



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de derecho

Departamento de Derecho Procesal

CONSTRUCCIÓN DE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS
ORDINARIOS Y ESPECIALES DE FAMILIA

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

Memorista:

ISIDORA MONSERRAT VALENZUELA GONZÁLEZ

Profesor guía:

DRA. MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ
COULON

Santiago, Chile

2023

A mi familia por su apoyo incondicional a lo largo de mi etapa universitaria.

A mi compañero de vida por su infinita paciencia.

A mis amigos y amigas por su contención y risas en el proceso.

Y, a mi bisabuela que desde el cielo me cuida y protege siempre.

“A veces, basta con cambiar de perspectiva para ver la verdad del otro”.

- Dan Brown.

AGRADECIMIENTOS

Por medio de estas breves palabras, en primer lugar, quisiera agradecerle a mis padres, Guillermo y Rosa, por darme la oportunidad de estudiar y apoyarme en el proceso. También, a mis hermanas, Javiera y Trinidad, por aguantar mi mal humor y acompañarme entre risas y llantos en estos años de pregrado. De la misma manera, agradecer a Mauricio por ser mi contención en los días más grises y entregarme una infinita paciencia y amor para lograr mis objetivos.

En segundo lugar, quiero darle las gracias a mis amigos y amigas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile por hacerme sentir que en Santiago también tenía un hogar y que nos íbamos a acompañar en todas las dificultades que se nos presentasen. Muchas gracias “Futuros abogados 2.0”.

Agradecer también a la profesora guía de esta memoria de prueba, Dra. María de los Ángeles González Coulon, por su excelente disposición para conseguir bibliografía, realizar correcciones y comentarios y responder mis dudas una y otra vez. Al profesor Raúl Montero López, por motivarme a seguir incursionando en las ramas del Derecho Procesal luego de haber realizado el ciclo con él y por la bibliografía prestada. En el mismo sentido, agradecer al profesor Dr. Jesús Ezurmendia Álvarez, por convertirse indirectamente en la fuente de inspiración de esta memoria tras haber leído un artículo de su autoría.

Finalmente, agradezco a todos aquellos que siempre preguntaron por mis estudios, que me motivaron a seguir esforzándome y confiaron en mí.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I. LEY SOBRE TRIBUNALES DE FAMILIA (LEY N°19.968).....	11
1. Generalidades de la Ley N°19.968.....	11
2. Principios jurídicos en materia de familia.....	13
2.1. Principio de libertad probatoria.....	13
2.2. Principio del interés superior del niño, niña y adolescente.....	15
3. Procedimientos en la Ley sobre Tribunales de Familia.....	18
3.1. El procedimiento ordinario ante los Juzgados de Familia.....	19
3.2. Los procedimientos especiales ante los Juzgados de Familia.....	20
CAPÍTULO II. ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA.....	22
1. El concepto de prueba.....	22
2. Finalidad de la prueba.....	25
3. Etapas de la actividad probatoria.....	28
3.1. Etapa de conformación del material probatorio.....	29
3.2. Etapa de valoración de los hechos por parte del juez.....	32
3.3. Etapa de aplicación de un estándar de prueba.....	35
3.3.1. Relación entre valoración y estándar de prueba.....	36
CAPÍTULO III. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA.....	39
1. Concepto de estándar de prueba.....	39
2. Sobre los criterios objetivos para la formulación de un estándar probatorio.....	43
3. Funciones del estándar de prueba.....	46
3.1. Función en el ámbito de la decisión.....	47
3.2. Función en el ámbito de la justificación.....	51
4. Tipos o categorías de estándares de prueba: Definiciones y características.....	52
4.1. El estándar de prueba: Más allá de toda duda razonable.....	52
4.2. El estándar de prueba: Probabilidad prevaleciente o preponderancia de la evidencia.....	55

4.3. El estándar de prueba: prueba clara y convincente	57
CAPÍTULO IV. CONSTRUCCIÓN DE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA	61
1. El estándar de prueba en el derecho de familia	61
2. Los bienes jurídicos protegidos en los diferentes procedimientos y su implicancia para la determinación del estándar de prueba	65
2.1. Los bienes jurídicos protegidos en los procedimientos ordinarios	66
a) Cuidado personal.....	66
b) Relación directa y regular	66
c) Alimentos	67
d) Divorcio de mutuo acuerdo y unilateral por cese de convivencia.....	67
e) Divorcio sanción o por culpa	69
f) Compensación económica.....	70
2.2. Los bienes jurídicos protegidos en los procedimientos especiales	74
3. Los riesgos de error que enfrentan las partes en los diferentes procedimientos de familia...	76
4. La prueba clara y convincente como estándar aplicable al derecho de familia	80
CAPÍTULO V. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER ESTÁNDARES DE PRUEBA DIFERENCIADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA	86
1. El estándar de prueba y su vinculación con el principio del interés superior del NNA	86
2. Estándares de prueba diferenciados para los procedimientos de familia	88
CONCLUSIONES.....	92
BIBLIOGRAFÍA.....	98
INFORMES Y DOCUMENTOS DE INSTITUCIONES	108
FUENTES NORMATIVAS	109
JURISPRUDENCIA	110

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
Coord.	Coordinador
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código Procesal Penal
Direc.	Director
Ed.	Edición
Ibíd	Ibidem, “en el mismo lugar”
Nº, N., núm.	Número
LTF	Ley N°19.968 que Crea los Tribunales de Familia
LVI	Ley N°20.066 que Establece Ley de Violencia Intrafamiliar
NLMC	Ley N°19.947 que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil
NNA	Niños, niñas y adolescentes
p.	Página
pp.	Páginas
Trad.	Traducción
VIF	Violencia Intrafamiliar

RESUMEN

En la presente memoria se investigará el concepto de estándar de prueba con la finalidad de construir y establecer un estándar probatorio en materia de familia debido al silencio de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia en este sentido. Para lograr lo anterior, en primer lugar, se analizarán los principios jurídicos informantes y los diferentes procedimientos existentes en esta sede. Luego, se revisará el concepto de prueba y su finalidad dentro del proceso con el objetivo de arribar a la noción de estándar de prueba como el tercer momento de las etapas probatorias. Además, se expondrán las funciones y los diferentes tipos o categorías de estándares. Finalmente, se efectuará un análisis de las diversas problemáticas que surgen en torno a la aplicación de un estándar de prueba, considerando los bienes jurídicos protegidos, la decisión política-valorativa que debe cumplir el estándar de prueba y también la distribución de errores que se realiza dentro del proceso, para concluir con la evaluación de la factibilidad de fijar un estándar de prueba para cada procedimiento en específico, en atención a que el derecho de familia se caracteriza por estar compuesto de intereses no patrimoniales, en donde reviste importancia la regulación de las relaciones filiales y afectivas del ser humano. En este sentido, tanto en los procedimientos ordinarios como en los procedimientos especiales de familia, el conflicto alude a cuestiones de carácter moral, en donde se presenta un contenido público que involucra la protección del Estado, motivo por el cual surge la necesidad de buscar un umbral de suficiencia probatoria mayor a la probabilidad prevaeciente o preponderancia de la evidencia del proceso civil.

INTRODUCCIÓN

En el año 2004 se publicó la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia (en adelante, LTF) con el objetivo de implementar una judicatura especializada en materia de familia, dado que hasta ese momento el conocimiento de los asuntos en esta sede era entregado a los juzgados de menores y a jueces con competencia en lo civil.

Dentro de los avances que introdujo la presente ley se encuentra el reconocimiento legal del principio jurídico de la libertad de prueba y la mención expresa a la sana crítica como régimen de valoración de esta¹, sin embargo, la normativa guarda silencio en cuanto a la fijación de un estándar de prueba para los distintos procedimientos en materia de familia, por lo que, hasta el momento, para la resolución de este tipo de conflictos se ha utilizado el estándar de prueba civil, es decir, la probabilidad prevaleciente o preponderancia de la evidencia.

Al respecto, el estándar de prueba se define como “el umbral de suficiencia probatoria que permite tener por probado un enunciado sobre los hechos”.² Así pues, corresponde a un baremo externo impuesto al juez en la última de las etapas probatorias con el propósito de otorgar mayor veracidad a la decisión que viene a resolver el conflicto. En efecto, los estándares de prueba son utilizados para operar bajo la estructura binaria representada por las categorías “probado” o “no-probado”. Y, dependiendo del procedimiento judicial del que se trate, las exigencias para dar por probada una hipótesis serán mayores o menores.³

En este sentido, la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) y la naturaleza privada que se suele atribuir al derecho sustantivo de familia permiten plantearse la pregunta respecto de cuál es el estándar general aplicable a los procedimientos previstos en la LTF, ya sea si siguiendo la tendencia natural por la alternativa de la probabilidad prevaleciente del proceso civil, o si, por el contrario, debería existir un baremo distinto en causas en que los intereses jurídicos en conflicto sean de una naturaleza diferente al derecho civil patrimonial, como ocurre con diversas materias de competencia de los Juzgados de Familia y que se ilustran en procedimientos de cuidado personal, relación directa y regular, alimentos, divorcio sanción o por culpa, vulneración de derechos y violencia intrafamiliar (en adelante, VIF).⁴

Lo anterior, da cuenta de que los procedimientos que involucren bienes jurídicos relativos a los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), y las cuestiones de orden público, de

¹ Estos principios se encuentran consagrados en los artículos 28 y 32 de la LTF, respectivamente.

² GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (28): 127-139, 2005. ISSN 0214-8676. p. 129.

³ COLOMA CORREA, Rodrigo. La prueba y sus significados. *Revista Chilena de Derecho*, 46 (2): 427-449, 2019. p. 436.

⁴ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. *Revista Chilena de Derecho*, 47 (1):101-118, 2020. ISSN 0718-3437. p. 111.

carácter indisponibles y aquellas que establecen sanciones de carácter quasi-punitivo, presentan la necesidad de buscar un grado de suficiencia probatoria mayor, que, como se sostendrá, deberá ser el estándar intermedio de prueba clara y convincente.

Por tanto, el objetivo principal de esta memoria consiste en construir y establecer un estándar probatorio en materia de familia con la finalidad de otorgar mayor seguridad tanto a las decisiones judiciales como a las partes, en orden a que estas últimas conozcan de antemano los requisitos que su prueba debe cumplir para la aceptabilidad de determinadas hipótesis en juicio. Asimismo, se deberán identificar y analizar las problemáticas que surgen en torno a la aplicación de un estándar de prueba, considerando los bienes jurídicos protegidos, la decisión política-valorativa que debe cumplir el estándar de prueba y también la distribución de errores que se realiza dentro del proceso. Todo lo anterior con el propósito de evaluar la factibilidad de fijar un estándar de prueba para cada procedimiento en específico.

A efectos de cumplir con los objetivos recién mencionados, la metodología a utilizar es un análisis teórico dogmático por medio de una investigación descriptiva, normativa y evaluativa. Para lograr lo anterior, la estructura de la presente memoria se divide en cinco capítulos.

En el primer capítulo se abordarán las características principales de la LTF y los principios jurídicos que informan tanto los procedimientos ordinarios como especiales de familia, en especial, el principio de libertad probatoria y el principio del interés superior del NNA.

Luego, en el segundo capítulo se reflexionará acerca de la prueba judicial como aquel instrumento que permite atribuir un determinado grado de confirmación o de probabilidad a una proposición fáctica para que pueda ser considerada verdadera⁵, y además se desarrollará la concepción polisémica de la prueba en virtud de su manifestación como actividad, medio y resultado. En este sentido, la prueba como resultado es crucial para la finalidad de esta memoria debido a que es menester entender el proceso mediante el cual el juez tuvo por verificada una hipótesis; y una vez realizado aquello, se debe establecer cuál fue el estándar de prueba aplicable para determinar si estuvo o no probada. Para esto, también es importante referirnos a las diferentes etapas de la actividad probatoria, siendo primordial la etapa de aplicación de un estándar de prueba.

En seguida, en lo referido al tercer capítulo, se analizará en concreto el estándar de prueba, entendiendo que la principal característica de este consiste en permitir fijar de manera previa, y a veces por vía legislativa, un umbral de suficiencia requerido en un determinado procedimiento, estableciendo de este

⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2007. ISBN 9788497684996. p. 34.

modo cuándo resulta justificado aceptar o rechazar una proposición fáctica en un proceso judicial.⁶ Además, el concepto de estándar de prueba también resulta útil para atender a su función como decisión política-valorativa y como mecanismo de distribución de errores.

De esta forma, y en la búsqueda por proponer un estándar de prueba en materia de familia, los esquemas matemáticos o estadísticos constituirán criterios objetivos para la formulación de un estándar probatorio debido a que permiten entregar tanto al juez como a las partes una mayor certeza jurídica al momento de establecer parámetros en términos de alcanzar una determinada probabilidad probatoria para dar por verdadera una hipótesis respecto a los enunciados. Asimismo, se explicarán las funciones del estándar de prueba, siendo una de ellas la función en el ámbito de la decisión y otra en el ámbito de la justificación; ambas necesarias para analizar tanto la función de estándar como medio de distribución de errores como la función de estándar de decisión política-valorativa.

Junto con todo lo anterior, este capítulo describirá los tipos o categorías de estándares de prueba, sus definiciones y características. En primer lugar, el estándar de más allá de toda duda razonable, luego, el estándar de probabilidad prevaleciente o preponderancia de la evidencia, y finalmente, el estándar de prueba clara y convincente.

El cuarto capítulo se referirá a la construcción de un estándar de prueba aplicable a los procedimientos de familia. De esta manera, para determinar el estándar de prueba en esta materia debemos analizar si es que son equiparables, desde la perspectiva del valor de los bienes jurídicos en juego y la relevancia del error, diversos procedimientos de competencia de los Tribunales de Familia. Así, determinar qué nivel de afectación estamos dispuestos a tolerar en caso de error dependerá del bien jurídico que elijamos como preponderante. Si estimamos que estos procedimientos revisten el carácter de patrimoniales o la ley tiene como objetivo que el juez verifique el cumplimiento de una disposición legal, el estándar de probabilidad prevaleciente parecería suficiente; si por el contrario, consideramos que es la integridad física y psíquica y los derechos de los NNA los bienes jurídicos protegidos y que se encuentran sujetos a la distribución de errores, entonces, debemos preferir un estándar mayor.

En esta línea, surge la propuesta de la prueba clara y convincente como estándar aplicable al derecho de familia. Dicho estándar probatorio se ha utilizado como una versión intermedia entre la preponderancia de la evidencia y el estándar de más allá de toda duda razonable.⁷ Se trata de un estándar que evoca un

⁶ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, **37** (2): 483-511, 2011. ISSN 0718-6851. p. 486.

⁷ LARROUCAU TORRES, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, **39** (3): 783-808, 2012. ISSN 0718-3437. p. 791.

mayor umbral de exigencia probatoria y que está destinado a ser aplicado en materias en donde el riesgo de una decisión errónea por parte del sistema judicial puede tener consecuencias extremadamente graves, por tanto, se aplica en casos relacionados con procedimientos para declarar interdicta a una persona, limitación al régimen de visitas, alternación del régimen de cuidado personal, entre otros.⁸

Finalmente, el quinto capítulo analiza la posibilidad de establecer estándares de prueba diferenciados en los diversos procedimientos de familia. En línea con lo expuesto, en primer lugar, es importante señalar la labor que cumple el interés superior del NNA en la orientación de las decisiones judiciales. En segundo lugar, se demostrará que se ha reflexionado en torno a la posibilidad de establecer distintos estándares probatorios en diferentes oportunidades, ya sea dentro de un mismo procedimiento, para la aplicación de medidas cautelares en materia de familia, o en el sentido de establecer un estándar de prueba diferenciado para los procedimientos que involucren delitos sexuales en el ámbito penal. Todo lo anterior con el propósito de demostrar que una vez determinado el estándar de prueba aplicable a los procedimientos de familia, es necesario que las decisiones judiciales sean tomadas en virtud estándares diferenciados para los procedimientos ordinarios y especiales de familia.

⁸ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. En: LETURIA INFANTE, FRANCISCO (ed.). *Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?*. Santiago, Chile: Libertad y Desarrollo, 2011. ISBN 9789567183364. pp. 191-192.

CAPÍTULO I. LEY SOBRE TRIBUNALES DE FAMILIA (LEY N°19.968)

1. Generalidades de la Ley N°19.968

La LTF entró en vigor en 2005 con el objetivo de crear una judicatura especializada en materia de familia, dado que hasta ese momento el conocimiento de los asuntos en esta materia era entregado a los juzgados de menores y a jueces con competencia en lo civil, por lo que se tornaba necesario introducir una normativa que regulara interacciones sociales complejas, como lo son las relaciones familiares.

En este sentido, para el profesor mexicano GÜITRÓN FUENTEVILLA, el derecho de familia “es el conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas, respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado”.⁹ Dicho lo anterior, y dado el carácter especial que reviste el derecho de familia, las normas jurídicas necesariamente deben estar acompañadas de principios informantes del procedimiento que difieren de aquellos presentes en el procedimiento civil, estos son: (1) oralidad, (2) concentración, (3) desformalización, (4) inmediación, (5) oficialidad o actuación de oficio, (6) colaboración, (7) publicidad, (8) el derecho a ser oído¹⁰, y (9) el interés superior del NNA.¹¹ Este último corresponde a un principio general del Derecho, de ahí que puede ser considerado como un medio de información, de integración y de interpretación, tanto de las normas e instituciones en que las cuales intervienen NNA como de las decisiones judiciales.¹²

En dicho marco, la LTF se inspira tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) como en la Convención de Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.¹³ Conforme a ello, es posible constatar una tendencia a erigir a los NNA y a las mujeres como entes de especial protección, lo que deriva de las propias disposiciones de la LTF, donde en preceptos tan trascendentales como son los principios del procedimiento, las actuaciones de oficio (artículo 13 de la LTF) y las disposiciones sobre la comparecencia en juicio y representación (artículo 18 y 19 de la LTF), el legislador

⁹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *Concepto de derecho familiar, sus elementos, el orden público y el interés social*. En: LEPIN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *Estudios de derecho familiar I. Actas primeras jornadas nacionales – facultad de derecho Universidad de Chile*. 1ª ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2016. ISBN 978-956-346-839-7. p. 9.

¹⁰ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2022. p. 4.

¹¹ De acuerdo con el artículo 16 de la LTF, “se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”.

¹² RAVETLLAT BALLESTE, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho chileno. [en línea]. *Revista Chilena de Derecho*, **42** (3): 903-934, 2015. ISSN 0718-3437. p. 905. [Fecha de consulta: 05 de diciembre de 2022]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007.

¹³ BARRAZA GALLARDO, Luisa. *Debate parlamentario de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia*. Tesis (Licenciatura en Derecho)Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2007. p. 6.

dio énfasis explícitamente a la adopción de medidas necesarias para que el proceso donde se vean involucrados estos grupos sea llevado a cabo con la mayor celeridad posible.¹⁴

Luego, dentro de los procedimientos especiales del Título IV de la LTF, encontramos, en primer lugar, el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección a NNA, regulado en los artículos 68 y siguientes de la LTF, y, en segundo lugar, el procedimiento relativo a los actos de violencia familiar, regulado a su vez en los artículos 81 y siguientes de la misma ley, complementado este último con las normas contenidas en los artículos 6 y siguientes de la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar (en adelante, LVIF).¹⁵

También, dentro de los cambios más relevantes introducidos por esta ley, el artículo 28 de la LTF consagra el principio de libertad probatoria, de esta forma, *“todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley”*. Por su parte el artículo 32 inciso 1° del mismo cuerpo legal, establece la valoración de la prueba al señalar que *“los jueces apreciarán la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Asimismo, la sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo”*. Luego, en el inciso 2° del mismo artículo, se refiere a la motivación de la decisión al señalar que *“la valoración de la prueba en la sentencia requerirá del señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada una de las hipótesis, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”*.

Sin embargo, a pesar del avance que significó el reconocimiento legal de la libertad de prueba y la mención expresa al régimen de valoración de esta, la LTF guarda silencio en cuanto a la fijación de un estándar de prueba para los distintos procedimientos que contempla esta ley; silencio que es suplido por la aplicación del estándar contemplado para materias civiles.

La ausencia de un estándar de prueba determinado perjudica enormemente al derecho de familia en cuanto *“las resoluciones adoptadas en el marco de un juicio de familia afectan directamente, en la gran mayoría de los casos, el modo de vida de otras personas fuera de las partes principales, abarcando, también, a los hijos o, aún a otros miembros de la familia en crisis o de las nuevas familias formadas por los antiguos*

¹⁴ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., p. 5

¹⁵ *Ibíd.* p. 5.

cónyuges o convivientes”¹⁶, por lo que nos encontramos en situaciones en donde no basta el simple interés patrimonial que las partes pudieran tener en el proceso para justificar la aplicación de un estándar de prueba civil; todo lo cual será abordado con mayor detalle en los capítulos venideros.

2. Principios jurídicos en materia de familia

Tanto el principio de libertad probatoria como el principio del interés superior del NNA son importantes en materia de familia por cuanto, el primero de ellos, permite introducir al proceso los medios de prueba de los cuales las partes se harán valer para afirmar sus pretensiones. Asimismo, el juez deberá decidir si dichos medios de prueba son suficientes para alcanzar el grado de confirmación de la hipótesis en juicio, y para realizar esto último es necesario contar con un estándar de prueba definido.

