. En tal sentido, si bien se trata de un procedimiento judicial, lo cierto es que este procedimiento es la manifestación de la obligación del Estado de proporcionar protección a los niños, niñas y adolescentes. Bajo este prisma, la facultades oficiosas que se conceden al juez se encuentran plenamente justificadas, incluso la de iniciar el procedimiento, dada la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento.

b) Por otro lado, como ya mencionamos, la Ley 19.968 contempla en su artículo 21 la institución del abandono del procedimiento, en donde se le

⁸⁷ El artículo 19 de la Convención se refiere precisamente a las medidas de protección que deben adoptarse a favor de los niños. Dicho artículo dispone: “*Artículo 19. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección debería comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial*”.

concede al juez la potestad de poner término anticipado a la actividad jurisdiccional ante la inactividad de las partes y sin necesidad de solicitud previa por alguna de ellas.

A primera vista pareciera ser que dotar al juez de la facultad de poner término anticipado a la actividad jurisdiccional sin el consentimiento de las partes es una abierta vulneración al principio dispositivo. Sin embargo, esto no es así. Como se desprende de la disposición legal citada, el juez se encuentra facultado para declarar el abandono del procedimiento y ordenar el archivo de los antecedentes sólo cuando se cumplen ciertos requisitos. Estos requisitos son la inasistencia de las partes a la audiencia decretada y su posterior inactividad por más de cinco días, y funcionan como un límite al poder del juez. En esto debemos ser enfáticos: el juez jamás podrá declarar el abandono del procedimiento en otras circunstancias que las expuestas; si las partes asisten a la audiencia o en caso de que no asistan pero que manifiesten oportunamente su intención de perseverar en el procedimiento, el juez no puede, bajo ninguna circunstancia, declarar el abandono. Se puede decir incluso que en estos casos son las partes las que deciden si terminar o no la actividad jurisdiccional a través de sus propios actos en el proceso, respetándose el principio dispositivo.

3.3.2. Facultades de dirección material del proceso.

3.3.2.1. *Generalidades.*

Las facultades materiales de dirección del proceso dicen relación con la introducción y prueba del material fáctico al proceso. En este sentido, la Ley 19.968 contempla un conjunto no despreciable de facultades probatorias para el juez, entre las que se encuentran:

- Iniciativa probatoria, artículo 29 inciso final y artículo 45;
- Exclusión de prueba, artículo 31;
- Fijación de los hechos que deben probarse y determinación de la prueba que deberá rendirse, artículo 61 N° 7 y 8;
- Facultad de realizar preguntas a peritos y testigos durante su interrogatorio, artículo 64.

La incorporación de estas facultades probatorias a favor del juez en los procedimientos de la Ley 19.968 implican, en la práctica, sacar la prueba del monopolio de las partes para distribuirla entre éstas y el órgano jurisdiccional. Las partes siguen manteniendo sus facultades de incorporar y probar el material fáctico del conflicto, pero en forma compartida con el juez. *“Los litigantes, si bien tienen iniciativa probatoria, la desarrollan en forma paralela con la del juez de familia, quien en la misma audiencia podrá proponer la práctica de diversos*

*medios de prueba de que tome conocimiento o que resulte necesario producir en atención a la naturaleza del conflicto de que se trata (artículo 29 inciso 2° LTF)*⁸⁸. En otras palabras, no se trata de dar primacía absoluta a la iniciativa probatoria del juez por sobre la de las partes; más bien se trata de dotar al juez de las herramientas necesarias para poder complementar, dentro de ciertos límites, la prueba de éstas. En este sentido, en la Ley 19.968 los principios de aportación de parte y de investigación judicial conviven dentro del proceso sin que podamos sostener que uno de ellos prime por sobre el otro⁸⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 19.968 contempla una importantísima excepción. Se trata –nuevamente- del procedimiento para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, contemplado en el Título IV, párrafo primero de la Ley (artículos 68 y siguientes). Como se indicó⁹⁰, el objeto de este procedimiento es de un marcado interés público, en donde el Estado debe asumir un rol inusualmente activo de protección a favor de los menores en concordancia con los tratados internacionales ratificados por nuestro país y las normas constitucionales pertinentes.

⁸⁸ HUNTER AMPUERO, Iván. *Las Potestades Probatorias del Juez de Familia*. Op. cit. pp. 105-106.

⁸⁹ Véase en este sentido a NÚÑEZ y CORTÉS: “*En lo que respecta a la manifestación del principio de investigación de oficio/aportación de parte consistente en la proposición y práctica de los medios de prueba existe en los procesos de familia una amplia aplicación del principio de investigación de oficio, que no excluye la propuesta y práctica de prueba por las partes*”. NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, Op. cit. pp. 71-74.

⁹⁰ Véase sección 3.3.1.2. *supra*.

El artículo 72 inciso tercero de la Ley 19.968, que se refiere a la audiencia preparatoria dentro del procedimiento de protección, dispone lo siguiente: *“El juez indagará sobre la situación que ha motivado el inicio del proceso, la forma en la que afecta al niño, niña o adolescente y sobre la identidad de las personas que se encuentren involucradas en la afectación de sus derechos”*. Recordemos que este procedimiento puede iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona interesada (artículo 70) y que las partes en éste serán, por un lado, el menor a favor de quien se haya iniciado y, por el otro, las personas involucradas en la vulneración de derechos. En esta circunstancia, y dado que el interesado –o mejor dicho, beneficiario- de las medidas de protección adoptadas en el procedimiento será siempre un niño, niña o adolescente, la prueba no puede quedar en manos de un eventual tercero involucrado en la vulneración de los derechos del menor en cuyo beneficio se ha iniciado el procedimiento; tercero que, incluso, es posible que no comparezca ante el Tribunal.