Por su parte, el principio del interés superior constituye una limitación, una obligación y una prescripción de carácter imperativo para los jueces a la hora de la toma de la decisión toda vez que deberán velar por la plena satisfacción de los derechos de los NNA.¹⁷ Además, se debe tener en consideración que este grupo de individuos no se relacionan en un plano de igualdad con los demás intervinientes del proceso, y así como el Estado protege a los imputados estableciendo el principio de inocencia que se traduce en un estándar de prueba más exigente, en el caso de los NNA el principio de protección impone la obligación de adoptar medidas que refuercen los derechos de estos, específicamente, a través del interés superior que justifica que la balanza siempre se tendrá que inclinar a su favor, pues el error se distribuye en virtud de su condición jurídica.¹⁸

Más adelante se reflexionará cómo estos principios tienen cabida en el proceso judicial, sobre todo en su incidencia en la construcción de un estándar probatorio aplicable a los procedimientos ordinarios y especiales de familia.

2.1. Principio de libertad probatoria

Como se ha mencionado, el artículo 28 de la LTF consagra el principio de libertad probatoria, el cual se traduce en que los hechos que deban ser probados en el proceso de familia van a poder ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley, es decir, se derriban las “barreras de entrada”

¹⁶ CORTÉS ROSSO, Mauricio y NÚÑEZ ÁVILA, Raúl. *Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile*. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2012. ISBN 9563461282. p. 6.

¹⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. [en línea]. *Justicia y Derechos del Niño*, N°1: 45-63, 1999. ISBN: 92-806-351-7. pp. 53-54. [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2022]. Disponible en: https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf.

¹⁸ RIVAS LAGOS, Emilia. *La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2015. pp. 80-91.

establecidas por la legislación para la prueba de hechos a través de medios de pruebas específicos.¹⁹ De esta manera, se le entrega al sentenciador una fórmula que permite utilizar toda la información disponible para la toma de decisión, entendiendo que entre más y mejor sea la prueba que recaiga sobre los enunciados fácticos propuestos por las partes, más fiable debería ser, en teoría, la decisión probatoria a tal respecto. En ese sentido, la libertad de prueba tiene como objetivo que toda la evidencia disponible sea incorporada en el proceso, formando un acervo probatorio lo más completo posible, con la finalidad de que epistémicamente se cuente con el mayor grado de conocimiento respecto de la eventual veracidad de las alegaciones de las partes.²⁰

No obstante, si bien el principio de libertad probatoria significa que se admite cualquier medio que permita al juez tomar conocimiento de los hechos alegados por las partes y que sea apto para producir fe,²¹ esto no se concretiza del todo, dado que en la etapa de conformación del material probatorio operan las reglas de exclusión de prueba con el objetivo de no admitir aquellos hechos que no han sido controvertidos dentro del juicio, los hechos notorios, las presunciones legales, y en general, toda aquella prueba que podríamos considerar como irrelevante. Sobre este punto se reflexionará en profundidad en el siguiente capítulo.

Ahora bien, una segunda arista en el análisis de este principio consiste en determinar si la ley entrega u ordena una valoración específica para el juez respecto de los medios de prueba incorporados. Al respecto, se puede observar que esta normativa entrega, particularmente ante prueba testimonial y pericial, autonomía a los jueces para efectos de valorar los medios de prueba, lo que se puede observar en distintas situaciones. Primero, respecto de la prueba testimonial, el artículo 40 de la LTF indica que no existirán testigos inhábiles, esto es, impedidos de declarar, por lo que se eliminan las inhabilidades conocidas como tachas de testigos. Segundo, el artículo 48 de la ley en comento se refiere a que los peritos no podrán ser inhabilitados.²² Asimismo, la LTF elimina la distinción entre la naturaleza del documento para su incorporación al proceso.²³

Teniendo en consideración lo anterior, el sistema probatorio de la LTF está fuertemente inspirado, por la libertad probatoria y por la sana crítica, lo cual supone que el juez debe realizar una valoración

¹⁹ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. Op. cit., 103.

²⁰ *Ibíd.* p. 103.

²¹ ANDRADE TRUJILLO, Sebastián. Inmediación y recurso de apelación en el moderno derecho procesal de familia: el quiebre del principio en la Ley que crea los Tribunales de Familia. *Revista de Estudios Ius Novum*, **11** (2): 59-94, 2019. ISSN 0718-5510. p. 75.

²² FUENTES MAUREIRA, Claudio. La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, **18** (1): 119-145, 2011. ISSN 0718-9753. p. 129.

²³ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. Op. cit., 103.

concreta del peso probatorio de cada medio de prueba, bajo los parámetros de la racionalidad.²⁴ Así pues, debe extraer de su contacto directo con la prueba los factores epistémicamente aceptables para construir a partir de ellos, inferencias racionales fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables, sobre todo por el propio juez que los usa.²⁵

2.2. Principio del interés superior del niño, niña y adolescente

El principio del interés superior del NNA se encuentra consagrado en el artículo 3 de la CDN. Dicha convención fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, siendo suscrita por el Gobierno de Chile con fecha 26 de enero de 1990; de tal forma que al ser un tratado sobre derechos fundamentales se entiende incorporado en el ordenamiento jurídico chileno desde su promulgación, tras su aprobación por el Congreso Nacional, mediante el Decreto N° 830, y su posterior publicación en el Diario Oficial de la República de Chile con fecha 27 de septiembre de 1990.

En este sentido, la CDN es la principal norma internacional existente en materia de derechos de NNA, asimismo, tiene importancia para Chile porque, a partir de este punto y mucho antes de las reformas procesales y sustantivas al derecho de familia introducidas por la LTF, el principio del interés superior se encontraba en calidad de incorporado y vigente en nuestro país.²⁶

Así las cosas, una vez identificado el estado del arte sobre la materia, resulta necesario determinar en qué consiste el principio jurídico del interés superior del NNA.

El profesor CILLERO BRUÑOL sostiene que este principio es la plena satisfacción de los derechos de los NNA. El contenido del principio son los propios derechos, por lo cual todo “interés superior” se refiere estrictamente a lo “declarado derecho”, a su vez, sólo lo que es considerado “derecho” puede ser “interés superior”.²⁷ Así las cosas, debe abandonarse cualquier interpretación paternalista y/o autoritaria del interés superior del NNA, debiendo armonizarse su utilización con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos de poder.²⁸

²⁴ *Ibíd.* p. 133.

²⁵ En este sentido, véase: TARUFFO, Michele. *La prueba. Artículos y conferencias*. 1ª ed. Santiago, Chile: Metropolitana, 2009. ISBN 9789562860956. pp. 25-26 y TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. (Trad.) Jordi Ferrer. 2º ed. Madrid, España: Trotta, 2002. ISBN 8481645346. pp. 420-438.

²⁶ BÉCAR LABRAÑA, Emilio. El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno. [en línea]. *Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, 21 (42): 527-580, 2020. ISSN 0717-5914. p. 540. [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2022]. Disponible en: <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ42-P527.pdf>.

²⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. [en línea]. *Justicia y Derechos del Niño*, N°1: 45-63, 1999. Op. cit. p. 54.

²⁸ *Ibíd.* p. 55.

Por su parte, el artículo 3.1 de la CDN declara:

“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”.

Dicho esto, la CDN plasma el interés superior del niño, advirtiendo que se trata de un principio que impone a todos los órganos públicos del Estado un lineamiento de acción a la hora de comprometer decisiones que afecten a la infancia. De esta forma, al momento de tomar decisiones sobre NNA debe tenerse presente este principio, y a partir de ello realizar una ponderación de derechos con el objetivo de adoptar las medidas en concreto.²⁹ Por tanto, el reconocimiento jurídico del interés superior tiene incidencia en cuanto actuará como principio que permite resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los NNA, en el marco de una política jurídica que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de este grupo de individuos y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas públicas y sociales.³⁰

Como abono de lo recién expuesto, existen casos en donde el principio del interés superior permite arbitrar ciertos conflictos jurídicos de derechos que pueden presentarse. Ante ello, la CDN toma una decisión estableciendo una especie de prelación de un derecho por sobre otro, para luego sujetarlo a este principio rector. Por ejemplo, el artículo 9.1 CDN, relativo al derecho a la familia, señala que: *“los estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.* En este caso, y en la decisión que adopte el juez, la CDN otorga la posibilidad de que prevalezca la protección y seguridad de los NNA por sobre el derecho a la familia.

En virtud del principio en análisis se recurre a una efectiva ponderación de aquellos derechos que se encuentran en conflicto. Es por ello que la correcta aplicación del interés superior exige un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que podrían llegar a ser afectados por una resolución judicial, debiendo preferirse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la

²⁹ BÉCAR LABRAÑA, Emilio. El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno. Op. cit., p. 545.

³⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Op. cit., p. 6.

menor restricción de ellos, no solo considerando el número de derechos, sino también su importancia relativa.

Ahora bien, en la normativa nacional, el artículo 16 de la LTF establece el interés superior del NNA y el derecho a ser oído, los cuales son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre en consideración a la hora de resolver un asunto sometido a su conocimiento, sobre todo si el primer principio aludido cumple una función orientadora dentro del contencioso familiar.

En efecto, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas explica que “a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada”.³¹ Esta idea se refuerza en la Opinión Consultiva N°17 donde se señala que “cualquier actuación que afecte a éste [el niño] debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad”.³²

Estas argumentaciones tienen asidero en el procedimiento ordinario de familia, específicamente, en el artículo 66 de la LTF que norma el contenido de la sentencia definitiva requiriendo –entre otros– (1) el análisis de la prueba rendida, (2) los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión, y (3) las razones legales y doctrinarias que sirvieran para fundar la sentencia. El análisis de la prueba rendida exige la expresión de las reglas de la sana crítica que fueron utilizadas para dar fuerza a la prueba; luego, el segundo punto implica exponer la calificación de la prueba para decretar qué hechos se consideran acreditados por superar el grado de confirmación requerido; y, por último, es necesario el razonamiento atendido a la ley.³³ Asimismo, es preciso señalar que la regulación nacional también impone la carga de referirse a la prueba que el juez hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.³⁴

A la luz de lo anterior, uno de los propósitos de otorgarle contenido al interés superior es lograr decisiones más objetivas gracias a una íntima relación con los hechos del caso que la justifiquen, de esta forma, se puede observar cómo la dimensión del principio como norma de procedimiento es crucial para

³¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “*Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial*”. [en línea]. 2013. Párrafo 97. [Fecha de consulta 08 de octubre de 2022]. Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoja/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/02. “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”. [en línea]. 2002. Serie A N°. 17, párrafo 113. [Fecha de consulta 27 de septiembre de 2022]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

³³ RIVAS LAGOS, Emilia. *La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. Op. cit., p. 84.

³⁴ Artículo 32 de la LTF.

garantizar un proceso de adopción de las decisiones judiciales conforme a derecho.³⁵ Es de suma importancia que el sentenciador desarrolle su razonamiento de tal manera que se logre corroborar que se ha arribado a una decisión que satisface lo mejor posible los derechos del NNA, pues “los jueces, quienes interpretan el interés superior del niño en sus resoluciones, son portadores de diferentes valores y preferencias que se exteriorizan en las prácticas judiciales”³⁶, por lo que argumentar por qué esa decisión es la más idónea de acuerdo con el contexto del niño resulta ser un gran mecanismo de control.³⁷

Conforme a todo lo expuesto, el Estado y la legislación pertinente tienen el deber de garantizar a los NNA la plena satisfacción en el ejercicio de sus derechos, en todas las dimensiones jurídicas y sociales, comprendiendo que los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, sino que son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.³⁸

3. Procedimientos en la Ley sobre Tribunales de Familia

La LTF en su Título III y IV regula los diversos procedimientos que conoce esta judicatura especializada. El Párrafo IV del Título III contiene la regulación “Del Procedimiento Ordinario ante los Juzgados de Familia”. A su vez, el Título IV establece desde sus Párrafos Primero al Cuarto los denominados procedimientos especiales.³⁹

Al respecto, es menester hacer presente que a todos los procedimientos de familia reconocidos en la LTF les resultan aplicables los “Principios del procedimiento”, contenidos en el Párrafo Primero del Título III, específicamente, en los artículos 9 al 16 de la ley, y a los cuales ya hemos hecho referencia. Dichos principios informan el régimen de actuación tanto respecto del juez como de las partes, permitiendo, a su vez, la concretización del proceso.

En este sentido, conocer los distintos tipos de procedimientos así como las materias de que tratan, resulta fundamental para el análisis que haremos en apartados posteriores en relación a la determinación de un estándar aplicable al derecho de familia, atendiendo a los bienes jurídicos en juego y al grado de

³⁵ RIVAS LAGOS, Emilia. *La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. Op. cit., pp. 87-88.

³⁶ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *El Sistema Filiativo Chileno*. [en línea]. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 43. [Fecha de consulta: 29 de septiembre 2022]. Disponible en: https://app.vlex.com/#search/jurisdictions:CL+content_type:4+source:6168/quienes+interpretan/WW/vid/369087826.

³⁷ RIVAS LAGOS, Emilia. *La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. Op. cit., p. 87.

³⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Op. cit., pp. 14-15.

³⁹ CORTÉS ROSSO, Mauricio, MATURANA MIQUEL, Cristián y NUÑEZ ÁVILA, René. *Derecho procesal de Familia*. [en línea]. 1ª ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2012. [Fecha de consulta: 01 de julio de 2022]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/4073>, pp. 304 y 363.

afectación que estemos dispuestos a tolerar en caso de error; además de evaluar la factibilidad o no, de aplicar estándares diferenciados en cada materia.

3.1. El procedimiento ordinario ante los Juzgados de Familia

El procedimiento ordinario se encuentra regulado en los artículos 55 al 67 de la LTF. Este tipo de procedimiento se caracteriza por ser común respecto de todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales de Familia. Además, es supletorio, ya que en todos aquellos casos en que la ley no señale un procedimiento especial, el asunto deberá ser sometido a las reglas de este procedimiento. En el mismo sentido, y como consecuencia de lo anterior, sus reglas se aplican supletoriamente al resto de los procedimientos especiales.

Respecto a su estructura, este procedimiento se divide en tres etapas procesales, las cuales son: (1) fase de discusión, (2) fase de prueba y (3) fase de sentencia.⁴⁰ Dichas etapas se llevan a cabo en la audiencia preparatoria y en la audiencia de juicio.

La fase de discusión puede comenzar por una demanda, la que dependiendo de la materia a tratar requerirá mediación previa obligatoria como requisito de admisibilidad para impetrar la acción; o bien, por una medida prejudicial, la cual se caracteriza porque puede ser decretada de oficio por el juez, su mantención debe revisarse en la audiencia preparatoria y, puede solicitarse al tribunal junto con la presentación de la demanda.

Luego, y una vez presentada la pretensión ante el tribunal, la etapa probatoria es una de las más importantes, extendiéndose desde la audiencia preparatoria donde se fija el objeto del juicio, se revisan los hechos a probar y las partes ofrecen los medios de prueba, hasta la audiencia de juicio, donde finalmente se produce, recepciona y valora la prueba.⁴¹

Finalmente, dentro de las materias que se conocen en este procedimiento podemos señalar: alimentos (menores y mayores), relación directa y regular, cuidado personal, divorcio (en todas sus causales), compensación económica, entre otras.

⁴⁰ JARA CASTRO, Eduardo. *Derecho procesal de familia*. 1ª ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011. ISBN 9789561021303. p. 128.

⁴¹ *Ibíd.* p. 128.

3.2. Los procedimientos especiales ante los Juzgados de Familia

Los procedimientos especiales se encuentran regulados en el Título IV, específicamente, en los artículos 68 a 102 de la LTF. Estos procedimientos son especiales en atención a la naturaleza del asunto que conocen; constituyendo algunos de estos el procedimiento de aplicación de medidas de protección (o vulneración de derechos) y el procedimiento relativo a los actos de VIF.

Por un lado, el procedimiento de vulneración de derechos se encuentra regulado en los artículos 68 a 80 del Párrafo Primero del Libro IV del cuerpo legal analizado y tiene como objetivo tanto la aplicación judicial de medidas de protección a NNA en situaciones en donde sus derechos estén siendo amenazados, como también aplicar medidas de protección para cesar la vulneración de la que están siendo víctimas. De esta forma, su fundamentación radica en la necesidad de contar con un procedimiento rápido, concentrado y urgente que permita reponer el imperio del derecho respecto de estos especiales sujetos, donde el interés superior del NNA se erige como principio rector en esta materia.⁴²

En cuanto a las características propias de este, es posible mencionar que: (1) se aplica el principio inquisitivo, (2) opera el principio de investigación de oficio, (3) el principio de desformalización tiene amplia aplicación, e (4) impera la protección a los débiles.⁴³ También, de acuerdo con el artículo 69 de la LTF, el juez debe considerar la opinión del NNA, puesto que la posibilidad efectiva de que el NNA sea escuchado es un requisito de validez del proceso. De esta forma, teniendo en cuenta su edad y madurez, el NNA podrá ser escuchado en la audiencia preparatoria, de juicio o en una audiencia especial fijada, cautelando siempre su salud física y psíquica.

Adicionalmente, el juez detenta amplias potestades en este tipo de procedimiento, tales como iniciar de oficio el procedimiento, determinar el objeto del juicio, llevar adelante el procedimiento sin esperar que las partes formulen solicitudes, investigar los hechos en que se sustenta el requerimiento, entre otras.⁴⁴

Por otro lado, el procedimiento relativo a los actos de VIF se encuentra regulado en el Párrafo Segundo del Título IV, en los artículos 81 a 101 de la LTF, y además, se complementa por las normas contenidas en el Párrafo Segundo, específicamente en los artículos 6 al 12 de la LVIF.

⁴² LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Tesis (Magíster en Derecho), Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia, Chile, 2016. p. 37.

⁴³ Al respecto, véase: CORTÉS ROSSO, Mauricio, MATURANA MIQUEL, Cristián y NUÑEZ ÁVILA, René. *Derecho procesal de Familia*. Op. cit., pp. 365-366.

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 366-368.

El presente procedimiento surge como deber del Estado para adoptar las medidas conducentes a garantizar el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la seguridad de los miembros de la familia, sobre todo considerando que desde la década de los 90' la violencia contra la mujer ha sido interpretada como una violación a los derechos humanos, así como un mecanismo para perpetuar la desigualdad entre hombres y mujeres, ello en conformidad con la Convención de *Belém do Pará* de 1994, o también llamada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer.⁴⁵

Las principales características de este último procedimiento consisten en que su competencia es entregada tanto al Tribunal de Familia como al Juzgado de Garantía, incluso, a los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal (delitos diferentes al de maltrato habitual y con penas mayores a las de presidio menor en su grado mínimo). En este sentido, a los Tribunales de Familia les corresponde el conocimiento de aquellos actos de VIF que no constituyan delito (artículo 90 de la LTF). No obstante, atendiendo al peligro de estas conductas, los jueces de familia cuentan con una amplia potestad cautelar frente a situaciones de riesgo consideradas inminentes bajo el artículo 7 de la LVIF, pudiendo adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan con el solo mérito de la denuncia.

En suma, la LTF dota de amplias potestades a los jueces de familia en virtud del tipo de materias a las cuales deben abocar su conocimiento; materias que, indudablemente, no son exclusivamente de carácter patrimonial y de interés individual, sino que se caracterizan por ser de carácter extrapatrimonial y de interés colectivo y público.⁴⁶

⁴⁵ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., p. 8.

⁴⁶ HERNÁNDEZ ZENCOVICH, José. *Medidas cautelares en los procedimientos de familia*. 1ª ed. Santiago, Chile: Hammurabi, 2017. ISBN 9789569952005. p. 67.

CAPÍTULO II. ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA

1. El concepto de prueba

El significado etimológico de la palabra “prueba” proviene del latín *probatio, probationis*, cuya conjugación verbal es *probo, probas, probare*, todos derivados del enunciado lingüístico *probus*, que significa bueno, honesto, recto.⁴⁷ Sin embargo, entendiendo que lo que probaremos dentro de un proceso judicial son los enunciados sobre los hechos⁴⁸ planteados en el mismo, es necesario referirnos al concepto de “prueba judicial”.

La prueba judicial ha sido definida por DEVIS ECHANDÍA como “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez a la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”.⁴⁹ Por su parte, CARNELUTTI ha señalado que corresponde “al conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de los hechos controvertidos”.⁵⁰ De manera que, para este autor, la prueba no es la demostración de la exactitud de la operación aritmética obtenida mediante otra operación, sino que es la operación misma⁵¹, por lo cual, la prueba no solo sería un acto de comprobación sino también el procedimiento utilizado para dicha comprobación, y que cuya finalidad descansa en la demostración de la verdad de un hecho.⁵² Finalmente, RIVERA MORALES propone que la prueba judicial es aquella que se desarrolla en el proceso con la garantía de los derechos procesales y que forma convicción en el juez debido a que le ha permitido verificar los hechos a que se refiere.⁵³

⁴⁷ VILLAGRA CASTILLO, Eduardo. *Hacia la formulación de un estándar de prueba cautelar aplicable a la prisión preventiva desde la mirada de la presunción de inocencia*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2018. p. 319. En este sentido, el autor se refiere a: CHAIA, Rubén. *La prueba en el proceso penal. Proceso acusatorio. Juicio oral. Carga probatoria. Prueba ilegal. Medios de prueba. Construcción de la verdad. Valoración-arbitrariedad. Motivación de la sentencia. Jurisprudencia vinculada*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2010. ISBN 978-950-741-606-4. p. 27; e, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2009. ISBN 978-950-741-407-7. p. 27.

⁴⁸ Al respecto, Carnelutti señala: “no son propiamente los hechos argumentados lo que las partes deberán probar, sino los enunciados respecto a ellos”. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. (Trad.) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Santiago, Chile: Olejnik, 2018. ISBN 978-956-392-120-5. pp. 72-73. En el mismo sentido, Gascón Abellán concluye: “el objeto de la prueba no son hechos, sino enunciados sobre hechos”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3° ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2010. ISBN 9788497687201. p. 76.

⁴⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 4ª ed. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké, 1993. ISBN 9589276350. p. 15.

⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1979, p. 44.

⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. (Trad.) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Op. cit., p. 73.

⁵² GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles. *Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*. Tesis (Doctorado en Derecho), Universitat Autònoma Barcelona, Facultat de Dret, Barcelona, España, 2020. p. 19.

⁵³ RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2011. ISBN 978-84-9768-899-4. p. 32.

Para efectos de esta tesis, podemos definir procesalmente a la prueba judicial como aquel instrumento que permite atribuir un determinado grado de confirmación o de probabilidad a una proposición fáctica para que pueda ser considerada verdadera.⁵⁴

Asimismo, siguiendo a MUÑOZ SABATÉ, la prueba puede tener diversas acepciones como son la de actividad, medio y resultado.⁵⁵ Estas ideas fueron profundizadas por FERRER BELTRÁN quien identificó “(...) tres tipos de reglas sobre la prueba, en función del objeto sobre el que versan: a) reglas sobre la actividad probatoria, b) reglas sobre los medios de prueba, y c) reglas sobre el resultado probatorio”⁵⁶; o sea, la prueba es actividad, medios de prueba y resultado. En efecto, dicho autor sostiene que el concepto de prueba es polisémico⁵⁷, pues designa diversos aspectos, en donde cada uno tiene un significado especial. Además, la prueba judicial es una figura multidisciplinaria, ya que involucra varias áreas del quehacer humano que, si bien tienen relación, es necesario diferenciar para una adecuada comprensión de las cuestiones asociadas con ella.⁵⁸

Dicho lo anterior, y dado que probar involucra la demostración o comprobación de los enunciados o afirmaciones sobre los hechos dentro del proceso⁵⁹, en esta investigación utilizaremos el concepto polisémico de la prueba.

En su primera acepción, la prueba como actividad probatoria es aquel ejercicio consistente “en la aportación de elementos de juicio a favor de una determinada conclusión o la fase o procedimiento del proceso judicial en el que se realiza esa actividad”.⁶⁰ De esta forma, corresponde a una actividad que se desarrolla al interior del proceso, a través de la cual las partes aportan los antecedentes necesarios para sustentar sus alegaciones y, así, el juzgador determina la *quaestio facti* debatida.⁶¹ La prueba aparece en un aspecto dinámico, integrada por una variedad de factores que se encuentran en constante movilidad, con intervención de los litigantes y del juez, de todo lo cual se obtiene la determinación de los hechos.⁶² Desde

⁵⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., p. 34.

⁵⁵ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*. Barcelona, España: J.M. Bosch Editor, 2001. ISBN 978-8476986226. p. 25.

⁵⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., p. 35.

⁵⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2º ed. Barcelona, España: Marcial Pons, 2005. ISBN 9788497682404. p. 28.

⁵⁸ MENESES PACHECO, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Revista Ius et Praxis*, **14** (2): 43-86, 2008. p. 45.

⁵⁹ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*. Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos, 2008. ISBN 9788496758476. p. 587.

⁶⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2002. ISBN 9788497682404. pp. 29-30.

⁶¹ MENESES PACHECO, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. Op. cit., p. 46.

⁶² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. (Trad.) Jordi Ferrer. Op. cit., p. 451.

la óptica técnico-procesal, esta actividad es regulada por el procedimiento probatorio, que fija la manera como debe producirse la prueba al interior de un juicio.⁶³

Luego, es posible entender a la prueba como medio de prueba, vale decir, aquello que “sirve o puede servir para confirmar o falsear una aserción relativa a un hecho de la causa”.⁶⁴ En este sentido, se comporta como una entidad que requiere de elementos que le sirvan de soporte, con base a los cuales el tribunal pueda dar por acreditadas las afirmaciones de hecho de la causa. A su vez, la doctrina jurídica alude a la prueba como medio refiriéndose con ello a los antecedentes que puede utilizar el juez para determinar la materia factual del juicio.⁶⁵

Por último, la prueba judicial constituye un resultado consistente en la conclusión a la cual arriba el juzgador sobre el *factum probandum* a partir de los antecedentes allegados al proceso.⁶⁶ De esta forma, es “el resultado que deriva de la adquisición de los medios de prueba en el proceso y de su valoración por parte del juez”.⁶⁷ Sólo los elementos de juicio disponibles producen un resultado probatorio ya sea para confirmar (verificar) o refutar (descartar) una proposición fáctica sobre un hecho.⁶⁸ Así, corresponde a la parte final del trabajo probatorio en la cual el magistrado resuelve cuáles afirmaciones de hecho pueden darse por verificadas⁶⁹, obteniendo convicción respecto de los hechos que fundamentan la respectiva pretensión o excepción hecha valer en el juicio. En esta última acepción, podemos reconocer que las categorías descritas no son excluyentes, toda vez que, la actividad probatoria se conecta con el medio de prueba rendido en el proceso, y este último, a su vez, se relaciona con la finalidad de obtener un resultado probatorio.⁷⁰

Teniendo en consideración lo anterior, un elemento clave para entender correctamente lo que se quiere decir con la locución “prueba como resultado”, es el estándar de prueba. Así pues, una hipótesis “deja de ser tal cuando al momento de clausurarse institucionalmente la discusión a la que se ha dado lugar, quien se encuentra en posición de zanjar acerca del nuevo estatus de la hipótesis toma una decisión, ya sea en orden a que fue demostrada o a que no lo fue. En el primer caso, no hay razones para seguir sospechando acerca de lo que en ella se sostiene; en el segundo caso, las sospechas siguen abiertas, pero se ha acabado

⁶³ MENESES PACHECHO, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. Op. cit., p. 46.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 3° ed. Madrid, España: Trotta, 2009. ISBN 8481645346. p. 448. En el mismo sentido, FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Op. cit., p. 20.

⁶⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. 2° ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2004. ISBN 8497681266. pp. 84-85.

⁶⁶ MENESES PACHECHO, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. Op. cit., p. 46.

⁶⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 3° ed. Op. cit., p. 449.

⁶⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Op. cit., p. 30.

⁶⁹ En este sentido, véase: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Op. cit., pp. 85-86; también, FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2° ed. Op. cit., pp. 29-38.

⁷⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 3° ed. Op. cit., p. 450

el tiempo para seguir argumentando”.⁷¹ En relación con ello, los estándares de prueba sirven para operar bajo la estructura binaria representada por las categorías “probado” o “no-probado”. Y, dependiendo del procedimiento judicial del que se trate, las exigencias para dar por probado serán mayores o menores.⁷²

En línea con lo expuesto, la prueba adquiere importancia debido a su vinculación ineludible con los hechos; estos ocupan un lugar central en la decisión que el tribunal debe tomar, determinando, a su vez, la interpretación de la norma que debe aplicarse. FERRER BELTRÁN sostiene que el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos pues, como ya se señaló, la finalidad de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos.⁷³ Por su parte, TOSCANO LÓPEZ afirma que en la actividad de dirimir un litigio entre las partes es requerido agotar una fase de instrucción en la que cada una de ellas cuente con las mismas oportunidades para obtener la razón desde el punto de vista fáctico. Por lo tanto, el periodo probatorio contribuiría a brindar al juez las pruebas necesarias para cumplir cabalmente su función, en lo que contribuye tanto la actividad probatoria de las partes como su propia iniciativa probatoria⁷⁴ dentro del juicio.

Si bien todas las acepciones de prueba desarrolladas en este apartado resultan ser de vital importancia dentro del proceso, la prueba como resultado es crucial para la finalidad de este trabajo debido a que es menester entender el proceso mediante el cual el juez tuvo por verificada una hipótesis; y una vez realizado aquello, se debe establecer cuál fue el estándar de prueba aplicable para determinar si estuvo o no probada.

2. Finalidad de la prueba

La finalidad de la prueba está íntimamente ligada a la concepción del proceso y a sus objetivos, así como también los conceptos sobre la prueba se encuentran permeados por la finalidad que cada autor le otorgue a la misma.

Por una parte, FERRAJOLI, sostiene que son dos los enfoques fundamentales en el derecho procesal contemporáneo⁷⁵: a) cognoscitivismos racional garantista, fundado en que uno de los principales propósitos

⁷¹ COLOMA CORREA, Rodrigo. La prueba y sus significados. Op. cit., p. 436.

⁷² *Ibíd.* p. 436.

⁷³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso*. [en línea]. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 7 (2):137-164, 2017. ISSN 2072-7976. pp. 138-161. [Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2022]. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19697/19779>

⁷⁴ TOSCANO LÓPEZ, Fredy. *El derecho fundamental a la prueba en Colombia*. En: PRIORI, Giovanni (coord.). *La prueba en el proceso*. Lima, Perú: Palestra Editores, 2018. ISBN 9786123250362. pp. 55-65.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 4º ed. Madrid, España: Trotta, 1995. ISBN 8487699944 pp. 33-40.

dentro del proceso es la administración justicia, por lo tanto, resulta esencial el establecer la verdad;⁷⁶ y, b) decisionismo procesal, también denominado garantismo procesal, el cual tiene por objetivo resolver el conflicto entre las dos partes del caso concreto, considerando las garantías de las partes en la actividad probatoria que se realiza dentro del proceso.⁷⁷

En este sentido, el decisionismo se refiere a que la decisión que tome el juez siempre es correcta, pues estará basada en el razonamiento jurídico que efectúa el juez en la sentencia, tomado con libertad de apreciación; lo anterior, contradice la prueba como resultado y la perspectiva interna de la decisión judicial.

En cambio, los autores que adhieren a la teoría del cognoscitismo racional garantista parten de la tesis que el proceso es un instrumento orientado a la búsqueda de la verdad. Así, la verdad es resultado de una contrastación de hipótesis por medio de instrumentos de conocimiento (la prueba), por ello dicha verdad es el resultado de un procedimiento cognoscitivo estructurado y comprobable. Así que bajo esta visión procesal se concibe la prueba con una finalidad esencialmente cognoscitiva, en el sentido de entender que a través de ella se puede determinar la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes, o de una hipótesis determinada.⁷⁸ De acuerdo con ello, TARUFFO sostiene que la prueba es el instrumento que le proporciona al juez la información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases cognoscitivas suficientes y adecuadas para ser considerados verdaderos⁷⁹, puesto que la finalidad de la prueba es producir la verdad en el proceso.

Por otra parte, GASCÓN ABELLÁN se refiere a diversas teorías sobre la finalidad de la prueba. En primer lugar, la teoría objetivista fuerte o acrítica es aquella que “entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un estado de cosas existente en un mundo independiente y, al concebir además el conocimiento como un proceso guiado por reglas más o menos seguras, se confía en la obtención de certeza absoluta”.⁸⁰ En segundo lugar, nos encontramos con la teoría subjetivista o constructivista, la cual “entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor (...)”.⁸¹ Por último, la teoría del cognoscitismo crítico es aquella “que concibe la finalidad de la prueba como la averiguación de la verdad sobre los hechos controvertidos o litigiosos, entendiéndolo que lo que se logra conocer dentro del proceso es siempre

⁷⁶ RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Op. cit., p. 34.

⁷⁷ BENABENTOS, Omar. *Teoría general unitaria del Derecho Procesal*. 2° ed. Bogotá, Colombia: Temis, 2001. ISBN 9583503584. p. 193.

⁷⁸ RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Op. cit., pp. 34-36.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y motivación*. En: TARUFFO, Michele (coord.). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. ISBN 8461308077. p. 33.

⁸⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2012. ISBN 9789587107623. p. 17.

⁸¹ *Ibíd.* p. 17.

imperfecto o relativo”.⁸² Así pues, dentro de las posturas que identifica esta autora, destaca la teoría del cognoscitivismismo crítico dado que su finalidad resulta ser la averiguación de la verdad sobre los hechos controvertidos.

Efectuadas las explicaciones anteriores, creemos que la finalidad de la prueba, independiente del enfoque o teoría al cual se adhiera, es esencialmente producir la verdad en el proceso. De esta forma, una condición necesaria para la justicia de la decisión es que se averigüe la verdad de los hechos, ya que ninguna decisión se puede considerar justa si aplican normas a enunciados sobre hechos que no son verdaderos o que han sido determinados de forma errónea.⁸³ En esta misma línea, la doctrina se ha encargado de diferenciar lo que consideran verdad material o real y verdad formal, constituyendo la primera aquella que efectivamente acaeció y que se espera que el juez descubra por medio del material probatorio puesto a su disposición; por el contrario, la verdad formal hace alusión a una verdad obtenida por la aplicación de las reglas del proceso⁸⁴, constituyendo esta última la única a la que es posible acceder dadas las características propias del conocimiento jurídico.

Siguiendo esta argumentación, CARNELUTTI postula que “la verdad es como el agua, es pura o no es verdad”.⁸⁵ Por lo que, no logrando llegar a este concepto de verdad, la doctrina circunscribe la actividad probatoria a un proceso de fijación formal de los hechos.⁸⁶ De modo que, de acuerdo con TARUFFO, quien sigue la línea de TARSKI, podemos establecer que la relación entre verdad y prueba se basa en la idea de correspondencia, esto es, que un enunciado fáctico es verdadero si corresponde con la realidad y con la descripción de los hechos que se formula. Así pues, hay una adecuación entre el enunciado y los hechos, y no necesariamente con la coherencia del conjunto de enunciados, o si el criterio para aceptar como verdadero el enunciado está justificado.⁸⁷ En otras palabras, “la verdad de una oración consiste en su acuerdo (o correspondencia) con la realidad”⁸⁸ que, como se ha sostenido, puede ser imperfecta o relativa.

No obstante lo anterior, a lo largo de los años han surgido nuevas teorías que recogen el concepto básico de verdad proponiendo que esta pugna con otros objetivos institucionales de la prueba jurídica, como

⁸² *Ibíd.* p. 25.

⁸³ RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Op. cit., p. 36.

⁸⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Proceso y verdad*. En: GRUPO de Investigaciones de Derecho (GRID). *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*. Universidad Pontificia Bolivariana, Colección de investigaciones en derecho, 2014. ISBN 978-958-764-208-7. p. 122.

⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. (Trad.) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2° ed. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1982. p. 25.

⁸⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., p. 25.

⁸⁷ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles. *Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*. Op. cit., p. 21.

⁸⁸ TARSKI, Alfred. *La Concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*. 1944. En: TRARSKI, Alfred. *Teorías de la verdad en el siglo XX*. (Trad.) Norberto Smilg, José Rodríguez, María José Frápolli y Juan Antonio Nicolás. Madrid, España: Tecnos, 1997. p. 69.

es la celeridad, seguridad jurídica, protección de derechos individuales, etc.⁸⁹ También, las posturas clásicas han sido a menudo eclipsadas en la actualidad por modelos persuasivos, los que postulan que la prueba busca crear el convencimiento del juez respecto de datos procesales determinados⁹⁰ que se caracterizan por constituir una fijación formal de los hechos que revisten importancia dentro del proceso.

Finalmente, cabe mencionar que el objetivo final de la prueba o determinación jurídica de los hechos, es llegar a un conjunto de proposiciones fácticas que se justifican por ser, como mínimo, indicativas de verdad.⁹¹ Importancia de lo anterior radica en que la actividad probatoria de las partes y del propio juez propendería a obtener el convencimiento de este último, convencimiento que, por cierto, versa sobre la existencia o inexistencia y las características de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión⁹² luego de haber desarrollado las diversas etapas probatorias.

3. Etapas de la actividad probatoria

La actividad probatoria corresponde a aquellas operaciones que se ejecutan dentro del espacio permitido por la legislación procesal y que en conjunto funcionan como fuente de conocimiento epistémico a través de los distintos momentos de la formación del cuadro probatorio.⁹³ En este sentido, FERRER BELTRÁN ha señalado que dicha actividad se desenvuelve mediante tres etapas sucesivas, que, si bien son claramente identificables, se encuentran entrelazadas.⁹⁴ Estas etapas son: (1) la conformación del conjunto de elementos del juicio o pruebas, (2) la valoración de los elementos del juicio o pruebas, y (3) la adopción de la decisión sobre los hechos probados.⁹⁵ Sin embargo, en la doctrina se han desarrollado diversas estructuras de la actividad probatoria cuyas variaciones se encuentran en el enfoque propuesto por cada autor, sumado a que cada legislación en particular contempla sus propios principios y formalidades del procedimiento.⁹⁶

⁸⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., pp. 31-32.

⁹⁰ MONTERO AROCA, Juan. Prueba y verdad en el proceso civil. Prueba y verdad en el proceso civil un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (49): 117-147, 2019. ISSN 2346-3473. p. 127.

⁹¹ RUIZ JARAMILLO, Bernardo. *La verdad y la prueba judicial: la epistemología jurídica y las prácticas judiciales*. En: PRIORI POSADA, Giovanni (coord.). *La prueba en el proceso*. Lima, Perú: Palestra Editores, 2018. pp. 85-116.

⁹² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Vol. I, Buenos Aires, Argentina: Zavalía, 1981. p. 19.

⁹³ VILLAGRA CASTILLO, Eduardo. *Hacia la formulación de un estándar de prueba cautelar aplicable a la prisión preventiva desde la mirada de la presunción de inocencia*. Op. cit., p. 331.

⁹⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., p. 41.

⁹⁵ *Ibíd.* p. 41.

⁹⁶ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles. *Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*. Op. cit., pp. 30-31. Sobre ello, la autora señala que diversos autores se han pronunciado acerca de los momentos de la actividad probatoria, Carnelutti ha señalado que es posible distinguir un momento de recolección del material probatorio; otro en que el medio probatorio en sí se presenta en juicio y se desarrolla como tal y, por último, aquel momento en que el juzgador debe analizar los medios de prueba que se analizarán y tomar una decisión. Por su parte, Serra Domínguez ha intentado dividir la actividad probatoria en las fases de conversión y comparación. La primera de ellas estaría compuesta por un período de traslación, es decir, llevar a la presencia del juez los hechos de la realidad a través de sucesivas afirmaciones, y un período de fijación, que es el referido a lo que entendemos

Para efectos de esta investigación, estableceremos que la actividad probatoria, como ya señalamos, está compuesta por una etapa de conformación del material probatorio; otra de valoración de la prueba; y finalmente, un momento de toma de la decisión. La elección de este modelo de división de los momentos probatorios no es en ningún caso azaroso, pues solo mediante él es posible vislumbrar la diferencia, a veces imperceptible, entre los sistemas de valoración de prueba y la posterior aplicación del estándar probatorio, cuyo contenido será desarrollado los siguientes acápite.

A continuación, nos referiremos a cada etapa de la actividad probatoria describiendo sus principales características con el fin de instruir en los lineamientos basales para la construcción de un estándar de prueba idóneo aplicable tanto a los procedimientos ordinarios como especiales de familia.

3.1. Etapa de conformación del material probatorio

La etapa de conformación del material probatorio consiste en conformar y seleccionar un subconjunto de elementos probatorios que son admisibles para confirmar o refutar las hipótesis fácticas que se encuentran en conflicto extraídos de la totalidad de los elementos probatorios disponibles y aportados por las partes.⁹⁷ De esta manera, este momento es esencial para el desarrollo de los subsiguientes ya que en esta instancia se propone la prueba.

En esta etapa, el juez no podrá tomar en consideración elementos del juicio que no estén incorporados al proceso como prueba válida⁹⁸, por tanto, únicamente las pruebas aportadas y admitidas en el proceso⁹⁹ serán consideradas para conformar el material probatorio.

De la mano con lo anterior, en este momento se tornan relevantes las reglas de exclusión de prueba clásicas, es decir, la pertinencia y relevancia de los elementos probatorios presentados.¹⁰⁰ La primera de ellas consiste en la relación entre el hecho que se acreditará mediante un medio de prueba específico y los

por valoración de la prueba. Por último, la fase de comparación se relaciona con la carga de la prueba. También, Montero Aroca nos menciona una primera fase que sería la referida a determinar la necesidad de prueba en un proceso, que luego da paso a que las partes propongan dicha prueba y el tribunal determine la admisión de la misma. Realizado lo anterior, se distinguiría una fase de práctica de la prueba, que varía dependiendo del medio de prueba, que tendría como excepciones la posibilidad de anticipación de prueba y de la práctica de la prueba en la apelación. Luego de ello, el autor analiza el momento de valoración de la prueba. Finalmente, Devis Echandía señala tres grandes etapas, estas son: la de producción y obtención de la prueba, que involucraría los momentos de obtención, ofrecimiento, admisión y práctica de la misma; una etapa de asunción de la prueba; y una última de valoración". Para una mayor comprensión véase: CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. (Trad.) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Op. cit., p. 85; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de derecho probatorio*. Lima, Perú: Communitas, 2009. p. 39; MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, España: Civitas, 2005. pp. 173-183; y, DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial. Tomos I – II*. Buenos Aires, Argentina: Víctor P. de Zavalía, 1988. p. 276.