Lo anterior, sumado al hecho de que el Estado ha asumido un rol activo en la protección de los derechos de menores (véase Capítulo I *supra*), es motivo suficiente para justificar la amplia aplicación del principio de investigación judicial en este procedimiento en particular.

Más allá de esta importante excepción, en donde se manifiesta una primacía absoluta del principio de investigación judicial, nos parece que en general en los procedimientos de familia éste convive pacíficamente con el principio de aportación de parte.

Sin embargo, cierta doctrina estima que esta convivencia no es tan pacífica cuando nos referimos a la garantía constitucional a un juez imparcial, y al principio dispositivo propiamente tal. Como se mencionó⁹¹, parte de la doctrina sostiene que dotar de facultades probatorias al juez implica quitarle su imparcialidad característica y vulnerar el principio dispositivo.

Nosotros, en cambio, hemos sostenido que la inclusión de facultades probatorias *ex officio* al juez de familia es legítimamente posible sin incurrir en las consecuencias antes mencionadas, estableciendo límites claros y precisos para el ejercicio de estas facultades probatorias de oficio.

3.3.2.2. Límites a la actividad probatoria del juez de familia.

Hasta aquí se ha sostenido que las facultades probatorias *ex officio* contempladas en la Ley 19.968 son legítimas y no lesionan por sí mismas las garantías del debido proceso ni el principio dispositivo.

⁹¹ Véase sección 3.2.2. *supra*.

Sin embargo, como enseña HUNTER AMPUERO, “[s]ólo en la medida que la actuación procesal del juez en la actividad probatoria pueda ser conducida y limitada se puede lograr la protección de ciertos derechos fundamentales que, en cierta medida, prevalecen sobre la obtención de la verdad. A diferencia de las partes, el papel del juez en la proposición del material probatorio se encuentra fuertemente condicionado por su posición en el proceso, mismo que le exige que la actividad probatoria se desarrolle por cauces precisos, respetando las reglas y principios fundamentales, como el necesario contradictorio, la prohibición de conocimiento privado, la publicidad, etc.”⁹².

El establecimiento de limitaciones a la actividad probatoria del juez constituye, a nuestro parecer, una manifestación práctica del proceso de ponderación de principios constitucionales al que nos refiriéramos anteriormente⁹³. Se trata de encontrar la fórmula de aplicación más adecuada que permita que todos los principios constitucionales involucrados puedan aplicarse en la mayor medida de lo posible; fórmula que en el caso que nos ocupa consiste en otorgarle al juez facultades probatorias *ex officio*, pero limitadas.

⁹² HUNTER AMPUERO, Iván, *Las Potestades Probatorias del Juez de Familia*. Op. cit. p.108.

⁹³ Véase sección 3.2.2. *supra*.

La pregunta que cabe hacernos ahora es respecto al tipo de limitaciones a las que nos referimos cuando hablamos de las facultades probatorias de oficio del juez de familia.

Para su análisis debemos determinar con precisión cuál es el fundamento/origen de la necesidad de establecer los límites que se han indicado. En términos generales, dijimos que éstos son una consecuencia práctica del proceso de ponderación de principios constitucionales en juego. En este caso en particular, el principio que pugna con el establecimiento de facultades probatorias para el juez de familia, como manifestación del deber del Estado de otorgar protección y fortalecimiento a la familia, artículo 19 N° 1 de la Constitución, es el respeto al debido proceso, contemplado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución; y más precisamente a sus manifestaciones de a) derecho a un juez imparcial y b) derecho a defensa. Cada una de estas manifestaciones impone la necesidad de establecer límites especiales a las facultades probatorias *ex officio* del tribunal.

a) Derecho a un juez imparcial. El ejercicio indiscriminado dentro del proceso de las facultades oficiosas de prueba del juez puede implicar una pérdida de la imparcialidad necesaria del juez para emitir una decisión justa sobre el conflicto sometido a su conocimiento. Por lo mismo, en el ejercicio de estas facultades, el juez debe someterse a dos límites claros y precisos, que,

por cierto, vienen pre-configurados desde el principio dispositivo propiamente tal. Estos límites son los que se indican a continuación.

- Primero, la actividad probatoria del juez debe limitarse a los hechos discutidos por las partes e incorporados por éstas al delimitar el conflicto sometido a conocimiento del tribunal. En otras palabras, el juez no puede ejercer su actividad probatoria fuera de los límites de hecho establecidos por las partes. “[S]on los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad probatoria tendiente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de congruencia”⁹⁴.