⁹⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., pp. 41-42.

⁹⁸ LOPES CERQUEIRA, Daniel. Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 17 (296): 152-170, 2018. ISSN 1812-9552. p. 154.

⁹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., p. 42.

¹⁰⁰ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., p. 35.

hechos objeto de la controversia.¹⁰¹ De esta manera, no serán admitidos aquellos hechos que no han sido controvertidos dentro del juicio, los hechos denominados como notorios, las presunciones legales, y en general, toda aquella prueba que podríamos considerar como irrelevante.¹⁰²

Luego, el juicio de relevancia envuelve un razonamiento epistémico y dependiente en gran medida de un análisis contextual, en donde influyen las demás pruebas disponibles.¹⁰³ Bajo esta perspectiva, COLOMA CORREA sostiene que “el estatus de medio de prueba depende de la relevancia del mensaje que potencialmente será comunicado”¹⁰⁴, por lo cual, al hablar de medios de prueba lo importante está en la relevancia de los elementos probatorios; el juez debe percibir elementos que suministren información relevante para el establecimiento de los hechos de la causa, iniciando la tarea de aprehender y reconstruir los sucesos en el proceso.¹⁰⁵ Por lo tanto, el objetivo de la relevancia es no introducir en juicio elementos que se entienden inútiles o inconexos, debido a que sólo se puede considerar como prueba aquel elemento útil para establecer la confirmación de la hipótesis referida.¹⁰⁶ Así pues, toda prueba relevante deberá incluirse en juicio, a no ser que las partes soliciten una actividad probatoria no prevista en la ley, si la prueba no se propone y practica en la forma establecida por el legislador, o si la legislación pertinente limitó el número o tipo de medios de prueba en una clase de juicios.¹⁰⁷

Con todo, existen normas de exclusión de prueba específicas, como, por ejemplo, las reglas de exclusión probatoria, la limitación temporal del proceso y la regla de eficacia de cosa juzgada.¹⁰⁸ En materia penal destacan los casos de secreto profesional, la ilegalmente obtenida y la de un testimonio autoincriminatorio.¹⁰⁹ Adicionalmente, las pruebas obtenidas en base a la vulneración de derechos fundamentales son consideradas como pruebas ilícitas, y, por ende, deben ser excluidas.

A nivel jurisprudencial, y en cuanto a la vulneración de derechos fundamentales en materia de familia, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, conociendo de una causa de medidas de protección en

¹⁰¹ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles. *Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*. Op. cit., p. 33.

¹⁰² *Ibíd.* p. 35.

¹⁰³ COLOMA CORREA, Rodrigo. La prueba y sus significados. Op. cit., p. 40.

¹⁰⁴ COLOMA CORREA, Rodrigo. Conceptos y razonamientos probatorios. *Revista de Derecho* (Valdivia), **30** (2): 31-56, 2017. ISSN 0718-0950. p. 39.

¹⁰⁵ MENESES PACHECHO, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. Op. cit., p. 44.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles. *Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*. Op. cit., p. 34.

¹⁰⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba*. (Trad.) Laura Manríquez y Jordi Ferrer. Op. cit., pp. 146-147.

¹⁰⁸ DEL RÍO FERRETTI, Carlos. Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, **34**: 349-383, 2010. ISSN 0716-1883. p. 356.

¹⁰⁹ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. (Trad.) Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2013. ISBN 9788415664741. p. 46.

donde el juez de familia excluyó una prueba audiovisual por considerar que afectaba la inviolabilidad del hogar (artículo 19 N°5 de la Constitución Política de la República de Chile), señaló:

*“Décimo Quinto: Así las cosas, es menester indicar que, no obstante, la resolución referida al mérito y procedencia del debe recurso cumplir deducido, con es necesario dejar que claramente se deben establecido que la exclusión de prueba en materia de familia determinadas exigencias precisar en cada caso no siendo adecuado fijar a priori y en abstracto situaciones de exclusión. La celeridad o los fines del proceso deben ser conciliados con el principio de libertad de prueba consagrado en el artículo 28 de la ley 19.968 y efectuando un adecuado proceso de hermenéutica y por aplicación del artículo 27, de la ley citada, que establece una norma de reenvío que consagra la supletoriedad respecto del código de procedimiento civil, la única limitación sería la establecida en el artículo 372 del citado código que establece en su inciso primero “serán admitidos a declarar solamente hasta seis testigos, por cada parte, sobre cada uno de los hechos que deba acreditarse.”; Por otra parte en cuanto a la exclusión de prueba consistente en una grabación de video, no se aprecia de qué manera se ha producido una conculcación a la garantía de inviolabilidad del hogar la que se refiere fundamentalmente al ingreso, registro o allanamiento del hogar o los espacios reservados para el trabajo o uso privado de los individuos por parte de terceros, circunstancia que no acontece en el caso de autos, toda vez que el espacio físico donde se efectuó la grabación, de acuerdo a los antecedentes, correspondía al hogar, vivienda o espacio físico que ocupa la familia que hoy se enfrenta judicialmente, razón por la cual el fundamento de la exclusión no encuentra su justificación en la garantía conculcada”.*¹¹⁰

En términos similares, en una causa de divorcio, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha declarado:

“Segundo b: Que, en cuanto a que los correos electrónicos y las fotografías, habrían sido obtenidas por el demandante violando garantías constitucionales, en la especie, aunque no es señalada, la establecida en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 31 de la ley 19.968, necesario es tener presente que la situación planteada por el apelante, se encuentra normada por la disposición constitucional antes mencionada que establece como garantía fundamental ‘La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada’ y, además, por el inciso 2° del artículo 146 del Código Penal, en efecto, la mencionada disposición legal que tipifica el delito denominado doctrinariamente como Inviolabilidad de la

¹¹⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en causa Rol N°33-2017, C°25, de fecha 11 de mayo de 2017. Identificador Vlex: VLEX-679062181. [Fecha de consulta: 11 de octubre de 2022].

*Correspondencia, en el inciso señalado, dispone “Esta disposición no es aplicable entre cónyuges ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos menores que se hallan bajo su dependencia. De lo anteriormente expuesto, se deduce que la parte demandante no transgredió ninguna garantía constitucional para obtener la prueba en que se fundamenta para acreditar los hechos materia de su demanda”.*¹¹¹

En sintonía con la jurisprudencia expuesta, las Cortes de Apelaciones han interpretado de manera restrictiva la regla de exclusión de prueba por vulneración de derechos fundamentales, rechazando las alegaciones a su respecto, pero sin extenderse a criterios de difícil delimitación, ni tampoco realizar un análisis pormenorizado sobre la existencia de un derecho fundamental cuya vulneración deba sobreponerse a la libertad de prueba vigente en el procedimiento.¹¹²

Finalmente, debemos hacer presente que autores como BAYÓN MOHÍNO aseguran que las reglas de exclusión revisten el carácter de reglas contra epistémicas dado a que atentan contra el acceso a más información para la toma de decisión.¹¹³

3.2. Etapa de valoración de los hechos por parte del juez

Se ha entendido por valoración de la prueba a la “actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”¹¹⁴, en particular, aquella actividad que “(...) tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio”¹¹⁵, con la finalidad de determinar cuándo un enunciado es considerado como verdadero.

En consecuencia, en este momento de la actividad probatoria se deberán analizar de manera individual los medios de prueba presentados para establecer si son o no capaces de corroborar la hipótesis propuesta.¹¹⁶ Para esta tarea, es necesario identificar si existe un sistema de valoración determinado, dado

¹¹¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa Rol N°504-2020, C°2, de fecha 22 de octubre de 2010. Identificador Vlex: VLEX-226594603. [Fecha de consulta: 11 de octubre de 2022].

¹¹² EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. Op. cit., p. 106.

¹¹³ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. Epistemología, Moral y prueba de los Hechos. Hacia un Enfoque no Benthamiano. *Revista Mario Alfaro D’ Filippo*, 2(4): 6-30, 2010. p. 7.

¹¹⁴ NIEVA-FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons, 2010. ISBN 9788497687577. p. 34

¹¹⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba*. (Trad.) Laura Manríquez y Jordi Ferrer. Op. cit., p. 132.

¹¹⁶ La valoración individual, vale decir, el esquema atomista, consiste en establecer un análisis particular y exhaustivo de cada uno de los medios de prueba individualmente considerados y de cada una de las inferencias que pueden extraerse de ellos, con el objetivo de determinar el grado de apoyo que ellos diferenciadamente entregan a una versión específica de los hechos. En cambio, la valoración conjunta de todos los elementos de prueba relevantes corresponde al esquema holista o globalizador, el cual se refiere a establecer el grado de corroboración, confirmación o apoyo inductivo que aportan la globalidad de los elementos de juicio integrados todos en una narración internamente coherente. En efecto, un modelo atomista de valoración y fundamentación de los hechos probados reduce el riesgo de error en el que puede incurrir la aplicación exclusiva del modelo holista, dado que como postula dado

que, una vez conformado el conjunto de elementos del juicio estos se deberán valorar conforme a la regulación propia de cada sistema jurídico.¹¹⁷

En el caso de un sistema de prueba legal o tasada, el ordenamiento prevé un determinado resultado probatorio correspondiente al “peso” de cada medio de prueba¹¹⁸, mientras que en un sistema de libre valoración de la prueba se deberá valorar el apoyo que cada elemento de juicio aporta a la hipótesis del conflicto, de forma individual y en conjunto, no estando el contenido de dicha valoración sujeta a normas que predeterminen su resultado.¹¹⁹

A la luz de lo anterior, por un lado, el sistema de prueba legal o tasada se caracteriza porque “el legislador, sea por respeto al principio de aportación de parte o en aras de la seguridad jurídica, introduce normas que contemplan medios de prueba mediante los cuales se producirá la fijación fáctica, o al menos la favorecerá, solamente cumpliendo las exigencias que la misma norma establece”¹²⁰, de manera que, el juzgador cuenta con todas las herramientas que debe tener en consideración al momento de valorar, incluyendo los medios de prueba de los cuales las partes pueden hacerse valer.

Por otro lado, el sistema de libre valoración de la prueba consiste en evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una determinada hipótesis o a su contraria.¹²¹ En la interpretación de GASCÓN ABELLÁN, la valoración libre y racional de la prueba significa “evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera”.¹²² Por tanto, es aquí donde el juez tiene la libertad para asignar el peso probatorio que tiene un determinado medio de prueba en función del apoyo que entrega a una determinada hipótesis sobre los hechos. No obstante, lo anterior no significa que la apreciación libre de la prueba se realice en ausencia absoluta de límites y de controles externos, dado que esto último conduciría a la arbitrariedad subjetiva judicial, sino que se ha entendido que el sistema en comento se

que, de acuerdo con Accatino Scagliotti, no es posible asegurar que lo que se predica del todo sea predicable respecto de cada una de las partes. Por lo tanto, sólo una vez que se han valorado individualmente las pruebas, se podrá hacer una valoración global de las mismas. En virtud de esta explicación véase: VILLAGRA CASTILLO, Eduardo. *Hacia la formulación de un estándar de prueba cautelar aplicable a la prisión preventiva desde la mirada de la presunción de inocencia*. Op. cit., p. 334.

¹¹⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., p. 45.

¹¹⁸ LOPES CERQUEIRA, Daniel. Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género. Op. cit., p. 154.

¹¹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., p. 45.

¹²⁰ BONET NAVARRO, José. *La prueba en el proceso civil Cuestiones fundamentales*. Madrid, España: Difusión Jurídica, 2009. ISBN 9788496705814. p. 240.

¹²¹ En este sentido, véase: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., p. 46; FERRER, Jordi. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*. 2010. En: ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (coord.) *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2010. ISBN 956238859x. pp. 3-20; y, FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 1ª ed. Op. cit., p. 67.

¹²² GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p. 129.

encuentra limitado principalmente por las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios de la lógica.¹²³

Como sistema de valoración intermedio entre los dos mencionados anteriormente, encontramos la sana crítica. Este sistema, según ABEL LLUCH, es entendido como “(...) las máximas o cánones que condensan regularidades fenomenológicas, comprobadas empíricamente o tan solo experiencialmente”.¹²⁴ Conforme a ello, la sana crítica se refiere a un conjunto de reglas establecidas para el juez que le permiten apreciar la prueba incorporando un criterio lógico, con marcada referencia a criterios de objetividad y racionalidad.¹²⁵ De esta manera, dicho sistema es útil tanto porque entrega un margen de actuación judicial amplio que a su vez establece limitaciones, como porque sienta las bases para que mediante la fundamentación de las decisiones, estas puedan ser revisadas por un tribunal de mayor jerarquía.

Los sistemas recién expuestos son coadyuvantes para la actividad racional del juez, ya que, del conjunto de pruebas que el juez tiene a su disposición debe extraer los factores epistémicamente aceptables con el fin de construir inferencias racionales, siendo estas inferencias las que se tienen como margen y, a su vez, se fundan en las reglas de valoración imperantes.¹²⁶ De este modo, del contacto con la prueba el juez debe, como obligación, obtener factores que tengan algún tipo de valor cognoscitivo, debido a que no es tolerable para el sistema que este proceso lógico sea permeado por reacciones emotivas o personales del juzgador.¹²⁷ En este sentido, TARUFFO sostiene que “(...) es evidente que si el juez se deja llevar por sus reacciones emocionales a la búsqueda de una “íntima” convicción inefable e inexplicable, no hace otra cosa que convertir su valoración en puro arbitrio”¹²⁸; lo que en ningún caso constituye el objetivo de la institucionalidad procesal.

En consecuencia, el juzgador debe discernir si los elementos probatorios proporcionan una base suficiente para dar por sentados los hechos que constituyen el verdadero objetivo del saber, razón por la cual debe ponderar si un documento es auténtico y su contenido verídico, si un testigo ha expuesto los

¹²³ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Variaciones sobre la prueba en el proceso. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XCV (2): 37-59, 1998. p. 49.

¹²⁴ ABEL LLUCH, Xavier. *Estudio doctrinal. El interrogatorio de testigos*. En: ABEL LLUCH, Xavier y Picó i Junoy Joan (direc.). *El interrogatorio de testigos. Serie Estudios prácticos sobre los medios de prueba*. Barcelona, España: Bosch Editores, 2008. ISBN 978847698809. p. 102.

¹²⁵ VALENZUELA CORTÉS, Cristóbal. *Aproximaciones sobre la regla de estándar de prueba aplicable a la hipótesis de colusión en el derecho de la competencia chileno: Un análisis a partir del Voto de Prevención de la Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2018. p. 20.

¹²⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba. Artículos y conferencias*. Op. cit., p. 26.

¹²⁷ *Ibíd.* p. 25.

¹²⁸ *Ibíd.* p. 25.

sucesos tal como fueron, si una fotografía refleja fielmente los puntos sustanciales, entre otros.¹²⁹ De esta forma, percibida e interpretada una prueba en particular, al sentenciador le corresponde determinar su eficacia probatoria, cuestión que puede realizar tasada o libremente según el sistema procesal respectivo.¹³⁰ De modo que, la actividad mental del juez no es idéntica en el primer y segundo caso, siendo mucho más exigente la que demanda el libre sistema de valoración de la prueba. No obstante, “la operación mental no se realiza aisladamente respecto de cada medio probatorio, sino que debe procederse a una valoración conjunta, pudiendo de dicho proceso resultar algún medio corroborado por otro, contradicho, matizado o complementado, debiendo entonces aplicar criterios de preferencia en la valoración”¹³¹ para identificar el medio probatorio que reviste mayor importancia.

Finalmente, en nuestra legislación el sistema más utilizado procesalmente es la sana crítica, constituyendo el sistema de valoración de prueba preponderante en sede laboral, penal y de familia. Importancia de lo anterior estriba en que la LTF, como se abordó anteriormente, regula en su artículo 28 el principio de libertad de prueba y, en el artículo 32, señala que la apreciación de la prueba se realizará conforme las reglas de la sana crítica, prescribiendo que:

“Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

3.3. Etapa de aplicación de un estándar de prueba

Una vez que se extraiga el resultado probatorio que aporta un conjunto de elementos disponibles a través de la valoración racional de los mismos en favor de una determina hipótesis sobre los hechos, el estándar de prueba cumplirá la función de indicar aquel umbral de suficiencia que debe ser superado para concluir que dicha hipótesis se encuentra debidamente probada.¹³² Siguiendo esta argumentación, la aplicación del estándar de prueba opera una vez interpretadas y valoradas las pruebas, correspondiendo al tribunal plasmar en su resolución el razonamiento decisorio, susceptible de ser controlado.¹³³ De esta forma,

¹²⁹ DÖHRING, Erich. *La investigación del estado de los hechos en el proceso: La prueba, su práctica y apreciación*. En: MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. 1ª ed. Santiago, Chile: Librotecnia, 2017. ISBN 9789563271607. p. 16.

¹³⁰ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., p. 56.

¹³¹ *Ibíd.* p. 56.

¹³² ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, **32**: 347-362, 2009. ISSN 0718-6851. p. 352.

¹³³ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., pp. 56-57.

recién en esta etapa el tribunal puede determinar cuándo está justificado aceptar (o no) una determinada aserción fáctica y proceder a tomar una decisión racional sobre los hechos.

Este momento de la actividad probatoria es esencial para efectos de la presente investigación, puesto que el objetivo de este trabajo consiste en construir y establecer un estándar probatorio en materia de familia con la finalidad de otorgar mayor seguridad tanto a las decisiones judiciales como a las partes, en orden a que estas últimas conozcan de antemano los requisitos que su prueba debe cumplir para la aceptabilidad de determinadas hipótesis en juicio.¹³⁴ Por tanto, en los próximos acápite ahondaremos en el concepto de estándar de prueba, sus principales características y las diversas categorías de estándares de prueba presentes en la judicatura.

Por último, resulta de vital importancia señalar que, como nos hemos referido anteriormente, la decisión final del tribunal es distinta al ejercicio previo de valorar de la prueba, pues en esta última se estiman grados de confirmación de una hipótesis de hecho, y, para conocer el grado de probabilidad o confirmación suficiente para determinar la existencia de la hipótesis se debe aplicar un estándar de prueba específico.¹³⁵ Sin embargo, este último peldaño está íntimamente ligado a la valoración, ya que ambas operaciones se realizan de manera simultánea.

3.3.1. Relación entre valoración y estándar de prueba

Los tribunales toman conocimiento de los hechos que constituyen un conflicto jurídico a través de la actividad probatoria. Así, los resultados que pueden alcanzarse mediante dicha actividad sólo pueden expresarse en términos de probabilidad y es precisamente en este punto del razonamiento probatorio cuando operan dos conceptos distintos, pero relacionados, correspondientes a la valoración de la prueba y el estándar probatorio.¹³⁶

Por una parte, la valoración de la prueba corresponde a “un proceso intelectual realizado por el sentenciador y mediante el cual busca extraer, en la medida de lo posible, la verdad existente detrás de los medios de prueba incorporados en la causa”.¹³⁷ En efecto, los diversos sistemas de valoración de la prueba, ya explicados, tienen como finalidad otorgar al juez esquemas racionales que le permitan determinar el

¹³⁴ En este sentido, véase: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2021. ISBN 9788413811079. pp. 111-114.

¹³⁵ HUNTER AMPUERO, Iván. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil? *Revista Ius et Praxi*, (1): 241-272, 2017. ISSN 0717-2877. p. 251.

¹³⁶ JARA ASTUDILLO, Nadia y VIGNEAUX RAMÍREZ, Cristián. *Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2017. p. 16.

¹³⁷ VAN HASSELT GARRIDO, Roberto. El estándar de prueba en materia infraccional. *Análisis Jurisprudencial. Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile*. (13): 209-236, 2015. ISSN 0719-7527. p. 213.

grado de probabilidad de las hipótesis de hecho y si éstas podrían ser eventualmente verdaderas dentro del proceso. Por otra parte, LARROUCAU TORRES define al estándar de prueba como un “umbral que permite saber si un relato puede considerarse probado dentro de un proceso”¹³⁸, por lo cual, dicha institución le permite al sentenciador conocer el nivel de certeza que debe alcanzarse para poder dar por verdaderos ciertos presupuestos fácticos sostenidos por las partes.

A pesar de que los conceptos de valoración y estándar de prueba difieren en su definición, ambos se encuentran íntimamente relacionados, debido a que operan dentro del proceso intelectual de valoración probatoria, pero se desarrollan en momentos distintos.¹³⁹ Así pues, procesalmente es importante realizar la distinción antes señalada, especificando que dentro de las diversas etapas existe una especie de momento intermedio que sería la práctica de los medios de prueba, porque se torna fundamental el modo de desarrollar los medios de prueba al depender de ella qué información es finalmente introducida y cómo la intervención de los diversos actores al proceso permite una mayor cantidad y precisión de los conocimientos que ingresan¹⁴⁰ a este mismo.

Así las cosas, la valoración propiamente tal corresponde a un momento previo, en que el juzgador procede a la “determinación del apoyo empírico que los elementos de juicio aportados al proceso proporcionan a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto.”¹⁴¹ De esta manera, se establece cuál es la mayor o menor fuerza probatoria de las evidencias aportadas, determinando en atención al mayor o menor peso probatorio de dichas evidencias la probabilidad de que las hipótesis fácticas sustentadas por los litigantes en el proceso sean verdaderas.¹⁴² En cambio, el estándar de prueba opera en un momento posterior, o bien, en el momento final de la actividad valorativa, en que el juez utiliza este instrumento para decidir si de acuerdo al peso de las diversas evidencias, ya determinado con anterioridad, y a los diversos grados de corroboración que dichas pruebas otorgaron a las hipótesis fácticas sostenidas por las partes, se puede considerar alcanzado un nivel de suficiencia necesario para dar por probados los hechos en la forma planteada por uno de los litigantes.¹⁴³

De acuerdo con FERRER BELTRÁN, “(...) conviene insistir en que el resultado de la valoración de la prueba que se obtenga en el segundo momento no implica por sí solo nada respecto de la decisión a adoptar.

¹³⁸ LARROUCAU TORRES, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. Op. cit., p. 783.

¹³⁹ JARA ASTUDILLO, Nadia y VIGNEAUX RAMÍREZ, Cristián. *Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Op. cit., p. 19.

¹⁴⁰ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles. *Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*. pp. 31-32.

¹⁴¹ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. Op. cit., p. 351.

¹⁴² JARA ASTUDILLO, Nadia y VIGNEAUX RAMÍREZ, Cristián. *Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Op. cit., p. 19

¹⁴³ *Ibíd.* p. 19.

Para ello es necesaria la intermediación de un estándar de prueba. Y ni siquiera puede darse por descontado que la hipótesis que haya resultado más confirmada es aquella que deberá darse por probada”.¹⁴⁴ Por lo tanto, lo establecido en el segundo momento de la actividad probatoria, es decir, en la valoración de la prueba, no será determinante para el resultado que se obtendrá en la toma de la decisión, que corresponde al tercer momento de dicha actividad.

En síntesis, a pesar de ser momentos distintos, ambos responden a la misma racionalidad de la actividad probatoria y, deseablemente, a criterios objetivos, dado que al juez le corresponde plasmar en su resolución el razonamiento decisorio susceptible de ser controlado¹⁴⁵, razón por la que un estándar de prueba adecuadamente construido debe ser una guía para el sentenciador al momento de valorar la prueba y no sólo debe determinar el nivel de probabilidad óptimo para estimar suficiente la evidencia, en el sentido de la importancia de explicitar las evidencias que el juez tuvo en consideración para justificar su decisión y, por ende, que no quede espacio a subjetividades.¹⁴⁶

¹⁴⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., p. 48.

¹⁴⁵ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., pp. 56-57.

¹⁴⁶ JARA ASTUDILLO, Nadia y VIGNEAUX RAMÍREZ, Cristián. *Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Op. cit., p. 20.

CAPÍTULO III. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA

1. Concepto de estándar de prueba

El estándar de prueba nace en el último de los momentos probatorios, siendo este tercer momento el que corresponde a la toma de la decisión.¹⁴⁷ La valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación, por lo que habrá que decidir si esta hipótesis, en específico, puede o no declararse probada con el grado de confirmación de que se disponga, lo cual dependerá del estándar de prueba que se utilice.¹⁴⁸

La doctrina ha intentado definir el concepto de estándar de prueba confundiéndolo en varias oportunidades con el concepto de valoración de la prueba, no obstante, debemos entender que se trata de conceptos distintos, aunque relacionados.¹⁴⁹ De esta forma, el estadio de formación de toma de la decisión del juez difiere de la valoración de prueba y esta a su vez lo hace de la aplicación del estándar, pues este último constituye un umbral externo, sobre el que yace finalmente la decisión de determinar si se ha superado o no el baremo mínimo de corroboración de la hipótesis enjuiciada en un procedimiento puntual¹⁵⁰ y al cual debe verse enfrentado el tribunal como un parámetro de referencia a fin de tomar una decisión.

En este sentido, LARROUCAU TORRES indica que “el estándar de prueba es el umbral que permite saber si un relato puede considerarse probado dentro de un proceso (...)”¹⁵¹, también lo define como “la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuándo una narración se encuentra acreditada o descartada al concluir un litigio, en otras palabras, se trata de una norma (legal o no) que reparte los riesgos de errores en escenarios cuyo rasgo común es la incertidumbre (...)”.¹⁵² Por su parte, GASCÓN ABELLÁN se refiere al estándar como “el umbral de suficiencia probatoria que permite tener por probado un enunciado sobre los hechos (...)”.¹⁵³

Asimismo, ACCATINO SCAGLIOTTI define el estándar de prueba como “aquel umbral de suficiencia para valorar si las pruebas disponibles son suficientes para decidir si está o no probada en un proceso una determinada proposición sobre los hechos (...)”.¹⁵⁴ Teniendo en consideración estas definiciones, la

¹⁴⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., p. 47.

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 47.

¹⁴⁹ En este sentido, véase: JARA ASTUDILLO, Nadia y VIGNEAUX RAMÍREZ, Cristián. *Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Op. cit., pp. 16-20.

¹⁵⁰ BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. *Política Criminal*, 7(14): 454-479, 2012. ISSN 0718-3399. p. 468.

¹⁵¹ LARROUCAU TORRES, Jorge. *Hacia un estándar de prueba civil*. Op. cit., p. 783.

¹⁵² *Ibíd.* pp. 783-784.

¹⁵³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Op. cit., p. 129.

¹⁵⁴ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*. Op. cit., p. 483.

principal característica del estándar de prueba es permitir fijar de manera previa, y a veces por vía legislativa, un umbral de suficiencia requerido en un determinado procedimiento, estableciendo de este modo cuándo resulta justificado aceptar o rechazar una proposición fáctica en un proceso judicial.¹⁵⁵

En el contexto de una decisión judicial, tanto en su descubrimiento como en su justificación, el estándar de convicción ocupa un rol preponderante, debido a que una vez rendida la prueba y valorada por el juez siguiendo las reglas de la sana crítica, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de la LTF, éste debe preguntarse si la evidencia disponible es suficiente para tener por corroborada una hipótesis antes planteada, vale decir, que una vez alcanzado un determinado nivel o estándar, es posible “tener por probada” o “tener por no probada” una aseveración sobre un hecho determinado.¹⁵⁶

Sumado a lo anterior, el concepto de estándar de prueba también resulta útil para atender a su función como mecanismo de distribución de errores¹⁵⁷, principalmente en los procedimientos de familia, teniendo presente que en todo proceso el *quantum* de error que desea tolerarse marcará el límite donde se fije dicho umbral, considerando como parámetros habituales el estándar de más allá de toda duda razonable del proceso penal (artículo 340 del Código Procesal Penal, en adelante CPP) y de probabilidad prevaleciente del proceso civil.¹⁵⁸

En esta misma línea, se entiende que el estándar constituye, como lo veremos más adelante, una decisión política-valorativa¹⁵⁹ que debe ser determinada por el legislador en función de la aversión al riesgo de errores en un determinado tipo de proceso, en razón de cómo quiera distribuir las decisiones equivocadas respecto a que un determinado enunciado sobre los hechos esté o no probado (está probado que p) y las consecuencias de dicha decisión en la aplicación del derecho según corresponda¹⁶⁰, configurando la decisión sobre el caso controvertido. En efecto, según lo afirma GASCÓN ABELLÁN, “un estándar específico se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo y, esta es, en última instancia, una elección política o valorativa”.¹⁶¹ Siguiendo esta argumentación, FERRER BELTRÁN ha señalado que la determinación misma del nivel de corroboración exigido a una hipótesis fáctica en los distintos procesos judiciales y en las distintas fases de estos, es consecuencia de una valoración acerca de la distribución de errores que se considera admisible;

¹⁵⁵ *Ibíd.* p. 486.

¹⁵⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., p. 126.

¹⁵⁷ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. (Trad.) Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Op. cit., p. 33.

¹⁵⁸ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. Op. cit., p. 111.

¹⁵⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p. 130.

¹⁶⁰ *Ibíd.* p. 130.

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 131.

valoración que, por cierto, corresponde hacer a cada sociedad y no al teórico del derecho.¹⁶² Lo anterior surge luego de efectuar un análisis acerca de los elementos a considerar al momento de definir un determinado estándar de prueba, elección que, a su juicio, presupone necesariamente una decisión valorativa previa que debe ser adoptada por toda la sociedad.

En este contexto, la doctrina establece dos tipos de modelos aplicables de estándar. El primero se refiere a la confirmación desde el punto de vista matemático-probabilístico (o, también, cuantitativo), y el segundo decanta por un sistema de carácter cualitativo.¹⁶³

De esta forma, por un lado, el estándar puede establecerse en función de la superación de algún grado expresado en términos matemáticos, por lo que la posibilidad de un hecho hipotético dependería directamente de un aumento de la probabilidad. Así las cosas, AMAYA NAVARRO sostiene que la determinación de la probabilidad de la hipótesis X, es posible a la luz de las pruebas admitidas en el juicio; si esta probabilidad es mayor que la exigida por el estándar de la prueba aplicable (expresado en un porcentaje), entonces el juez está justificado en aceptar la misma.¹⁶⁴ Por otro lado, los estándares cualitativos permiten categorizar una proposición fáctica bajo la égida de explicaciones no matemáticas¹⁶⁵, estableciendo de este modo directrices racionales en el momento de aceptar las hipótesis sobre los hechos. Este último estándar otorgaría más certeza a las partes, sin embargo, es necesario tener presente que, aunque la prueba en el proceso judicial tiene como objetivo institucional la averiguación de la verdad, las limitaciones propias del conocimiento humano impiden que se pueden alcanzar certezas racionales acerca de los hechos, por ello, el razonamiento probatorio es estructuralmente de tipo probabilístico y sus conclusiones gozan de una mayor o menor probabilidad de ser verdaderas a la luz de las pruebas disponibles.¹⁶⁶

Ahora bien, si nos situamos dentro del modelo probabilístico, la decisión acerca del umbral de suficiencia para considerar un relato como probado, puede ser más o menos exigente. Se ha señalado que el nivel mínimo de suficiencia es “el que se requiere que se tenga por probada la proposición fáctica que resulte relativamente más corroborada por las pruebas disponibles, esto es, que resulte más corroborada que las proposiciones incompatibles con ella que se hayan planteado en el proceso, o en todo caso, más corroborada que su negación (...)”¹⁶⁷, de manera que de haber un estándar que considere un menor nivel de suficiencia,

¹⁶² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op. cit., pp. 142-143.

¹⁶³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., pp. 65-100.

¹⁶⁴ AMAYA NAVARRO, Amalia. Coherencia, virtud y prueba en el derecho. En: PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*. 1ª ed. Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía: Uniandes, 2015. ISBN 9789587742169. pp. 37-63.

¹⁶⁵ GUERRA BONET, José. *Derecho probatorio: probabilidad, estadística y estándares de prueba*. Tesis (Licenciatura en Derecho), Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia, 2019. p. 1.

¹⁶⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 66.

¹⁶⁷ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. Op. cit., p. 487.

no sólo resultaría deslegitimado por la exigencia racional de la valoración de la prueba sino por los miembros que componen la sociedad en su conjunto, “pues el mínimo común que se exige al adjudicador para dar por probado un hecho es que las probabilidades de que el mismo ocurrió sean mayores a las que no, y en ningún caso sería aceptable que diera por acreditado una proposición fáctica cuando no se disponen de elementos suficientes que la den por probablemente verdadera”.¹⁶⁸ Sin embargo, en el otro extremo, “el estándar de prueba también puede ser construido con niveles más exigentes, y en este caso, costará más a quien sostiene una afirmación obtener el nivel de pruebas suficientes para que el adjudicador dé por probada dicha proposición fáctica”.¹⁶⁹

Por tanto, si el estándar de prueba corresponde a “la cantidad de conocimiento necesario acerca de los hechos para autorizar una sentencia a favor de la persona que tenía la carga de la prueba (...)”¹⁷⁰, resulta ser esencial analizar y proponer un estándar probatorio en materia de familia, pues uno de los objetivos de construirlo, y, establecerlo, corresponde a dar mayor seguridad tanto a las decisiones judiciales como a las partes, en orden a que estas últimas conozcan de antemano los requisitos que su prueba debe cumplir para la aceptabilidad de determinadas hipótesis en juicio. En este sentido, la determinación del nivel de suficiencia probatoria es una de las condiciones del debido proceso, y por ende, del Estado de Derecho.¹⁷¹

La temática de los estándares de prueba constituye un fenómeno de reciente atención por parte de la doctrina continental, constituyendo para el legislador chileno un tema desconocido, y, por ende, no recogido como tal en los textos positivos decimonónicos reguladores del proceso, dictados a fines del siglo XIX.¹⁷² Ni el CPC ni el Código de Procedimiento Penal ni las diversas modificaciones legales introducidas en sus textos contienen normas específicas dirigidas a los intervinientes y al sentenciador relativas a la determinación del grado de suficiencia probatoria exigida para la dictación de la sentencia definitiva. Sin perjuicio de ello, el legislador chileno introdujo un estándar probatorio propiamente tal a comienzos del presente siglo, recogiendo positivamente una norma que en forma expresa así lo contempla. Dicho cambio operó al verificarse la reforma procesal penal en Chile, la que conjuntamente con sustituir un sistema de valoración de prueba legal por uno racional de sana crítica, incorporó el estándar de más allá de toda duda razonable como umbral de suficiencia probatoria para el sentenciador criminal.¹⁷³

¹⁶⁸ JARA ASTUDILLO, Nadia y VIGNEAUX RAMÍREZ, Cristián. *Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Op. cit., p. 6.

¹⁶⁹ *Ibíd.* p. 7.

¹⁷⁰ TRENTO, Simone. Algunos criterios para reformar los estándares de prueba en el proceso judicial. En: PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*. Op. cit., pp. 167-182.

¹⁷¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 112.

¹⁷² MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., p. 99.

¹⁷³ *Ibíd.* p. 100.

Considerando que el estándar de prueba tiene como finalidad responder a la pregunta: ¿Cuánta prueba se necesita para que el juez se encuentre autorizado y confiado en dar por cierto determinados hechos que favorezcan la pretensión de una de las partes?, debemos precisar que, actualmente, esta pregunta no está siendo contestada en nuestra legislación, pues “la ley de tribunales de familia, la de justicia laboral y el proyecto de reforma al proceso civil no se pronuncian a este respecto (...)”¹⁷⁴, motivo por el cual no es baladí preguntarse sobre cuál el estándar aplicable en materia de familia.

2. Sobre los criterios objetivos para la formulación de un estándar probatorio

Se ha señalado precedentemente que los estándares de prueba son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; esto es, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe.¹⁷⁵ Respecto a ello, la construcción de un estándar de prueba implica formular objetivamente dicho estándar, es decir, formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de probabilidad o certeza exigido, debido a que, en palabras de LAUDAN, un estándar subjetivo, por ejemplo, la *intime conviction*, no es en absoluto un estándar de prueba¹⁷⁶ pues dice relación con la arbitrariedad del juez. Por su parte, FERRER BELTRÁN sostiene que “los criterios que se utilicen en el estándar de prueba para indicar el grado de exigencia probatoria requerido (...) [deberán ser] relativos a cuánto acervo probatorio apoya objetivamente a las distintas hipótesis en conflicto”.¹⁷⁷

Así las cosas, en este acápite nos basaremos en las reflexiones de GASCÓN ABELLÁN, quien sostiene en su artículo “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, que la manera de formular estándares de prueba objetivos dependerá del esquema de valoración, y, por tanto, del concepto de probabilidad que se maneje.

Doctrinariamente es posible reconocer al menos dos grandes esquemas o modelos de valoración racional de la prueba que tienen como finalidad estructurar un estándar probatorio. Así, (a) los basados en la aplicación de instrumentos matemáticos al proceso de valoración (matemático o estadístico) y (b) los basados en esquemas de confirmación (lógico o inductivo).¹⁷⁸

El primero de ellos da cuenta de los procesos de razonamiento inductivo, aunque aplicando la probabilidad a enunciados en vez de a sucesos. Lo anterior se ha realizado con el Teorema de Bayes, el cual afirma que “la probabilidad de un evento H dado un evento E, puede determinarse en función de la

¹⁷⁴ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., p. 178-179.

¹⁷⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p. 129.

¹⁷⁶ *Ibíd.* p.129.

¹⁷⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 33.

¹⁷⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p.132.

frecuencia estadística con la que dado H se verifica E y de la probabilidad atribuida precedentemente al evento H. Así pues, la fórmula bayesiana permite medir el impacto que, sobre la probabilidad subjetiva previa del hecho que se pretende probar, provoca la introducción de ulteriores elementos de prueba”.¹⁷⁹ De esta forma, en el esquema matemático en general y en el bayesiano en particular, el estándar de prueba se formula con precisión, puesto que se indica numéricamente el grado de probabilidad que debe alcanzar la hipótesis en cuestión, por debajo del cual no se considerará justificado aceptarla como verdadera.¹⁸⁰

El segundo esquema de valoración, es decir, el modelo lógico o inductivo, depende del apoyo que se prestan las pruebas conectadas a través de reglas causales, dado que la probabilidad se mide en términos de “grado de creencia”, “apoyo inductivo” o “grado de confirmación” de una hipótesis respecto de una información.¹⁸¹ Sin embargo, este sistema presenta dificultades ya que no se cuenta con la seguridad que proporciona el sistema numérico. Así, y a diferencia de lo que ocurre con la probabilidad matemática, el grado de confirmación es difícilmente cuantificable, y, por tanto, debido a las variadas situaciones probatorias, la formulación del estándar de prueba conforme a criterios objetivos se torna compleja en atención a que no valdría un criterio único para formular un estándar probatorio, sino que habría que establecer un criterio distinto para cada una de las situaciones, lo que, en definitiva, constituye una dificultad “empírica”.¹⁸²

Al margen de lo expuesto, y a juicio de la autora, la búsqueda de fórmulas posibles para expresar un estándar de prueba plantea dificultades debido a que “a diferencia de lo que ocurre con la probabilidad matemática, el grado de confirmación es difícilmente cuantificable”.¹⁸³ Por tanto, los grados de confirmación no podrían configurarse ya sea numérica, porcentualmente o en alguna otra medida, y además no existiría un criterio único para cubrir todas las hipótesis y situaciones con las que se puede enfrentar el juez en un juicio determinado. Así, la formulación de un único estándar de prueba conforme a criterios objetivos se hace mucho más compleja en relación con la formulación de un estándar utilizando el Teorema de Bayes.¹⁸⁴

Por su parte, LAUDAN ha reflexionado acerca de la importancia de objetivar los estándares de prueba en el proceso penal, pues duda de que los jueces lleguen a un resultado sin un grado de arbitrariedad. Frente a ello, ha sostenido que “(...) los estándares de prueba no nos dicen nada acerca de lo que debe contar como

¹⁷⁹ *Ibíd.* p.132.

¹⁸⁰ *Ibíd.* p.132.

¹⁸¹ *Ibíd.* p.133.

¹⁸² *Ibíd.* p.135.

¹⁸³ *Ibíd.* p.135.

¹⁸⁴ *Ibíd.* p.135.

una prueba de la culpabilidad (...)”¹⁸⁵, limitándose solamente a decirle a los jurados que escuchen, observen y lleguen a una convicción de si el imputado es culpable o no. Un estándar objetivo podría solucionar este tipo de problemas, dado a que la característica esencial de un estándar es que “(...) indique al investigador o aquel que se está cuestionando cuándo está autorizado a considerar como algo probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos (...)”¹⁸⁶, en términos de que sea capaz de justificar la confianza subjetiva que tiene el juez al momento de tomar las decisiones. Dicho esto, el autor propone patrones aplicables en materia penal que, a su juicio, representan estándares objetivos, a saber:

“(A) Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatoria o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo (...) (B) Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo (...) (C) Resuelva si los hechos establecidos por la acusación refutan cualquier hipótesis aun ligeramente razonable que usted puede pensar respecto de la inocencia del acusado. Si ellos lo hacen, usted debe condenarlo. De otro modo, usted debe absolver.”¹⁸⁷

En la práctica, la aplicación de los criterios objetivos esbozados anteriormente posibilita que el adjudicador se vea en la obligación de justificar su decisión, confirmándola en evidencia que la sustente, logrando, de esta manera, objetivar los estándares de prueba, pues ningún jurado o adjudicador condenará o absolverá por consideraciones meramente subjetivas¹⁸⁸ o arbitrarias.

No obstante, y en contraposición a lo estudiado por LAUDAN, GASCÓN ABELLÁN sostiene que “(...) aunque pueda estarse de acuerdo con él en que las tres fórmulas (A, B y C) exigen que la hipótesis de la culpabilidad supere un *Severe Test*, cada una de ellas refleja un distinto grado de severidad o exigencia, y por tanto un distinto estándar de prueba”¹⁸⁹, por lo que no son equivalentes sino que se optará por una u otra en función de lo exigente que se quiera ser para condenar, es decir, “de la distribución de error por la que se haya optado, o si se quiere, de la intensidad con la quieran protegerse los valores afectados por una eventual condena errónea”.¹⁹⁰

¹⁸⁵ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. (Trad.) Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Op. cit., p. 103.