- En segundo lugar, la actividad probatoria del juez debe limitarse a las fuentes probatorias que ya consten en el proceso. Para estos efectos, entenderemos por fuente probatoria el objeto inmediato del medio de prueba que, a su vez, es objeto de la actividad probatoria del tribunal. Así, el juez sólo puede ejercer su actividad probatoria sobre objetos de prueba que hayan sido incorporados al proceso por las partes. Nos referimos, por ejemplo, a aquel documento mencionado por alguna de las partes durante el periodo de discusión, o a la persona ya individualizada en la causa que el juez estime

⁹⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Op. cit. pp. 117-118.

prudente llamar a declarar como testigo. Cuando las fuentes de prueba constan en el proceso el juez puede ejercer sus facultades probatorias sobre éstas sin perder su imparcialidad. Así, la actividad del tribunal se limita a una de verificación, sin correr el riesgo de que se transforme en la actividad inquisitiva del juez de averiguación⁹⁵.

Como regla general, el ejercicio de las facultades probatorias del juez debe enmarcarse dentro de este límite fáctico impuesto por la actividad de las partes, ya que, recordemos, la facultad de delimitar el conflicto sometido a conocimiento del órgano jurisdiccional y la de definir los alcances de la decisión emitida por éste, es una manifestación del principio dispositivo que, según vimos, tiene un sustrato constitucional que no podemos desconocer.

En términos generales estos límites debemos encontrarlos en el artículo 29 de la Ley 19.968. El inciso tercero de la norma dispone *“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”*. Por su parte, la parte final del inciso segundo del artículo 13 de la Ley dispone que el juez puede *“solicitar a las partes los antecedentes necesarios para la debida tramitación y fallo de la causa”*.

⁹⁵ Cfr. HUNTER AMPUERO, Iván, *Las Potestades Probatorias del Juez de Familia*, Op. cit. pp. 114-117.

A primera vista, parecieran no existir limitaciones a la actividad probatoria del juez en estas normas. Sin embargo, estimamos que una interpretación en este sentido es errada. En efecto, las disposiciones legales citadas, sin ser evidentes, sí contemplan las limitaciones asociadas a la imparcialidad del juzgador que hemos analizado. Así, en el artículo 29 inciso tercero, el legislador permite al juez ordenar medios de prueba dentro del procedimiento, pero señala claramente que debe tratarse de aquellos medios de prueba “*de que tome conocimiento*”. Es decir, no puede ordenar la práctica diligencias probatorias sobre fuentes de prueba desconocidas o que no hayan sido incorporadas en el proceso por las partes.

Seguidamente, la disposición legal establece que la práctica de diligencias probatorias ordenadas por el juez deben atender a una necesidad especial de contar con el medio de prueba ordenado atendida la naturaleza del conflicto familiar de que se trate. Lo mismo ocurre en la parte final del artículo 13 citado, en donde se permite al juez solicitar antecedentes a las partes en la medida en que éstos sean necesarios para la resolución del conflicto. Sobre el requisito de la necesidad, es necesario notar que éste cumple una doble función. En primer lugar, funciona como válvula de escape a la limitación en el ejercicio de las facultades probatorias del juez, puesto que le permite ejercer actividad probatoria o solicitar antecedentes fuera de los límites que ya hemos mencionado aduciendo su necesidad para la resolución del conflicto en

atención a la naturaleza del mismo⁹⁶. En segundo lugar, funciona como límite a la actividad probatoria del juez. Y es un límite en tanto impone al juez el deber de justificar la necesidad de su actividad probatoria en dos sentidos: uno, el de su necesidad atendiendo las características particulares del conflicto familiar; y, dos, la necesidad con miras a la obtención de una sentencia o solución adecuada, justa y legítima.

Sin perjuicio de todo lo anterior, existen ocasiones en que las circunstancias fácticas que rodean al conflicto justifican una mayor actividad del Estado (esto es, del órgano jurisdiccional). En ciertos casos especialísimos en donde entran a jugar distintos factores en el proceso de ponderación de principios constitucionales, sí se justifica ampliar el alcance de la actividad jurisdiccional, lo que ocurrirá necesariamente en desmedro del principio de la imparcialidad del juzgador. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, contemplado en los artículos 68 y siguientes de la Ley 19.968; o dentro del procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar, en donde el juez debe solicitar al Registro Civil el extracto de

⁹⁶ Si bien esto puede parecer, en un principio, una forma de encubrir la actividad inquisitiva del juez, lo cierto que esta válvula de escape es necesaria en un procedimiento de familia debido a las particulares características del contencioso familiar. Estas características jurídicas particulares sumadas a circunstancias de hecho especiales (que deben determinarse caso a caso), hacen necesario, en ciertos casos, que el juez deba ejercer su actividad probatoria con mayor laxitud. En otras palabras, estas circunstancias de hecho especiales hacen que, en ciertos casos, sea necesario quitarle primacía al principio dispositivo, entregándole un margen más amplio a la actividad protectora y de fortalecimiento que el Estado le debe a la familia de acuerdo al artículo 1° de la Constitución.

filiación e informe de antecedentes del denunciado o demandado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley.

b) Derecho a defensa. Los límites a las facultades probatorias del juez derivadas del derecho a defensa dicen relación con el respeto al principio de contradicción. En términos generales, el principio de contradicción exige que se ponga el proceso a libre disposición de las partes, tanto para acceder al mismo, como para formular sus pretensiones o defensas a las actuaciones que se desarrollen en él. Se trata, al igual que en el caso del derecho a un juez imparcial, de una de las emanaciones del principio de debido proceso legal garantizado por la Constitución⁹⁷. En este sentido, los límites a la actividad probatoria del juez están dado por la actividad de las partes, que deben estar facultadas para controvertir la prueba propuesta por el juez y para rendir prueba en contra de la propuesta por éste.