¹⁸⁶ *Ibíd.* p. 104.

¹⁸⁷ *Ibíd.* pp. 107-108.

¹⁸⁸ JARA JARAMILLO, Nadia y VIGNEAUX RAMÍREZ, Cristián. *Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Op. cit., pp. 15-16.

¹⁸⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p. 135.

¹⁹⁰ *Ibíd.* p. 135.

Por su parte, BAYÓN MOHÍNO ha reflexionado sobre cuatro requisitos que debería cumplir la formulación de un estándar de prueba para resultar satisfactorio, entre ellos, es menester que no se trate de un estándar subjetivo, esto es, que no debe referirse a los estados mentales del juzgador, y tampoco debe estar formulado en términos que hagan imposible determinar cuándo ha quedado satisfecho y cuándo no, el respectivo estándar probatorio.¹⁹¹

En definitiva, “es necesario tener presente que el legislador o quien tome la decisión normativa, puede otorgar parámetros más o menos objetivos para resolver y evaluar un caso concreto, sin embargo, en ningún caso dicha determinación normativa asegurará la certeza absoluta, sino que, a lo sumo, contribuiría a disminuir aún más los riesgos de error en la adjudicación”.¹⁹² En este sentido, y en virtud del análisis expuesto, a pesar de que los esquemas valorativos del grado de confirmación parecen ser los más apropiados para dar cuenta de una prueba judicial, los esquemas matemáticos o estadísticos permiten entregar tanto al juez como a las partes una mayor certeza jurídica al momento de establecer los criterios probatorios dado que “el estándar de prueba deberá expresarse de manera que indique un umbral de exigencia probatoria lo más preciso posible, minimizando su vaguedad”¹⁹³ en términos de alcanzar una determinada probabilidad probatoria para dar por verdadera una hipótesis respecto a los hechos.

3. Funciones del estándar de prueba

A través de los estándares de prueba y sus diversas tipologías – las que serán explicadas en los acápite siguientes –, se busca resolver “la problemática asociada a la cantidad de prueba en relación con el nivel, umbral, grado, medida o dosis de prueba suficiente”.¹⁹⁴ Como hemos podido apreciar, “si la actividad probatoria está destinada a aportar elementos de comprobación de hipótesis, y el tribunal debe efectuar racionalmente esa asignación de valor, el grado de confirmación probatoria de acuerdo con criterios de probabilidad, constituye una cuestión fundamental.”¹⁹⁵

En este sentido, siendo los estándares de prueba umbrales de suficiencia probatoria en cuya virtud se establecen los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera una hipótesis determinada, constituyen pautas esenciales para indicar, tanto a los intervinientes como al tribunal, el nivel de prueba que debe satisfacerse en los distintos tipos de procesos. De lo anterior se colige que dichos

¹⁹¹ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. *Epistemología, Moral y prueba de los Hechos. Hacia un Enfoque no Benthamiano*. Op. cit., pp. 26-27.

¹⁹² JARA JARAMILLO, Nadia y VIGNEAUX RAMÍREZ, Cristián. *Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Op. cit., pp. 15-16.

¹⁹³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 33.

¹⁹⁴ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., pp. 89-90.

¹⁹⁵ *Ibíd.* pp. 89-90.

estándares cumplen diversas funciones, como indica GASCÓN ABELLÁN, “los SP (estándares de prueba) se insertan pues en un proceso de valoración racional. Más exactamente, cumplen dos funciones. Una función heurística primero (en cuanto guías de una valoración racional): el SP es el criterio conforme al cual deberá el juez formular su valoración final sobre los hechos de la causa. Y una función justificadora después (en cuanto criterios para la motivación): el SP es el criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria”.¹⁹⁶ Así las cosas, se evidencia una función en el ámbito de la decisión y otra en el ámbito de la justificación; siendo ambas necesarias para analizar tanto la función de estándar como medio de distribución de errores como la función de estándar de decisión política-valorativa.

3.1. Función en el ámbito de la decisión

En el ámbito de decisión sobre la prueba se trata de determinar el grado de corroboración que ellas aportan a las proposiciones, y si aquello es suficiente para tenerlas por probadas. De esta forma, el estándar le proporciona al juez un método¹⁹⁷ con la finalidad de precisar cuál es el nivel de suficiencia probatoria requerido en un determinado procedimiento.

Respecto a esto último, los estándares probatorios pueden ser más o menos exigentes, según el nivel de suficiencia requerido, debiendo considerarse un umbral mínimo para un gran conjunto de casos, y algunos más elevados, dependiendo de garantías, derechos o intereses involucrados en el conflicto.¹⁹⁸ A mayor abundamiento, el sistema anglosajón analiza los bienes jurídicos en juego, utilizando los estándares de *preponderance of evidence*, *beyond any reasonable doubt* y los intermedios de *clear and convincing proof*, o *higher standard of proof*.¹⁹⁹

Así pues, los estándares de prueba le permiten al tribunal operar en contextos de incertidumbre debido a que, la determinación de una medida de cantidad de prueba tiene como objetivo que, en esta fase de decisión, se cuente con la herramienta adecuada para “tener por probada” una hipótesis determinada en relación con los medios de prueba que le han propuesto para tal fin.²⁰⁰ Ahora, si bien los estándares cumplen esta función positiva, al mismo tiempo, permiten definir el grado de error aceptable en la decisión judicial, tornándose al sentido negativo de la función.²⁰¹

¹⁹⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p. 129.

¹⁹⁷ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., pp. 91-92.

¹⁹⁸ *Ibíd.* pp. 91-92.

¹⁹⁹ *Ibíd.* pp. 91-92.

²⁰⁰ *Ibíd.* pp. 92-93.

²⁰¹ *Ibíd.* p. 93.

En efecto, la prueba en un proceso puede ser más o menos confiable, por lo que es posible incurrir en error en la etapa de probatoria. Dicho error lo podemos denominar, como sostiene AGUILERA GARCÍA, como un error epistémico que tiene como consecuencia que, aunque existiendo justificaciones racionales por parte del juez para dar por probado un determinado hecho, este no es verdadero pues no aconteció, o bien, se declararon no probadas aseveraciones relativas a hechos que efectivamente ocurrieron.²⁰² En relación con ello, cuanto más elevado es el estándar exigible, menor es el error tolerado por el sistema. Lo anterior justifica plenamente que existan diversos estándares dentro de un sistema procesal, ya que ni el grado de confirmación requerido es el mismo, ni los yerros que pueden cometerse en diversos ámbitos son equiparables.²⁰³

Por lo tanto, en materia de decisiones judiciales, ante la evidencia de que no se contará con pruebas indubitadas que permitan reconstruir completamente lo ocurrido y la inexcusabilidad del juez para fallar, surge la necesidad de establecer de antemano el margen de error que el sistema esté dispuesto a tolerar, por lo que, no es tarea del estándar de prueba eliminar el error completamente, sino que debe distribuir el error existente²⁰⁴ entre las partes intervinientes en el proceso.

Respecto a la distribución del error, esta se realiza en atención a las partes que intervienen dentro de un proceso, teniendo en vista que al elevar el umbral de suficiencia de la prueba se reduce, por una parte, el riesgo de que se cometa un error al declarar probada una proposición fáctica (riesgo del falso positivo), pero aumenta correlativamente el riesgo de que se yerre al declarar no probada una proposición fáctica (riesgo del falso negativo).²⁰⁵ Ejemplo de lo anterior lo constituye el clásico estándar de prueba civil, vale decir, la probabilidad prevaleciente o preponderancia de la evidencia, por cuanto distribuye el error igualitariamente entre las partes, así, el riesgo de error de tener por probada una proposición es simétrica de no declararla probada²⁰⁶, y que podemos expresar en términos matemáticos como el 50% de probabilidad de incurrir en una u otra, estando las partes sometidas en igual proporción a los resultados erróneos del juicio. Por el contrario, el estándar penal, es decir, más allá de toda duda razonable, no se caracteriza porque los intervinientes se encuentren en un estado de igualdad, sino que muchas veces permiten la ocurrencia de falsos negativos por sobre los falsos positivos²⁰⁷, lo que se refleja en que el estándar requiere una probabilidad de ocurrencia de un determinado hecho bastante superior al estándar mínimo (estándar de

²⁰² AGUILERA GARCÍA, Edgar. Crítica a la "convicción íntima" como estándar de prueba en materia penal. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, (12): 3-16, 2008. ISSN 1870-0586. p. 4.

²⁰³ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., pp. 93-94.

²⁰⁴ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. (Trad.) Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Op. cit., p. 315.

²⁰⁵ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. Op. cit., p. 487.

²⁰⁶ *Ibíd.* p. 487.

²⁰⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba. Artículos y conferencias*. Op. cit., p. 115.

prueba civil clásico), y que se ha sostenido que consiste en una probabilidad de hipótesis en términos de $0,5 < P < 0,9$, o bien, fijando el umbral de suficiencia en una probabilidad de ocurrencia mayor a $0,75$.²⁰⁸

Al margen de lo expuesto y considerando que en el ámbito de la decisión el estándar de prueba cumple una función de determinar el umbral de suficiencia probatoria para tomar una decisión y, al mismo tiempo, permite realizar una distribución de errores en el ámbito del proceso judicial, es necesario señalar que “la construcción de un SP (estándar probatorio) no depende sólo ni fundamentalmente de cuestiones de racionalidad, sino también y sobre todo de cuestiones de *policy*. Ello es así porque un SP establece una determinada distribución del error, y una distribución del error supone una determinada elección (política-valorativa) sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles”.²⁰⁹ Por tanto, un estándar de prueba se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible (aceptar como verdadero lo que es falso o no aceptar como verdadero lo que es verdadero) y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo.²¹⁰ De esta forma, el estándar de prueba también cumple una función como decisión política-valorativa.

ACCATINO SCAGLIOTTI sostiene que el adoptar un estándar probatorio más exigente lo que se pretende es evitar un tipo de error, el falso positivo (declarar probada una proposición falsa), a pesar de elevar la posibilidad de incurrir en falsos negativos (declarar no probada una proposición verdadera).²¹¹ Así, de acuerdo con FERRER BELTRÁN, en un mismo acervo probatorio, “la aplicación de un estándar de prueba exigente concluirá, por ejemplo, en la absolución, mientras que la aplicación de un estándar de prueba menos exigente daría lugar a la condena”.²¹² En el primer caso, sería la parte demandante quien cargaría con el riesgo de error, mientras que en el segundo caso el riesgo de error sería soportado por la parte demandada.

Por su parte, LÓPEZ PINILLA en relación con los estándares de prueba sostiene que “no es en modo alguno un medio para encontrar la verdad”²¹³, el estándar está creado con objetivos no epistemológicos que no pretenden, por consiguiente, aumentar el conocimiento judicial, sino que distribuir el error ineludible.²¹⁴

²⁰⁸ VALENZUELA CORTÉS, Cristóbal. *Aproximaciones sobre la regla de estándar de prueba aplicable a la hipótesis de colusión en el derecho de la competencia chileno: Un análisis a partir del Voto de Prevención de la Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Op. cit., pp. 26-27.

²⁰⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p. 130.

²¹⁰ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., p. 94.

²¹¹ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. Op. cit., p. 488.

²¹² FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 135.

²¹³ LÓPEZ PINILLA, Ana. Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español. *Revista Nuevo Foro Penal*, 12 (86): 151-192, 2016. ISSN 01208179. p. 159.

²¹⁴ *Ibíd.* p. 168.

Lo anterior se basa en que la elección de un estándar probatorio depende de valores no epistémicos,²¹⁵ puesto que a la epistemología sólo le corresponde la construcción del estándar de prueba, mas no determinar el grado mínimo indispensable.²¹⁶ Esto último “es una cuestión de preferencias políticas acerca de qué asignación del riesgo de error nos parece adecuada”²¹⁷, por ende, en esta materia adquieren relevancia, entre otros elementos, los bienes jurídicos sociales presentes en el proceso. A modo de ejemplo, al elegir entre un estándar más o menos flexible en materia penal, una determinada comunidad jurídica debe considerar la tolerancia atribuida a una falsa condena versus una absolución errónea²¹⁸, con ello se da lugar al lema “es mucho peor que se condene a un inocente a que un culpable quede libre”²¹⁹, que justifica la adopción del estándar más allá de toda duda razonable en materia penal. Al respecto, TARUFFO sostiene que se trata de una elección fundamental del tipo ético antes que jurídico, según el cual se prefiere que muchos culpables sean absueltos a que un inocente sea condenado²²⁰, lo que da cuenta que los estándares tienen un sentido moral subyacente en lo concerniente a la distribución del riesgo de error. Así pues, este análisis es aplicable a procedimientos de diversa naturaleza, como lo son los procedimientos de familia en donde se presentan bienes jurídicos de carácter extrapatrimoniales que son relevantes para las partes intervinientes en el proceso, y en lo cual ahondaremos en el cuarto capítulo de la presente investigación.

En consecuencia, la elección del estándar de prueba nos exige saber cuáles son las cuestiones valiosas que se perderán a causa de una sentencia o resolución errónea, y, de manera más concreta, nos hace ponderar los bienes socialmente comprometidos, finalizando con la configuración de un umbral que sea mínimo, o bien que propenda a resguardar a una de las partes del conflicto jurídico en desmedro de otra que debe soportar sobre sus bienes, o a su respecto, un aumento de la probabilidad de error, el que puede o no ser cuantificable.²²¹ Así, en el proceso civil es aceptado comúnmente el estándar de prueba de probabilidad prevaleciente en vista de que los bienes objeto de litigio son en su mayoría de índole patrimonial, por lo que el error, si las partes son tomadas en estado de igualdad, se materializa en un perjuicio patrimonial. En efecto, si se considera que los intereses afectados por los dos errores merecen la misma protección, es decir,

²¹⁵ De esta forma, “La epistemología y la información empírica son, desde luego, de ayuda para el diseño procesal, en general, y para la formulación de estándares de prueba, en concreto; pero ninguna de las dos puede darnos una respuesta a la pregunta sobre qué grado de exigencia probatoria debe requerirse para considerar probada una hipótesis fáctica de un determinado tipo de proceso”. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 144.

²¹⁶ VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2013. ISBN 9788415664536. p. 14.

²¹⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 144.

²¹⁸ LOPES CERQUEIRA, Daniel. Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género. Op. cit., p. 158.

²¹⁹ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. Op. cit., p. 489.

²²⁰ TARUFFO, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. 1ª ed. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. ISBN 978-607-708-179-1. p. 46.

²²¹ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., p. 49.

si ambos tipos de error son igual de tolerables o asumibles, el estándar de prueba de la probabilidad prevaleciente parece ser suficiente.²²²

Para finalizar, es necesario tener en cuenta el hecho que los estándares pueden variar en función del contexto, de las finalidades asignadas al proceso, de los valores éticos-políticos que en él se consideren prioritarios y de la regulación procesal de las cargas probatorias atribuidas a las partes.²²³ De esta forma, la determinación del estándar constituye un mecanismo que permite distribuir los errores judiciales.²²⁴ En esta línea, el estándar probatorio viene a fijar el límite de error que el sistema está dispuesto a tolerar, y esta decisión, dada la importancia de sus consecuencias, debe ser previa y depender de una autoridad distinta al juez de la causa.²²⁵

3.2. Función en el ámbito de la justificación

En un proceso judicial la fundamentación de la sentencia constituye no sólo una exigencia, sino una garantía fundamental de un Estado de Derecho, que constituye fundamento mismo de la legitimidad de los jueces.²²⁶ De esta forma, es en la sentencia donde el tribunal da cuenta de los motivos por los cuales estimó unos medios probatorios y desestimó otros, lo cual da lugar al ámbito de la justificación de la decisión, ya que en esta fase el tribunal responde a la pregunta de por qué una hipótesis determinada se encuentra más o menos confirmada, o por qué resulta más o menos probable que otra. Es en este punto en que los estándares probatorios se convierten en el instrumento específico que permiten al juez, conforme al margen de error que la ley le otorga, explicar su *ratio decidendi*.²²⁷

Teniendo en consideración lo anterior, MONTERO LÓPEZ sostiene que la utilización de estándares permite explicar, en contexto de justificación, los motivos por los cuales el material probatorio es suficiente o insuficiente para “tener por probada” o para “tener por no probada” la hipótesis o los enunciados sobre los hechos. Por lo tanto, una motivación adecuada de parte del tribunal requiere hacerse cargo de tres elementos: no refutación, confirmación y mayor confirmación que cualquier otra hipótesis²²⁸ expuesta en el proceso.

²²² GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p. 131.

²²³ En este sentido, véase: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 135.

²²⁴ STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. Oxford University Press, Oxford, 2005. ISBN 978-0198257363. pp. 133-134.

²²⁵ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., p. 50.

²²⁶ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., p. 95.

²²⁷ *Ibíd.* p. 96.

²²⁸ *Ibíd.* pp. 96-97.

Dicho autor concluye que la justificación de la decisión estará incompleta si no se justifica con la concurrencia de los elementos que componen el estándar aplicado. Igualmente, la aplicación de ese estándar permitirá controlar la decisión adoptada y justificada, externa e internamente, a través de los mecanismos formales del sistema específico, siendo posible controlar el razonamiento probatorio mediante la interposición de recursos. Al respecto, FERRER BELTRÁN sostiene que “en la apelación, por ejemplo, el tribunal deberá revisar la decisión apelada a partir de su motivación, controlando si la valoración individual de las partes fue adecuada, si en la valoración de conjunto se atribuyó un grado de corroboración correcto a las distintas hipótesis en conflicto en el proceso, y si se aplicó de un modo apropiada el estándar de prueba que regula esa decisión para determinar si ese grado de corroboración es suficiente o no para considerar probada alguna de las hipótesis fácticas”.²²⁹ De esta manera, las partes intervinientes en el proceso podrán argumentar errores en la identificación del estándar de prueba aplicable, o, incluso, errores en la aplicación de este.²³⁰

Sin embargo, y a pesar de la existencia del derecho al recurso, este tipo de control y las alegaciones vertidas en el proceso, no serán adecuadas si los criterios de suficiencia probatoria, en relación con la etapa de justificación de la decisión, no están predeterminados y conocidos. Por lo cual, la indeterminación del umbral de suficiencia probatoria vacía de contenido al propio derecho al recurso que poseen las partes del proceso.²³¹

Finalmente, la fiscalización se efectúa en el contexto de la justificación, dado que ésta hace referencia a las razones por las que un enunciado ha sido aceptado como verdadero o tenido por verdadero.²³²

4. Tipos o categorías de estándares de prueba: Definiciones y características

A continuación, serán explicados los diferentes tipos o categorías de estándares de prueba que son mayormente conocidos por la comunidad jurídica y que nos serán útiles para la construcción del estándar de prueba aplicable a los procedimientos de familia.

4.1. El estándar de prueba: Más allá de toda duda razonable

El estándar probatorio conceptualizado como más allá de toda duda razonable o *beyond any reasonable doubt*, es el único estándar de prueba que encontramos expresamente mencionado en la

²²⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción – Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 111.

²³⁰ *Ibíd.* p. 114.

²³¹ *Ibíd.* p. 114.

²³² *Ibíd.* p. 97.

legislación chilena²³³ pues, como se explicó anteriormente, el legislador por medio de la reforma procesal penal introdujo un estándar probatorio, recogiendo positivamente una norma que en forma expresa así lo contempla, específicamente en el artículo 340 del CPP, el cual prescribe que:

“Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

El establecimiento de este estándar no ha estado exento de críticas, especialmente por tratarse de un modelo extrapolado del extranjero sin mayores afinamientos ni contenido claro.²³⁴ Debido a lo anterior, importantes autores se han referido a este estándar, citando algunas sentencias norteamericanas, indicando que “duda razonable no es mera duda posible; porque todo lo que se relaciona con los asuntos humanos, y dependiendo de la evidencia moral, está abierto a alguna duda posible o imaginaria. Es el estado del caso que, después de toda la completa comparación y consideración de toda la evidencia, deja las mentes de los jurados en tal condición que no pueden decir que sienten llegar a una convicción, a una certeza moral de la verdad de cargo (...)”²³⁵, y, que, “para ser culpable de un delito se debe probar que uno es culpable *más allá de una duda razonable*. Una duda razonable que justificaría absolución es una duda basada en la razón y que surja de la evidencia o la falta de evidencia, y es la duda que un hombre o una mujer razonable podría abrogar, y no lo es una duda rebuscada ni imaginada, no la duda que un jurado podría hacer aparecer para evitar realizar una tarea o de un deber desagradable. Duda razonable es una duda que llevaría a las personas prudentes a dudar antes de actuar en materias de importancia para ellos mismos. Es una duda basada en evidencia o falta de evidencia (...)”²³⁶

Resulta entonces manifiesto que tanto bajo el Código de Procedimiento Penal, como en el CPP, ahora bajo la fórmula legal de la “duda razonable”, se ha ido configurando un concepto de estándar probatorio de características eminentemente subjetivas, que vincula conceptualmente la prueba de un hecho con la adquisición por parte del tribunal de un estado mental consistente en la creencia de la ocurrencia de

²³³ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., p. 44.

²³⁴ BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. Op. cit., p. 463.

²³⁵ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *El juicio oral*. Santiago, Chile: Metropolitana, 2001, p. 267, refiriéndose a la sentencia *Sandoval v. California* (1994). En: MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*, Op. cit., p. 107.

²³⁶ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. Pp. 81-82, refiriéndose a la sentencia *Johnson v. Louisiana* (1972). En: MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., p. 107.

ese hecho, la que se mantiene “en forma soterrada”, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.²³⁷ En este sentido, en el Derecho Anglosajón, cuna del *reasonable-doubt standard*, éste es comprendido en términos preeminentemente subjetivos, vale decir, entendiendo que el adjudicador se encuentra frente a una duda razonable cuando se haya ante una “duda fundada sobre la base de la razón y el sentido común (...)”²³⁸, en que en ningún caso se intenta alcanzar la certeza absoluta o certeza científica acerca de los hechos, sino más bien una convicción o certeza moral exenta de prejuicios.

En contraposición a las críticas efectuadas por esta parte de la doctrina, MONTERO LÓPEZ sostiene que “el estándar de convicción establecido en la normativa chilena del CPP, debe tener un contenido objetivo, centrado en el proceso probatorio y no en el fuero interno del juzgador, basado en el modelo epistemológico, construido sobre una base racional destinada a la averiguación de la verdad”.²³⁹ A su vez, AYALA LEGUAS afirma que “desde esta perspectiva objetiva-epistémica, el artículo 340 del CPP se llena de contenido en la medida que se exija que en el proceso probatorio la convicción, más allá de toda duda razonable, supere un alto grado de demostración lógico inductivo del enunciado sobre la culpabilidad; y que una vez corroborado sólidamente la hipótesis de la acusación, no exista al mismo tiempo un mediano apoyo lógico inductivo al enunciado de inocencia”.²⁴⁰

Siguiendo esta línea, este estándar de prueba es ampliamente aceptado por la doctrina actual, teniendo en consideración que para condenar a una persona es preciso llegar a la convicción sobre su responsabilidad penal, lo cual no ocurre cuando se perciben dudas a su respecto.²⁴¹ Conforme a ello, consiste en “un estándar particularmente elevado y que ha sido adoptado para el proceso penal en atención a razones de naturaleza ético-políticas, pues se busca que el juez sólo pueda condenar a un imputado cuando alcance un nivel de certeza alto respecto de su culpabilidad, debiendo absolverlo en caso de presentarse dudas razonables que abran espacio a su posible inocencia”²⁴², de manera tal que los bienes jurídicos en disputa establecen un escaso porcentaje de falsos positivos, es decir, inocentes condenados. Por lo tanto, “lo que se espera es disminuir el tipo de errores en que pueda condenarse a un inocente por sobre el tipo de error que tenga como resultado la absolución de un culpable, puesto que de acuerdo a la *policy* aplicada, es

²³⁷ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. La fundamentación de la declaración de los hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, **19** (2): 9-26, 2006. ISSN 0716-9132. p. 19.

²³⁸ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl y CASTILLO VIAL, Ignacio. El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. Op. cit., p. 100.

²³⁹ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., pp. 109-110.

²⁴⁰ AYALA LEGUAS, José Luis. *Duda Razonable: racionalidad en la convicción penal*. 1ª ed. Santiago, Chile: Librotecnia, 2014. ISBN 9789563271201. p. 127.

²⁴¹ DELGADO ALATA, Dante. Duda razonable y estándar de prueba penal apuntes introductorios. *Revista Postgrado Scientiarvm*, **2**(1): 9-15, 2016. ISSN 2411-8826. p. 9.

²⁴² JARA ASTUDILLO, Nadia y VIGNEAUX RAMÍREZ, Cristián. *Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Op. cit., p. 24.

socialmente más aceptable la absolución de un culpable que la condena de un inocente²⁴³, motivo por el cual es posible vislumbrar la estrecha vinculación de este estándar con principios fundamentales del proceso penal como lo son las garantías procesales que establece el sistema jurídico para el imputado.

BELTRÁN CALFURRAPA, agrega a lo anterior, que este estándar sirve para respetar el principio de inocencia y establecer el deber de motivar la *questio facti* respecto de las diversas hipótesis explicativas en el juicio penal²⁴⁴, siendo este uno de los mayores umbrales que pueden encontrarse para efectos de aceptarlas.

Por último, en cuanto a la configuración de la fórmula *beyond any reasonable doubt* utilizada en tribunales norteamericanos, esta expresa la exigencia de que la culpabilidad del imputado sea demostrada con un altísimo grado de confirmación, prácticamente equivalente a la convicción²⁴⁵, considerando principalmente los bienes jurídicos en juego, y, constituyendo una expresión más del debido proceso, propia de los modelos garantistas.²⁴⁶

4.2. El estándar de prueba: Probabilidad prevaleciente o preponderancia de la evidencia

En los países de la tradición del *common law*, específicamente Inglaterra, Canadá, Estados Unidos y Australia, se contempla para la decisión respecto de la determinación de los hechos por el tribunal al menos dos estándares probatorios. Para materias penales se utiliza el mismo que nuestro sistema procesal penal consagra en el artículo 340 del CPP, y para materias civiles, se contempla el estándar de *preponderance of evidence* o *balance of probabilities*. Ambos estándares son concebidos por la comunidad jurídica de dichos países como parte de un mismo continuo, siendo cada uno un extremo; el primero es concebido como el estándar más exigente que los sistemas procesales pueden contemplar, al acercarse a la plena certeza, mientras que el segundo es el más bajo, aquel mínimo de evidencia disponible con la cual debe contarse para resolver un asunto²⁴⁷ y en donde el error se distribuye igualitariamente.

En nuestro país, y a pesar de que en materia de estándares de prueba el legislador del CPC no entregó norma expresa alguna, limitándose a regular los requisitos de las sentencias²⁴⁸, la justicia utiliza la

²⁴³ *Ibíd.* p. 24.

²⁴⁴ BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. *Op. cit.*, p. 455.

²⁴⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. 1ª ed. Santiago, Chile: Metropolitana, 2009. ISBN 9789562860956. p. 274

²⁴⁶ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Op. cit.*, p. 489.

²⁴⁷ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. *Op. cit.*, p. 187.

²⁴⁸ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. *Op. cit.*, p. 114.

probabilidad prevaleciente, o, indistintamente, la preponderancia de la evidencia, como el estándar de prueba aplicable a los conflictos de naturaleza civil.

Así las cosas, la probabilidad prevaleciente es generalmente definida como un umbral probatorio que autoriza a un tribunal a dar por establecido determinados hechos cuando, de la prueba o evidencia que ha sido presentada frente a él, es más probable que el hecho haya ocurrido a que no haya ocurrido. Se trata, entonces, de un estándar que apela derechamente a la probabilidad de la ocurrencia de un hecho basado en un antecedente concreto que es la prueba disponible de ambas partes.²⁴⁹

Ahora bien, en términos probabilísticos, el presente estándar establece una regla de $P > 0,5$, esto es, que una hipótesis sobre los hechos en juicio se entiende aceptada siempre que supere como grado de confirmación de 0,5 de probabilidad de ser correcta (en una escala del 0 al 1).²⁵⁰ Sin embargo, otro modo de entenderlo es tomando la probabilidad de ocurrencia en un 50% como barrera mínima para aceptar una proposición. En efecto, este estándar estaría configurado por dos reglas que trabajan de forma coetánea; la regla del más probable que no y la de prevalencia de la probabilidad, por consiguiente, el juez ante una multiplicidad de hipótesis sobre un mismo hecho²⁵¹, determinará que una proposición fáctica es verdadera en la medida que esta venga más apoyada por los medios de prueba al momento de adjudicar la decisión sobre los hechos.²⁵²

Por ello es que la doctrina ha encasillado este estándar en el 51% o más, debido a que como se trata de un mecanismo inspirado por un juicio de probabilidad, cualquier probabilidad debe partir de un umbral mínimo de calidad que en este caso es graficado por el 50%.²⁵³ Dicho de otro modo, el juez sólo está autorizado a dar por probado un hecho cuando, en base a la evidencia, concluye que es más probable que haya ocurrido a que no haya ocurrido, siempre que la prueba disponible satisfaga requisitos de suficiencia mínimos que hagan que la probabilidad de ocurrir el hecho llegue al menos al 50%. Por el contrario, si esa probabilidad es menor al 50%, entonces estamos frente a sólo una posibilidad y el juez no está autorizado a declarar que ha sido acreditado²⁵⁴ o probado.

Adicionalmente, la probabilidad prevaleciente se ha considerado como el estándar mínimo en tanto “un estándar menos exigente implicaría que se debiera tener por probada una hipótesis menos corroborada

²⁴⁹ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., p. 188.

²⁵⁰ LARROUCAU TORRES, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. Op. cit., p. 784.

²⁵¹ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., p. 86.

²⁵² TARUFFO, Michele. *La prueba*. (Trad.) Laura Manríquez y Jordi Ferrer. Madrid, España: Marcial Pons, 2008. ISBN 52599-2008. p. 138.

²⁵³ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., p. 188-189.

²⁵⁴ *Ibíd.* pp. 188-189.

(...)”²⁵⁵, lo que llevaría a resultados irracionales. Como se señaló anteriormente, un estándar probatorio no sólo fija el grado de exigencia, sino también establece cómo se distribuirán los errores. La particularidad del estándar de probabilidad prevaleciente es que establece la misma tolerancia tanto para los falsos positivos como para los falsos negativos ya que “(...) el riesgo de error se distribuye igualmente, de modo que el riesgo de error al tener por probada en un caso una proposición, es simétrico al riesgo de error al no declararla probada (...)”.²⁵⁶ A modo de ejemplo, en un procedimiento sancionatorio que se rija por un estándar de prueba prevaleciente, serán igualmente indiferentes tanto el riesgo de sancionar a un sujeto inocente (falso positivo) como el riesgo de no sancionar a uno culpable (falso negativo).

Este modelo de estándar, al establecerse como uno en donde la racionalidad figura como el elemento primordial en su configuración, debe cumplir con varias premisas al momento de su aplicación. Primero que todo, la decisión del juez deberá descansar en una elección de la hipótesis de los hechos considerada verdadera dentro del proceso, entre varias otras hipótesis acerca de los hechos sustentadas por los litigantes, es decir, el juez debe haber considerado que determinada hipótesis tenía mayores probabilidades de ser cierta en comparación a las demás. En segundo término, dicha elección del juez debe ser guiada por criterios racionales que no tengan relación con meros subjetivismos u otros factores que aludan a la íntima convicción del sentenciador. Y, en tercer lugar, la elección del adjudicador debe ser considerada razonablemente verdadera en atención a las pruebas que figuran en el respectivo juicio, pues sólo puede darse por relativamente verdadero aquello que ha sido comprobado mediante las evidencias aportadas.²⁵⁷

4.3. El estándar de prueba: prueba clara y convincente

El sistema jurídico estadounidense, a diferencia de Inglaterra, Australia y Canadá, ha elaborado e incorporado un tercer estándar probatorio denominado *clear and convincing evidence*²⁵⁸, que puede ser entendido en el sentido de que el juez está autorizado a dar por probado un hecho cuando de la evidencia disponible se desprenda que es “mucho más probable o altamente probable de que haya ocurrido a que no haya ocurrido el hecho (...)”²⁵⁹ en comparación a la preponderancia de la evidencia que solo exigiría que sea “más probable que haya ocurrido a que no haya ocurrido”.

²⁵⁵ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. Op. cit., p. 486.

²⁵⁶ *Ibíd.* p. 487.

²⁵⁷ Para profundizar en relación a lo expuesto sobre estándar de probabilidad prevaleciente véase: TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, **38** (114): 1285-1312, 2005. ISSN 0041-8633; VAN HASSELT GARRIDO, Roberto. El estándar de prueba en materia infraccional. Análisis Jurisprudencial. Op. cit., pp. 218-219 ; y LARROUCAU TORRES, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. Op. cit. pp. 789-792.

²⁵⁸ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., pp. 191-192.

²⁵⁹ CLERMONT, Kevin. Standards of Proof in Japan and the United States, *Cornell International Law Journal*, vol 37: pp. 263-284. 2004. p. 268.

Dicho esto, el estándar probatorio de *clear and convincing evidence*, o también denominado prueba clara y convincente, se utiliza como una versión intermedia entre la preponderancia de la evidencia y el estándar de más allá de toda duda razonable.²⁶⁰ En efecto, se trata de una regla cuyo nivel de severidad es intermedio, vale decir, superior al de la probabilidad prevaeciente ocupada para casos civiles ordinarios, pero inferior al exigente estándar de “más allá de toda duda razonable” aplicado a casos penales.²⁶¹ De esta forma, constituye un estándar que evoca un mayor umbral de exigencia probatoria y que está destinado a ser aplicado en materias en donde el riesgo de una decisión errónea por parte del sistema judicial puede tener consecuencias extremadamente graves, por tanto, se aplica en casos relacionados con procedimientos para declarar interdicta a una persona, limitación al régimen de visitas, alternación del régimen de cuidado personal, entre otros.²⁶²

Ahora bien, para establecer enunciados declarativos de hechos probados se requiere de elementos de confirmación claros y convincentes. Por un lado, la claridad tiene como finalidad despejar cualquier noción sustentada en la ambigüedad, en elementos contradictorios, equívocos o vagos.²⁶³ Por otro lado, en palabras de BELTRÁN CALFURRAPA, la evidencia es convincente “en el sentido de que es tan razonable y persuasiva como para hacer que cualquiera la crea”.²⁶⁴ Así pues, la convicción dice relación con la calidad, robustez y contundencia que deben obrar en los elementos de corroboración lógica para declarar probado, en forma satisfactoria, un enunciado fáctico específico.²⁶⁵

Teniendo en consideración lo anterior, en términos matemáticos o estadísticos, se espera una medida más exacta y precisa que el estándar de preponderancia de la evidencia, pero sin dotarlo de un contenido claro más allá de asegurar la exigibilidad de un nivel de convencimiento cercano al $60\% \leq 65\%$ de probabilidad²⁶⁶, sosteniendo algunos autores que esta se extiende incluso hasta $P > 0,75$ ²⁶⁷ (opinión que compartimos), por lo que la homogeneidad en términos matemáticos difiere dependiendo de la postura doctrinal, lo cual nos hace recordar que “a pesar de que se disponga de estándares de prueba metodológicamente bien formulados (...) siempre cabrá la posibilidad de que un caso concreto caiga en la

²⁶⁰ LARROUCAU TORRES, Jorge. *Hacia un estándar de prueba civil*. Op. cit., p. 791.

²⁶¹ VILLAGRA CASTILLO, Eduardo. *Hacia la formulación de un estándar de prueba cautelar aplicable a la prisión preventiva desde la mirada de la presunción de inocencia*. Op. cit., p. 401.

²⁶² FUENTES MAUREIRA, Claudio. *Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil*. Op. cit., pp. 191-192.

²⁶³ VILLAGRA CASTILLO, Eduardo. *Hacia la formulación de un estándar de prueba cautelar aplicable a la prisión preventiva desde la mirada de la presunción de inocencia*. Op. cit., p. 401.

²⁶⁴ BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*. Op. cit., p. 471.

²⁶⁵ VILLAGRA CASTILLO, Eduardo. *Hacia la formulación de un estándar de prueba cautelar aplicable a la prisión preventiva desde la mirada de la presunción de inocencia*. Op. cit., p. 402.

²⁶⁶ HAMILTON ECHAVARRI, María. *Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre competencia, y rol de la Corte Suprema*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2018. P. 40.

²⁶⁷ LARROUCAU TORRES, Jorge. *Hacia un estándar de prueba civil*. Op. cit., p. 791.

zona de vaguedad y, por tanto, haya dudas de si se cumple o no lo requerido por el estándar de prueba para poder considerar probada la hipótesis”.²⁶⁸ Así, siguiendo a LARROCAU TORRES, el estándar de “la prueba clara y convincente” es aquel que aumenta el umbral de exigencia establecido en el estándar de prueba de “probabilidad prevaleciente” de $P > 0,5$ a $P > 0,75$.²⁶⁹ Es un estándar intermedio entre el civil y el penal, el que se eleva por la gravedad del resultado y no por la gravedad de los hechos, es decir, el estándar de prueba clara y convincente exige del juez civil un estudio acabado de las circunstancias, con prueba que supere la regla de “más probable que no”.²⁷⁰ De esta forma, al constituirse como un estándar más exigente también requiere de un mayor grado de evidencia ya que el sistema elabora un umbral más alto para tener por acreditado la proposición fáctica; siendo así que este tipo de estándar le establece una carga procesal excesiva al demandante porque la probabilidad de acoger la demanda sobre hechos erróneos perjudica enormemente al demandado²⁷¹, por tanto, no se distribuye el error de forma igualitaria.

A modo de ejemplo, este estándar es empleado en algunos casos civiles específicos como la cesación de los derechos paterno-filiales, las cuestiones relacionadas con la ciudadanía, el contenido de un testamento²⁷², entre otros. También, la aplicación de este estándar tiene lugar en las sucesiones por causa de muerte²⁷³, pues el reparto de riesgo de error puede producirse en cualquier esfera de los hechos donde los intereses de los particulares se vean potencialmente afectados.

Finalmente, ahondaremos en el estándar de prueba clara y convincente en el siguiente capítulo de este trabajo, puesto que dicho estándar, como ya hemos adelantado, ha sido aplicado en casos donde merecen atención los intereses jurídicos en disputa y, por ende, resulta importante la decisión legislativa de distribuir asimétricamente el riesgo de error en el proceso según sea la intención del legislador de tutelar ciertos errores

²⁶⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción – Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 240.

²⁶⁹ LARROCAU TORRES, Jorge. *Hacia un estándar de prueba civil*. Op. cit., p. 791.

²⁷⁰ *Ibíd.* pp. 791-792.

²⁷¹ SOTO LECAROS, Marcos. *Aproximación a la discusión de la determinación de los hechos y el estándar probatorio en los procedimientos en la judicatura del derecho de familia chileno. Límites del juez de familia*. [en línea]. Academia Judicial, Programa de Extensión, 2021. P. 18. [Fecha de consulta: 20 de junio de 2022]. Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/10/AJ_Aproximacion_al_a_discusion_de_la_determinacion_de_los_hechos_y_el_estandar_probatorio.pdf.

²⁷² En este sentido véase: LARROCAU TORRES, Jorge. *Hacia un estándar de prueba civil*. Op. cit., p. 791; BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*. Op. cit., p. 47.

²⁷³ “El estándar de prueba ‘clear and convincing’ fue usado, por primera vez, por la Corte de Apelaciones de Nueva York cuando debió resolver un caso sobre el derecho a la muerte. El Juez Wachtler definió el estándar señalando que ‘Clear and convincing proof should... be required in cases where it is claimed that a person, now incompetent, left instructions to terminate life sustaining procedures when there is no hope of recovery’ [Se debe exigir prueba clara y convincente en los casos en que se alegue que una persona, ahora incompetente, dejó instrucciones para terminar los procedimientos de mantenimiento de la vida cuando no hay esperanza de recuperación]. El mismo estándar fue luego utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el conocido caso sobre el derecho a la muerte *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990)”. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl y CASTILLO VIAL, Ignacio. *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*. Op. cit., p. 101. Traducción libre.

por sobre otros.²⁷⁴ Ambas situaciones son relevantes para entender por qué en los procedimientos en sede de familia que involucren bienes jurídicos relativos a los derechos de los NNA como lo son los procedimientos de cuidado personal, relación directa y regular, alimentos y vulneración de derechos, así como, que se refieran al reproche social involucrado en casos de divorcio sanción o por culpa, o, incluso, cuando se afecte el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica dentro de los miembros del grupo familiar, como es el caso de VIF; es necesario que se busque un umbral de suficiencia probatoria mayor que, de acuerdo a lo que sostendremos, debería ser el estándar intermedio de prueba clara y convincente.

²⁷⁴ En este sentido, “las estimaciones sociales sobre la gravedad del error de la condena falsa pueden ser muy distintas en función de las consecuencias jurídicas que el derecho prevea; las valoraciones sobre la gravedad del error de la absolución falsa también pueden ser diversas en función de los bienes en juego, de la posibilidad de otro tipo de reparaciones, de la generación o no de situaciones generalizadas de impunidad y de otros muchos factores”. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 206.