- Facultad de controvertir la prueba propuesta por el juez. Los límites referidos a la imparcialidad del juez –según se analizó- consisten en limitaciones negativas manifestadas como un mandato de *no hacer* (y, en los casos de excepción, un *hacer* condicionado a la concurrencia de ciertos requisitos) para el juez. En cambio, dentro de este grupo, el límite está dado por la propia actividad de las partes en el proceso y, más precisamente, a la

⁹⁷ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio. *Op. cit.* pp. 62-65.

facultad de poder ejercer esta actividad. Este límite se concreta, precisamente, otorgando a las partes la facultad de controvertir la propuesta del juez que ejerce su actividad probatoria, es decir, con la posibilidad de discutir sobre la oportunidad, el mérito y la pertinencia de la actividad de la prueba del juez. Como señala el profesor HUNTER AMPUERO, “[e]n la medida que se respete el contradictorio preventivo de las partes, el proceso justo no será jamás incompatible con un rol activo del juez, director del proceso, en búsqueda de la verdad”⁹⁸.

- Facultad de rendir prueba en contra de aquella ordenada realizar por el juez. Esta limitación está íntimamente relacionada con el derecho de defensa. Al igual que en el caso anterior, este límite se concreta otorgándole a las partes la facultad de proponer y producir prueba en contra de aquella ordenada por el juez. Es decir, basta que las partes tengan la posibilidad de rendir esta contraprueba⁹⁹.

Nuevamente, el límite está dado en este caso por la actividad de las partes (o la posibilidad de esa actividad) y no por un mandato de *no hacer* dirigido al juez. Ello es importante, puesto que deja entrever que el respeto a los derechos y garantías en el proceso no es sólo una mera cuestión de control por

⁹⁸ HUNTER AMPUERO, Iván, *Las Potestades Probatorias del Juez de Familia*, Op. cit. p.119.

⁹⁹ Cfr. HUNTER AMPUERO, Iván, *Las Potestades Probatorias del Juez de Familia*, Op. cit. pp. 121-122.

parte del órgano jurisdiccional, sino que también dice relación con la participación activa de las partes en el mismo.

Este grupo de límites, sin embargo, es problemático si se analiza a la luz de la Ley 19.968. Ello, puesto que una revisión detallada de las normas que regulan las facultades probatorias de las partes y del juez permiten concluir que no se ha otorgado a las partes las facultades de controvertir la prueba de oficio ni para rendir contraprueba.

Lo anterior es preocupante, sobre todo porque la Ley contempla amplias facultades materiales, tales como determinar el objeto del juicio, fijar los hechos que deben ser probados y determinar las pruebas que deberán rendirse (artículo 61 N° 6, 7 y 8 de la Ley); sin contar la facultad de ordenar la prueba que estime necesaria (artículos 13 y 29 de la Ley). El ejercicio de estas facultades, sin la posibilidad de que las partes ejerzan control sobre ellas, puede convertirse en una directa vulneración a su derecho a defensa.

Lo anterior no obsta a que, en casos especiales determinados por circunstancias de hecho particulares, sea necesario hacer excepciones. Pero deberían ser –precisamente- excepciones y no la regla general, como es el caso actual.

Para corregir esta situación, nos parece que sería conveniente realizar al menos dos modificaciones a la Ley 19.968. La primera consistente en incluir bajo el artículo 29 inciso tercero la posibilidad de que las partes controvertan la prueba ordenada por el juez y de rendir contraprueba. La segunda, consistente en ampliar el alcance del artículo 63 bis, que contempla la posibilidad de solicitar prueba no solicitada oportunamente, permitiendo a las partes discutir y ofrecer prueba, en contra de aquella ordenada por el juez de la que no haya habido oportunidad para controvertir, en la audiencia de juicio.

3.3.3. Facultades especiales de dirección del proceso.

Anteriormente señalamos que existe un grupo de facultades *ex officio* que no pueden ser clasificadas, sin más, como formales o materiales, puesto que no es posible subsumirlas en ninguna de sus definiciones.

Estas facultades apuntan a dos objetivos particulares que el legislador tuvo a la vista al crear una judicatura especial de familia que, a su vez, responden a las necesidades inmediatas de las personas que acuden a los Tribunales de Familia para lograr solucionar sus conflictos.

Se trata de facultades especiales que se le conceden al juez de familia que podemos clasificar en dos grupos. El primero, el grupo de facultades o potestades cautelares, que dicen relación con el interés público presente en los

procedimientos de familia y el mandato constitucional de protección a ésta y a los menores; y que responden a la necesidad de medidas extremas e inmediatas de protección cuya dilación puede poner en riesgo estas instituciones. El segundo, el grupo de facultades dirigidas a privilegiar las soluciones cooperativas entre las partes por sobre a soluciones heterocompositivas, que tienden a tener una lógica adversarial contraria a los intereses de la familia entendida como sistema. El primer grupo de facultades oficiosas es fruto de un mandato constitucional expreso; el segundo, en cambio, es parte de una opción legislativa orientada por las particulares características del contencioso familiar.

a) Facultades o potestades cautelares. El artículo 22 de la Ley 19.968 contempla expresamente la potestad cautelar del juez. El inciso primero de este artículo dispone: *“Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”*. Como hemos mencionado, la justificación de la existencia de esta potestad cautelar general es el mandato

constitucional que obliga al Estado a otorgar protección a la familia y a los menores (artículo 1° de la Constitución y tratados internacionales ratificados por Chile, especialmente la Convención de los Derechos del Niño).

Sin embargo, ni aun este interés público ni el mandato constitucional permiten que estas facultades sean ejercidas sin límite alguno. En efecto, la potestad cautelar del juez se encuentra claramente delimitada en la Ley 19.968. En este sentido, durante la tramitación del Proyecto de la Ley 19.968, la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento estuvo de acuerdo en regular esta facultad. *“La Comisión estuvo de acuerdo con la propuesta de regular detalladamente la potestad cautelar de los jueces, incorporando las medidas prejudiciales del Código de Procedimiento Civil. Por lo mismo, resolvió detallar en forma más precisa las circunstancias que hacen procedente la aplicación de estas medidas, sobre todo considerando que podrán disponerse, incluso, de oficio, y sin notificación previa de la parte a quien afectar”*¹⁰⁰.

El artículo 22 regula la potestad cautelar general del juez de familia, remitiéndose en lo no regulado especialmente en la Ley 19.968 o en leyes especiales a las normas del Código de Procedimiento Civil. En lo medular, los requisitos establecidos por la Ley para la aplicación de alguna medida cautelar, ya sea de oficio o a petición de parte, no difieren de los requisitos generales

¹⁰⁰ Segundo Informe Comisión de Constitución. Boletín 2118-18 en sesión de 13 de julio de 2004. En: *Historia de la Ley N° 19.968 Crea los Tribunales de Familia. Op. cit.* p. 1066.

consagrados en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, sí existe una regulación de medidas cautelares especiales de materias de familia. Esta regulación especial se hace presente en los procedimientos especiales de aplicación de medidas de protección a favor de niños, niñas y adolescentes y en el procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar. En específico, los artículos 71 y 92 contemplan, respectivamente, catálogos de medidas cautelares especiales en razón de la materia a la que aplican. Esta regulación específica no impide, sin embargo, que el juez, de oficio o a petición de parte, adopte alguna medida cautelar no contemplada expresamente en la ley (denominadas en el artículo 22 como medidas cautelares innovativas).

La Ley contempla, además, ciertas facultades o potestades de ejecución y sancionatorias relativas al cumplimiento de las medidas cautelares decretadas, como por ejemplo, las de los artículos 93 y 94. Sin embargo, estimamos que éstas forman parte del grupo de facultades de dirección formal del procedimiento, relacionadas al momento jurisdiccional de ejecución.

Las medidas cautelares en materia de familia tienen la virtud de proporcionar respuestas rápidas, eficientes y eficaces a los usuarios del sistema, protegiéndolos. Si bien las medidas cautelares, por naturaleza, son esencialmente provisionales, muchas veces éstas permiten en el corto plazo ofrecer soluciones que, si bien temporales, muchas veces resultan ser el punto

de encuentro entre los involucrados para la búsqueda de soluciones cooperativas. La respuesta rápida y eficiente por parte del juez es positivamente evaluada por los usuarios y, en última instancia, eleva la legitimidad social de su función dentro del sistema. Lo anterior, sin olvidar que son medidas de protección, denominación esta última que entendemos su mejor virtud.

b) Facultades dirigidas a la obtención de soluciones cooperativas. La incorporación de instituciones que promovieran las soluciones cooperativas (la más importante, la mediación) fue una de las principales preocupaciones tenidas a la vista por el legislador durante la tramitación del Proyecto de la Ley 19.968¹⁰¹, indicada incluso como uno de los objetivos específicos perseguido por el Proyecto de Ley sometido a tramitación por el entonces Presidente de la República, en los siguientes términos: *“Que se proporcione a las partes instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas. El proyecto privilegia fuertemente las vías no controversiales de resolución de conflictos –*

¹⁰¹ *“En efecto, como es sabido, el conflicto familiar es un conflicto que reclama soluciones cooperativas, es decir, soluciones que acrecienten el bienestar de todas las partes del conflicto. Con dicho fin, el proyecto instituye la mediación. La mediación, al aumentar los niveles de información disponibles y los canales de comunicación entre las partes, fomenta las soluciones autocompositivas.*

Existe evidencia empírica de que este tipo de soluciones disminuye las ineficiencias, permitiendo así, en el largo plazo, un ahorro de recursos. La solución adversarial –al concebir el conflicto como una relación no interactiva tiende a asignar bienestar a una de las partes, negándoselo a la otra. Ello suele ser motivo de un nuevo conflicto que, muy prontamente, comparece de nuevo ante el sistema reclamando solución.

*Este un aspecto del proyecto de particular interés y a favor del cual es posible citar importantes experiencias en sistemas jurídicos tan prestigiosos como el francés o el canadiense”. Mensaje del Presidente de la República al Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia. Mensaje N° 81-336 de 3 de noviembre de 1997. En: *Historia de la Ley N° 19.968 Crea los Tribunales de Familia. Op. cit. p. 8.**

tanto la mediación como la conciliación- apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar”¹⁰².

Por supuesto que la mejor forma de promover las soluciones autocompositivas es aumentar los niveles de información de las partes en conflicto. Por esta misma razón, se estableció la mediación como paso previo y necesario para un gran número de materias, comúnmente denominadas “materias de mediación obligatoria”. Sin embargo, la mediación muchas veces es insuficiente, ya sea por cuestiones de tiempo (las partes necesitan tomarse un tiempo para procesar la información recibida), ya sea porque las partes no alcanzaron a recolectar la información necesaria o simplemente porque tienen posiciones irreconciliables.

Sin embargo, lo anterior no obsta a que durante el curso del proceso las partes puedan alcanzar un nivel óptimo de información que les permita alcanzar una solución cooperativa. En este sentido, las facultades del juez de promover la mediación o la conciliación dentro del proceso de oficio, contempladas en el artículo 61 N° 4 y 5 de la Ley 19.968, permiten ampliar las posibilidades de que las partes arriben a una solución cooperativa.

¹⁰² *Ibíd.* p. 9.

Estas facultades no tienen relación con aspectos procedimentales ni con la introducción y prueba del material fáctico dentro del proceso, razón por la que hemos decidido incorporarlas dentro de las facultades especiales de dirección del proceso. Como señala el profesor HUNTER AMPUERO, estas facultades *“imprimen el aire colaborativo que debe reinar en el conflicto de familia, amén del tratamiento que merece una problemática que excede con creces a la mera definición de derechos, cercana, por cierto a criterios de equidad. Si entendemos de esta forma a la mediación y la conciliación, tampoco entonces podemos ligarlas a una potestad material”*¹⁰³.

Las facultades del juez orientadas a la búsqueda de soluciones cooperativas implican dos cosas en la práctica: el contacto directo entre las partes y el juez, por un lado, y un juez activo y propositivo en la búsqueda de una solución al conflicto, por el otro. Nos parece que esta actividad propositiva del juez en torno a la búsqueda de soluciones cooperativas es percibida positivamente por las partes, aún cuando las soluciones propuestas sean rechazadas. La retroalimentación de información entre las partes, y entre éstas y el juez, que se produce en las instancias de discusión de las posibles soluciones colaborativas es también útil y positiva en términos de resultado para la dictación de una sentencia adecuada, justa y legítima –en el caso de que falle la concreción de una solución alternativa. En términos prácticos, todo ello

¹⁰³ HUNTER AMPUERO, Iván, *Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia*. Op. cit. p. 211.

implica un aumento en la confianza hacia la judicatura y, como consecuencia, un aumento en la legitimidad de las soluciones heterocompositivas otorgadas.

* * *

CONCLUSIONES

Una de las grandes novedades de la reforma introducida por la Ley 19.968 es que incorporó un conjunto no despreciable de facultades oficiosas materiales, formales y especiales que permiten al juez actuar como director dentro del nuevo proceso que éste consagra.

La incorporación de estas facultades es parte de una reforma integral a la regulación de la judicatura de familia. Esta reforma, en su totalidad, está inspirada por una particular ideología del proceso que, si bien no es explícita, se ve reflejada a lo largo de sus instituciones. Una de ellas, y quizás una de las más características, son las facultades oficiosas del juez, cuya actuación de oficio en el proceso es contemplada incluso como principio dentro de los primeros artículos de la Ley.

Ante la existencia de tales facultades, las preguntas que nos planteamos fueron *por qué* y *para qué* en la reforma introducida por la Ley 19.968 se optó por incorporarlas.

Los capítulos I y II de este trabajo están enfocados a responder la primera de nuestras preguntas, el *por qué* de la incorporación de dichas facultades; esto es, la pregunta por sus fundamentos, tanto prácticos como teóricos.

Pues bien, al analizar la judicatura de familia, lo primero que salta a la vista son las características particulares de la misma. Se trata de características sociológicas y psicológicas que paulatinamente se han ido consagrando normativamente en leyes especiales e, incluso, en la Constitución y diversos tratados internacionales. La familia como núcleo fundamental de la sociedad, el deber de la sociedad y del Estado de propender a su fortalecimiento y de otorgarle protección, el respeto y resguardo por parte de la sociedad y del Estado de los derechos del niño y el interés superior de éste son las notas características del Derecho de Familia y se erigen como sus principios fundamentales, que deben observarse al regular cualquier asunto relativo a éste.

Entonces, como punto de partida, tenemos que existen ciertas características y principios constitucionales que exigen de la sociedad y del Estado un *comportamiento activo*. Siendo el órgano jurisdiccional, y en última instancia el juez, quien ejerce la función jurisdiccional del Estado, estas particulares características del Derecho de Familia son fundamento y justificación de la existencia de un juez activo dentro del proceso de familia¹⁰⁴.

¹⁰⁴ El profesor HUNTER lo resume de esta manera: “*Aun cuando deba asumirse el carácter técnico de las potestades oficiosas del juez de familia, su fundamento último escapa a mi juicio al solo derecho procesal, en la medida que obedecen a cierta configuración previa proveniente del derecho sustantivo*”. HUNTER AMPUERO, Iván. *Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia*. Op. cit. p. 213.

Por otro lado tenemos la discusión teórica y abstracta acerca de la pertinencia de estas facultades en el proceso. Se trata de una intensa discusión que tiene lugar en lo más profundo de la Teoría del Proceso y que ha sido analizada en la doctrina a la luz de los principios del procedimiento, específicamente los binomios principio dispositivo/ principio inquisitivo y principio de aportación de parte/ principio de investigación judicial. Ello, porque la primacía de uno u otro principio dentro del procedimiento determina el nivel de actividad del juez dentro del mismo.

Sin embargo, según se analizó en el Capítulo II, la decisión a favor de la primacía de uno u otro principio (de cada binomio) es, al fin y al cabo, una decisión político-económica; decisión que se ve reflejada en una determinada ideología del proceso que, a su vez, se trasposa y refleja en los principios del procedimiento que priman dentro del mismo.

Sin entrar a formular un juicio de valor acerca de la decisión político-económica detrás de la reforma introducida por la Ley 19.968, ya que este propósito excede el objeto de este trabajo, podemos concluir que la Ley 19.968 se inspira en la idea del proceso enfocado a la búsqueda de la verdad para la obtención de una sentencia adecuada, justa y legítima.

El proceso enfocado a la búsqueda de la verdad supone necesariamente la presencia de un juez activo dentro del mismo, un juez presente y que pueda tener contacto directo con el conflicto y sus fuentes, y facultado además para obtener, dentro de ciertos límites, la verdad necesaria para poder dictar una sentencia justa en donde se aplique el derecho a los hechos reales verificados por el juzgador.

En el nuevo proceso que instauró la Ley 19.968 la configuración de los principios del procedimiento reflejan esta ideología. La primacía de los principios de oralidad, concentración e inmediación permiten al juez tener conocimiento directo del conflicto y de sus fuentes; los de publicidad, colaboración e interés superior del niño suponen la participación activa de las partes y el juez; y, finalmente, el principio de actuación de oficio evidencia la intención de sacar al juez de la pasividad característica de los procedimientos de nuestro Código de Procedimiento Civil, para otorgarle participación activa dentro del mismo.

El resto de las facultades oficiosas, tanto formales, como materiales y especiales que contempla la Ley 19.969 no son más que el corolario de esta particular forma de concebir el proceso orientándolo hacia la búsqueda de la verdad.

En suma, las características particulares del Derecho de Familia, que funcionaron (junto con un cúmulo de consideraciones prácticas como la necesidad de regular orgánicamente los procesos de familia, mejorar el acceso a la justicia, entre otros) como motor de la reforma introducida por la Ley 19.968, terminaron por encausar la decisión del legislador hacia la ideología del proceso enfocado a la búsqueda de la verdad para la obtención de un resultado adecuado, justo y legítimo. Esta conjugación de factores son, finalmente, los fundamentos y la justificación del *por qué* de la incorporación de las facultades oficiosas del juez en la Ley 19.968.

La respuesta relativa al *para qué* de estas facultades se encuentra, evidentemente, relacionada con la anterior. Ello porque la respuesta a la pregunta sobre los fundamentos y justificación lleva implícito un análisis acerca de la necesidad o utilidad de la incorporación de estas facultades. En concreto, en el caso de la Ley 19.968, el legislador optó por una determinada ideología del proceso y, con ello, le dio un contenido determinado al mismo. Este contenido está compuesto por la particular finalidad del proceso asociado a la ideología, que en nuestro caso es la búsqueda de la verdad para la obtención de una sentencia adecuada, justa y legítima. Ésta es, en consecuencia, la respuesta que necesitamos. Las facultades oficiosas del juez sirven a este fin particular que es la búsqueda de la verdad para la obtención de una solución adecuada, justa y legítima.

Los calificativos «adecuado, justo y legítimo» no los hemos utilizado por azar. Por el contrario, estos tres calificativos reflejan, resumidamente, los objetivos principales de la reforma introducida por la Ley 19.968 y, evidentemente, los objetivos de un proceso inspirado en la búsqueda de la verdad. Pero más aún, estos tres objetivos se ven reflejados en los tres grupos de facultades oficiosas que la Ley 19.968 contempla y que hemos denominado 1) facultades formales de dirección del proceso, 2) facultades materiales de dirección del proceso, y, 3) facultades especiales de dirección del proceso.

Las facultades formales de dirección del proceso son aquellas que dicen relación con la relación jurídico material y se conectan directamente con el principio dispositivo. Hemos dicho que estas facultades representan la necesidad de adecuación de la judicatura de familia a sus instituciones particulares, lo que sirve finalmente para la obtención de una sentencia adecuada a éstas. La Ley 19.968 contempla en el artículo 13, como principio, la actuación de oficio del juez en el procedimiento, además de otras facultades específicas de dirección. Si bien es evidente la intención de dotar al juez de poderes de dirección, también es manifiesto que el legislador lo ha hecho resguardando el respeto al principio dispositivo que, como dijimos, tiene un sustrato constitucional que no es posible obviar. Así, se respetan las cuatro manifestaciones principales de este principio: la decisión de iniciar o no la actividad jurisdiccional, de delimitar el ámbito fáctico del conflicto sometido a

conocimiento de órgano jurisdiccional y, con ello, de limitar el alcance de la sentencia, y, finalmente, la de poner término anticipado a la actividad jurisdiccional.

Las facultades de dirección material de procedimiento, por su parte, son las que más discusión generan en la doctrina, puesto que la incorporación de estas facultades junto a su ejercicio indiscriminado puede traducirse en lo que algunos autores han denominado un proceso autoritario y fascista.

Estas facultades tienen que ver con la relación jurídico procesal, pero implican otorgar poderes materiales al juez dentro del mismo y la posibilidad de influir, a través de éstos, en el mérito del mismo. Se relacionan directamente con el principio de aportación de parte y el de investigación de oficio. La Ley 19.968 contempla un conjunto no despreciable de estas facultades (la más representativa en el inciso tercero del artículo 29 de la Ley), pero contempla, además, una serie de límites a su ejercicio que resguardan ciertos derechos constitucionales derivados del principio del debido proceso. Nos referimos al derecho a defensa y derecho a un juez imparcial. La existencia de estas limitaciones deja a salvo los principios constitucionales mencionados, cuya vulneración –por lo demás– son las principales críticas de la doctrina a la existencia de estas facultades materiales.

Demás está mencionar que las facultades materiales del juez son una herramienta indispensable para que éste pueda buscar la verdad en el proceso. Ello, con el fin de poder dictar una sentencia justa, entendiendo por justa aquella sentencia que resuelve el conflicto aplicando las normas a los hechos reales verificados por el jugador.

Finalmente, tenemos las facultades especiales de dirección del proceso. Hemos dicho que estas facultades sirven a la legitimidad de las decisiones del juez, aumentando la confianza de los usuarios en el órgano jurisdiccional y, con ello, su percepción de las soluciones alcanzadas. Estas facultades especiales dicen relación con la potestad cautelar, contemplada en el artículo 22 de la Ley 19.968 y las facultades de proponer, de oficio, soluciones colaborativas a través de la mediación o de la conciliación. Estas facultades, relacionadas íntimamente con las características particulares del derecho de familia y el deber de protección del Estado a sus instituciones, muestran la necesidad de mantener un juez activo dentro del proceso. Por lo demás, la evidencia empírica (como se indicó, además, durante la tramitación del Proyecto de la Ley 19.968) muestra que los usuarios concurren a los Tribunales de Familia esperando encontrar en el órgano jurisdiccional la solución que no han podido encontrar en su esfera privada.

En suma, las facultades oficiosas del juez de familia son necesarias para la consecución de los fines proceso, y especialmente a la luz de las particularidades de los asuntos de familia que, por experiencia práctica, requieren de la presencia de un juez activo dentro del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1993).

-----, *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación*. En: ALEXY, Robert e IBÁÑEZ, Andrés. *Jueces y Ponderación Argumentativa*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. (2006).

2. BAEZA CONCHA, Gloria, y PÉREZ CABRERA, Jaime, *Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario*. Santiago: LexisNexis (2005).

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. Serie C No. 242. Sentencia de 27 de abril de 2012. [en línea] <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf> [consulta: 20 febrero de 2014].

-----, Opinión Consultiva OC-17/022 del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 27 [en línea]. <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> [consulta: 10 febrero 2014].

4. COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3° Ed.). Buenos Aires: Ediciones De Palma. (1958).
5. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*. En: MONTERO AROCA, Juan [coordinador] et. al. *Proceso e Ideología Civil. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch (2006).
6. FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, *Las Facultades y Deberes del Juez en Materia Probatoria en el Proceso Laboral: Análisis Crítico*. Santiago: Editorial Thomson Reuters Puntolex (2011).
7. GIMENO COLLADO, Adelina, et.al. *El Enfoque Sistémico en los Estudios sobre la Familia*. Revista Internacional de Sistemas, Volumen 14(2004/2006).
8. *Historia de la Ley N° 20.286 Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia*. Biblioteca del Congreso Nacional. <www.bcn.cl>
9. HUNTER AMPUERO, Iván. *Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia*. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Vol. XX(1) (2007).

-----, *Las Potestades Probatorias del Juez de Familia*.
Santiago: Legal Publishing Chile (2008).

-----, *El Principio Dispositivo y los Poderes del Juez*. Revista
de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XXXV.
(2010).

10. MONTERO AROCA, Juan [coordinador] *et. al. Proceso e Ideología Civil. Un
prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant
Lo Blanch (2006).

-----, *La Prueba en el Proceso Civil*. 7ma. Edición. Pamplona:
Cívitas (Thompson Reuters) (2007).

11. NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, *Derecho Procesal de la
Familia, la primera reforma procesal civil en Chile*. Santiago: Legal Publishing
(2012).

12. OBREQUE MELÉNDEZ, Cristóbal y TOBAR RAMÍREZ, Jaime, *La Judicatura de
Familia*. Santiago: Legal Publishing (2012).

13. OEA, *Funciones y Atribuciones de la CIDH*. [en línea]
<<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/fuentes.asp>> [consulta: 10 de febrero

2014]. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Convención-Ratificaciones*. [en línea] < <http://www.cidh.org/basicos/Basicos3.htm>> [consulta: 10 de febrero de 2014].

14. PARRA QUIJANO, Jairo, *Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio*. Bogotá: Editorial Temis (2004).

15. PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*. En: MONTERO AROCA, Juan [coordinador] et. al. *Proceso e Ideología Civil. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch (2006).

-----, *El Juez y la Prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Editorial Bosch (2007).

16. RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia, Tomo I*. 6ta. Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2009).

17. TARUFFO, Michele, *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana (2009).

18. United Nations, *Treaty Collection*. [en línea]
<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en> [consulta 10 de febrero 2014].