CAPÍTULO IV. CONSTRUCCIÓN DE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

1. El estándar de prueba en el derecho de familia

En el derecho chileno, como se ha analizado, sólo el estándar penal se encuentra codificado y el legislador no ha realizado la labor de determinar los estándares de prueba aplicables en procedimientos reformados. Particularmente en materia de familia, donde los bienes jurídicos en juego no son puramente pecuniarios a diferencia del proceso civil, pero tampoco llegan, como en el caso penal, a limitar al menos de forma permanente derechos consagrados en nuestra Constitución como lo es la libertad personal (artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República de Chile).²⁷⁵

De esta manera, el análisis del concepto de estándar de prueba en materia de familia se trata de una discusión que ni siquiera es completamente comprendida por parte importante de los operadores del sistema, incurriendo en una sensible omisión que ha sido constatada habitualmente en sistemas de prueba reglada o tasada, como ocurre en el caso del régimen civil bajo el actual CPC.²⁷⁶ En este sentido, la aplicación supletoria del CPC y la naturaleza privada que se suele atribuir al derecho sustantivo de familia permiten plantearse la pregunta respecto de cuál es el estándar general aplicable a los procedimientos previstos en la LTF, ya sea si siguiendo la tendencia natural por la alternativa de la probabilidad prevaleciente del proceso civil, o si, por el contrario, debería existir un baremo distinto en causas en que los intereses jurídicos en disputa puedan participar de una naturaleza que desborde el derecho civil patrimonial, como ocurre con diversas materias de competencia de los Juzgados de Familia y que se ilustran en procedimientos de cuidado personal, relación directa y regular, alimentos, divorcio sanción o por culpa, vulneración de derechos y VIF, en donde se ejerce una potestad sancionadora por parte de la judicatura.²⁷⁷

Siguiendo esta premisa, por un lado, se entiende que el estándar de prueba constituye una decisión política-valorativa, que debe ser determinada por el legislador en función de la aversión al riesgo de errores en un determinado tipo de proceso, en razón de cómo se quieran distribuir las decisiones equivocadas respecto a que un determinado enunciado sobre los hechos esté o no probado (está probado que p) y las consecuencias de dicha decisión en la aplicación del derecho según corresponda, configurando la decisión sobre el caso controvertido²⁷⁸; y, por otro lado, siguiendo a RAMOS PAZOS, se entiende que el derecho de familia es definido como una rama del derecho privado, que, sin embargo, se encuentra provisto de un alto

²⁷⁵ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., p. 51.

²⁷⁶ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. Op. cit., p. 111.

²⁷⁷ *Ibíd.* p. 111.

²⁷⁸ *Ibíd.* p. 112.

contenido de carácter no patrimonial²⁷⁹, pues establece la regulación de los aspectos más esenciales de las relaciones filiales y afectivas del ser humano.

Dado lo anterior, surge la pregunta de si la sociedad chilena está dispuesta, para todas las materias de familia, sin discriminación, a exigir el mismo nivel de certeza respecto de los hechos alegados por las partes, bastando para ello satisfacer un estándar de un 51% de probabilidad; o, si entiende que es deseable establecer materias en las que se estima que requieren una mayor probabilidad.²⁸⁰ La diferencia de trato puede estar justificada en consideraciones de diversa índole como lo serían aquellas materias en donde el sistema judicial sólo realiza una labor de simple verificación del cumplimiento de ciertos requisitos legales, como lo son los casos de divorcio de mutuo acuerdo o unilateral por cese de convivencia contemplados en la LTF, en donde el sistema no está realmente preocupado por el posible error en que se pueda incurrir, sino que simplemente debe verificar que la ley no sea burlada.²⁸¹ Sin embargo, podría establecerse un estándar probatorio más alto para el cambio de cuidado personal cuando una institución estatal sostenga que el niño debe ser cuidado por el Estado, en la medida en que los valores que nuestro Código Civil (en adelante, CC) refleja supone que la situación óptima es que los niños sean cuidados por sus padres preferentemente²⁸² (artículo 225 del CC).

Pues bien, en cuanto discusión sobre cuál estándar a aplicar en el derecho de familia, a nivel jurisprudencial, se ha entendido que el estándar de la duda razonable debe quedar reservado al proceso penal y que es la probabilidad prevaleciente el umbral de suficiencia aplicable en el derecho de familia.²⁸³ No obstante, los tribunales no se encuentran contestes en este asunto, por lo que han señalado que en causas de naturaleza sancionatoria el estándar debe ser medio. En este sentido, resulta pertinente referirnos a una sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica que, conociendo una causa sobre VIF señaló:

“Cuarto: Que, la actividad probatoria en el contexto de sana crítica impone, asimismo, la necesidad de contar con algún estándar de prueba, que nos indique cuándo el juez está autorizado racionalmente para considerar que un hecho está probado, atendido el grado de confirmación que tiene en los medios de prueba.

²⁷⁹ RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Tomo II, 7ª ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. ISBN 9789561020351. pp. 14-17.

²⁸⁰ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., p. 200.

²⁸¹ *Ibíd.*, p. 200.

²⁸² *Ibíd.*, pp. 200-201.

²⁸³ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. Op. cit., p. 112.

*Reconocemos la inexistencia de un parámetro legal al efecto. Sin embargo, ello no impide que el juzgador fije uno que resulte adecuado al sistema probatorio impuesto. Como se trata de una decisión a favor del rigor científico (búsqueda de la verdad, de la certeza), estimamos que en la especie se puede exigir un estándar de prueba de probabilidad media, advirtiendo, no obstante, que la naturaleza especial de este tipo de conflictos, su carácter sancionatorio y las consecuencias jurídicas que conlleva la sentencia condenatoria, podría llevarnos a sostener igualmente un estándar de probabilidad alta. El estándar de probabilidad media, que se traduce bajo la fórmula “más probable que no”, implica una elección entre las diversas hipótesis fácticas en juego, prefiriendo aquella que cuente con un grado relativamente más elevado de probabilidad, en razón de las pruebas que lo apoyan, debiendo, en todo caso, existir un grado mínimo necesario de confirmación probatoria, que se puede significar en una cifra equivalente, a lo menos, al 51% de probabilidad”.*²⁸⁴

Asimismo, este criterio ha sido confirmado en data reciente por la Corte de Apelaciones de Concepción que en un asunto sobre VIF expresó:

*“Por otra parte, quien realiza la imputación debe aportar los antecedentes necesarios al proceso, en la etapa procesal correspondiente, para los efectos de formar convicción en el sentenciador –a lo menos con el estándar de preponderancia de la evidencia – acerca de la existencia de los hechos denunciados”.*²⁸⁵

A mayor abundamiento, LLORENS CARRASCO ha sostenido que los Tribunales de Familia ante la carencia un estándar han tendido a utilizar, en casos extremos, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable y, de forma más regular, el de probabilidad prevaleciente; siendo este último considerado por aplicación supletoria del CPC.²⁸⁶ Por tanto, resulta ser de especial relevancia que, en una causa de familia referida a divorcio sanción y compensación económica²⁸⁷, en la cual se invocaba la causal regulada en el artículo 54 N°1 de la Ley N°19.947 que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil (en adelante, NLMC), el tribunal hace aplicable el estándar penal, por lo que la prueba en este caso debió ser suficiente para tener por probada la hipótesis de atentado grave contra la vida o la integridad física o psíquica de la mujer, siendo este el bien jurídico protegido. En consecuencia, el juez en vista de las circunstancias concomitantes al caso

²⁸⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de Arica, en causa Rol N°73-2010, C°4, de fecha 23 de agosto de 2010. Identificador Vlex: VLEX-226580907. [Fecha de consulta: 05 de abril de 2022].

²⁸⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol N°405-2017, C°13, de fecha 04 de septiembre de 2017. Identificador Vlex: VLEX-696546597. [Fecha de consulta: 22 de abril de 2022].

²⁸⁶ LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., pp. 40-44.

²⁸⁷ Causa Rit N°F-224-2014 del Juzgado de Letras y Familia Los Lagos. En: LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., p. 43.

y la evaluación de los bienes jurídicos en juego sostiene que la presunción de inocencia tiene preponderancia, aplicando por esta razón un umbral lo suficientemente alto ante el temor de incurrir en un falso positivo, es decir, sancionar a un sujeto inocente.

Siguiendo el mismo análisis, podemos encontrar igualmente en otra sentencia respecto a una denuncia por actos de VIF, que el juez de familia utiliza no solo expresiones propias del derecho penal, sino que además adopta dicho umbral en la decisión del conflicto,²⁸⁸ argumentando que:

*“Así las cosas surge una duda más que razonable en cuanto a la existencia de los hechos denunciados y a que el daño psicológico que presenta la víctima provenga de un nuevo episodio entre las partes y no sea el resultado de la ausencia de una reparación efectiva respecto de situaciones vivenciadas durante el período de convivencia habida entre éstas, concluido hace más de un año, respecto de los cuales ya ha existido una condena en contra del denunciado”.*²⁸⁹

En estos casos la aplicación del estándar más allá de toda duda razonable es una decisión que a todas luces parece excepcional dado que no estamos ante un procedimiento penal, pero no hace más que demostrar la necesidad de un estándar codificado en esta materia, pues el juez en dichas causas toma un rol activo,²⁹⁰ siendo así que, la determinación del estándar no puede quedar sujeta a la elección que realice el juez de turno, sino que debe referirse a una decisión político-normativa, que fije o determine parámetros de afectación a los bienes que estamos dispuestos a aceptar como protegidos en caso de error, los cuales podrán variar, dependiendo de la materia y las características del proceso.²⁹¹ De esta forma, “el estándar de prueba es una herramienta que tiene el Poder Legislativo que es muy poderosa a la hora de establecer o materializar políticas institucionales en que se busque incentivar o desincentivar el litigio en ciertas materias ya sea para resguardar ciertos valores socialmente relevantes, para dar utilidad o vigencia a ciertos derechos”²⁹², o para distribuir el error judicial.

La inexistencia de la consagración normativa de una regla de estándar de prueba civil, así como el criterio jurisprudencial evidenciado, impone la dificultad de determinar el estándar de prueba aplicable en el derecho de familia²⁹³, considerando, además, que los estándares tradicionales como el de más allá de toda duda razonable y el de probabilidad prevaeciente resultan no ser adecuados para ser aplicados en esta

²⁸⁸ LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., p. 44.

²⁸⁹ Causa Rit N°F-109-2015, Juzgado de letras y Garantía Paillaco. En: LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., p. 44.

²⁹⁰ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., p. 52.

²⁹¹ LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., p. 44.

²⁹² FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., pp. 178-179.

²⁹³ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. Op. cit., p. 113.

materia, debido a que el estándar a aplicar no puede ser inferior al de probabilidad prevaleciente, pues carecería de total legitimidad el veredicto emitido por el tribunal, y tampoco sería posible aplicar este estándar dado que en los procedimientos de familia no se discuten cuestiones netamente patrimoniales; y, a su vez, es imposible exceder el estándar de más allá de toda duda razonable, por consistir este último en el umbral más exigente previsto tanto a nivel nacional como internacional.

Considerando todo lo anteriormente expuesto, para determinar el estándar de prueba en esta materia debemos analizar si es que son equiparables, desde la perspectiva del valor de los bienes jurídicos en juego y la relevancia del error, diversos procedimientos de competencia de los Tribunales de Familia. Conforme a ello, establecer un estándar de prueba nos permitirá dotar a la decisión de legitimidad, permitiendo que tanto el juez como las partes puedan proyectar los requisitos necesarios para que las pretensiones que deban ser acreditadas como supuestos de hecho se dirijan a satisfacer este umbral²⁹⁴, considerando, que, a nuestro juicio, en ciertos procedimientos del derecho de familia, el estándar probatorio debería ser el estándar intermedio, vale decir, *clear and convincing evidence* (prueba clara y convincente) que sirve de línea medianera entre el estándar civil y el penal.

2. Los bienes jurídicos protegidos en los diferentes procedimientos y su implicancia para la determinación del estándar de prueba

Una vez analizadas las diversas categorías de estándares de prueba existentes, y además, algunos de los procedimientos contemplados en la LTF, cabe preguntarse si ese nivel o grado de prueba, que de manera supletoria correspondería a la probabilidad prevaleciente, es suficiente o debiera ser el mismo para todo conflicto a resolver por el tribunal.

Sobre este punto, surgen diversas interrogantes, las cuales, según MONTERO LÓPEZ, se pueden expresar de la siguiente manera: “¿Debe acaso llegarse a un mismo nivel de suficiencia del convencimiento en la resolución de un asunto vinculado con una materia sucesoria, que en materia de créditos de dinero?, ¿debe el grado de convicción ser el mismo en una cuestión vinculada con la interdicción de una persona que la requerida para resolver un conflicto sobre un contrato de arrendamiento de un inmueble? A título de ejemplo, en un homicidio, el tribunal debe estar igualmente convencido que otro que debe resolver en un conflicto entre los accionistas de una sociedad anónima, o ¿incluso ese nivel de convicción es el mismo entre distintos asuntos criminales: uno relativo a un secuestro con homicidio, otro referido a una estafa residual y, un tercero atentatorio al honor del afectado?”²⁹⁵ Ahora bien, de acuerdo con este autor, y en un

²⁹⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 112.

²⁹⁵ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Op. cit., p. 68.

sentido negativo, “la posibilidad del error debe entenderse como parte ineludible de una actividad humana como la jurisdiccional (...)”²⁹⁶, por lo tanto, corresponde preguntarse si el error en que puede incurrir el tribunal es igualmente “soportable” en uno u otro ámbito descrito.

Pues bien, teniendo como finalidad la determinación del estándar aplicable en materia de familia y, en consecuencia, la eventual aplicación de un estándar intermedio, es menester analizar los bienes jurídicos en juego en los diferentes procedimientos de familia, así como las perniciosas consecuencias que pueden presentarse para las partes en caso de error judicial.

2.1. Los bienes jurídicos protegidos en los procedimientos ordinarios

En cuanto procedimientos ordinarios, los bienes jurídicos protegidos se deben analizar por cada materia, siendo así permitiente referirnos al cuidado personal, relación directa y regular, alimentos, divorcio (en sus diversas causales) y compensación económica.

a) Cuidado personal

El artículo 8 de la LTF establece la competencia de los Juzgados de Familia, señalando al respecto que “*corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 1) Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes*”.

En esta línea, ACUÑA SAN MARTÍN define el cuidado personal como “el derecho-deber referidos a los cuidados y atenciones diarios y habituales del hijo, que supone la convivencia con éste y habilita al que lo ejerce para tomar las decisiones corrientes y cotidianas que se refieran a aquél, al tiempo que le impone una serie de cargas o deberes”.²⁹⁷ Siendo así que este derecho significa esencialmente la responsabilidad parental sobre el cuidado y protección de los hijos.

b) Relación directa y regular

Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo a mantener con éste una relación directa y regular se encuentran establecidas en el artículo 8 N°2 de la LTF.

De esta forma, esta es una materia legalmente regulada como uno de los derechos-deberes de los padres para con sus hijos. Para RAMOS PAZOS se ocupa la expresión derecho-deber pues “el cuidar, criar y

²⁹⁶ *Ibíd.* p. 68.

²⁹⁷ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. *El cuidado personal de los hijos*. Ed. agosto 2018. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2018. ISSN 9789563469691. p. 60.

educar a los hijos no es solo un derecho o prerrogativa de los padres, sino, y muy fundamentalmente, el cumplimiento de una obligación que les impone su condición de progenitores (...).²⁹⁸ En la misma línea, el derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos es una forma de mitigar los indeseables efectos que para estos produce una ruptura familiar. En especial, el rompimiento de la cotidianeidad a la que un NNA está acostumbrado a experimentar junto a sus padres constituye una de las consecuencias inmediatas que produce la separación.²⁹⁹

c) Alimentos

El artículo 8 N°4 de LTF establece que corresponderá a los Juzgados de Familia conocer y resolver las causas relativas al derecho de alimentos; siendo así que el fundamento del derecho de alimentos se encuentra en la solidaridad familiar. Sin embargo, a diferencia del cuidado personal y la relación directa y regular, el derecho a percibir los alimentos por quienes lo necesitan encuentra además una justificación en el derecho a la vida. Según FUEYO LANERI, “la función económica de este deber legal se encuentra muy bien precisada: hacer posible la existencia de la persona”.³⁰⁰

En sintonía con esta postura, la jurisprudencia ha señalado:

*“Que el derecho de alimentos está encaminado a garantizar la subsistencia del alimentario y su fundamento radica, sin duda, en el derecho a la vida (...).”*³⁰¹

En efecto, es axiomático pensar que suministrar a una persona lo necesario para su sobrevivencia es un aspecto fundamental de la dignidad humana. De ahí su vital importancia para que el derecho de alimentos sea identificado un derecho humano fundamental³⁰² dentro de las labores parentales.

d) Divorcio de mutuo acuerdo y unilateral por cese de convivencia

El artículo 8 de la LTF establece que “corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: (...) 15) Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil”. A su vez, la NLMC en su artículo 53 consagra la institución del divorcio, señalando que “el divorcio pone término al matrimonio, pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella”. Además, en este cuerpo legal se establecen los diversos

²⁹⁸ RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Op. cit., p. 441.

²⁹⁹ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. *El cuidado personal de los hijos*. Op. cit., pp. 3-5.

³⁰⁰ FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho civil*. Santiago, Chile: Imprenta y Litografía Universo, 1959. p. 554.

³⁰¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol N°377-2008, C°1, de fecha 13 de junio de 2008. Disponible en: Westlaw, Thomson Reuters, Cita online CL/JUR/5671/2008. [Fecha de consulta: 11 de octubre de 2022].

³⁰² GREEVEN BOBADILLA, Nel. *Derecho de alimentos como derecho humano y apremios para obtener el cumplimiento*. 1ª ed. Santiago, Chile: Librotecnia, 2018. ISBN 9789563271775. pp. 3-4.

tipos de divorcio existentes en nuestra legislación, dentro de los cuales se encuentran el divorcio por culpa y el divorcio por cese de convivencia, este último pudiendo darse unilateralmente o de mutuo acuerdo.

Conforme a lo anterior, en primer lugar, cuando ambos cónyuges lo piden de común acuerdo (artículo 55 de la NLMC), deben acreditar que ha cesado la convivencia entre ellos durante un lapso mayor de un año y, también, deben acompañar un acuerdo regulatorio (completo y suficiente en los términos definidos en el artículo 27 de la NLMC) de sus relaciones mutuas y para con los hijos, que resguarde el interés superior de los hijos, procurando aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establezca relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.³⁰³ En seguida, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 inciso 3° de la NLMC, cualquiera de los cónyuges puede solicitar el divorcio por haber cesado la convivencia conyugal durante a lo menos tres años.

Ahora bien, en cuanto a la forma de probar el plazo de cese de la convivencia, siguiendo a RAMOS PAZOS y en conformidad al inciso penúltimo del artículo 55 de la NLMC, el cese de la convivencia sólo podrá probarse en la forma que indican los artículos 22 y 25 de la NLMC, esto es: (1) por alguno de los instrumentos que se indican en el artículo 22; (2) por la notificación de la demanda de regulación de sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio y, si hubiere hijos menores, al régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere a su cuidado; (3) cuando no mediando acuerdo ni demanda entre los cónyuges, uno de ellos haya expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos indicados en el artículo 22 y se haya notificado al otro cónyuge, y (4) cuando uno de los cónyuges haya dejado constancia de su intención de poner fin a la convivencia ante el juzgado correspondiente y ello sea notificado al otro cónyuge.³⁰⁴ Sin perjuicio de ello, esta limitación probatoria para acreditar el cese de convivencia no rige para los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigencia de la NLMC.³⁰⁵

En razón de lo expuesto, podemos sostener que estas causales de divorcio tienen como finalidad el cumplimiento del plazo de cese de convivencia, de esta forma, el sistema no está realmente preocupado por el posible error en que se pueda incurrir, sino que simplemente debe verificar que la ley no sea burlada.³⁰⁶ Siguiendo esta argumentación, al actor que no se le conceda el divorcio unilateral solicitado por considerar el juez que no se han cumplido los tres años de cese de convivencia exigidos por el legislador, resulta ser

³⁰³ RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Op. cit., p. 108.

³⁰⁴ *Ibíd.* p. 113.

³⁰⁵ *Ibíd.* p. 113.

³⁰⁶ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., p. 200.

igualmente reprochable a que se lo concedan aun cuando exista discrepancia en cuanto a la fecha de la separación de hecho.³⁰⁷ Por tanto, el riesgo de error se distribuye de manera igualitaria entre las partes.

e) Divorcio sanción o por culpa

Este tipo de divorcio está concebido como una pena para el cónyuge culpable de una conducta que lesiona gravemente la vida familiar. De esta forma, el artículo 54 de la NLMC establece que *“el divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”*. La norma agrega que se incurre en esta causal, entre otros casos, cuando se presenta cualquiera de los siguientes hechos: *“1º. Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos; y, 2º. Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio”*.

En este sentido, respecto al primer hecho enunciado, se puede considerar que ha existido un quebrantamiento por cualquier conducta activa u omisiva del deber de respeto y protección recíprocos del artículo 131 del CC, el que señala: *“Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”*. Esta conducta puede ser agresión física o psíquica, siempre y cuando ello sea de la envergadura o gravedad necesaria para generar la intolerabilidad de la vida en común. Lo anterior se plasma en el orden jurisprudencial en el sentido que *“su apreciación queda sujeta a la prudencia del juez, y deben atentar contra la integridad física o psíquica del cónyuge afectado”*.³⁰⁸ A su vez, respecto al segundo hecho descrito, existe un quebratamiento de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad, que se encuentran establecidos en el artículo del CC recién citado. Asimismo, el artículo 132 del cuerpo legal en comento sostiene que *“el adulterio constituye una infracción grave al deber de fidelidad que impone el matrimonio”*; constituyendo los deberes de convivencia, socorro y fidelidad los bienes jurídicos protegidos³⁰⁹ en este caso.

Por tanto, del análisis de esta causal de divorcio podemos concluir que el legislador estableció como bienes jurídicos protegidos los deberes conyugales referentes a la cohabitación, al socorro y a la fidelidad,

³⁰⁷ LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., p. 53.

³⁰⁸ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Código de la Familia, Normativa y Jurisprudencia Sistematizada, Concordada y Comentada*. 1ª ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2009. ISBN 9789562388450. p.73; refiriéndose a la sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol 433-2019, de fecha 26 de Mayo de 2008, cita online: CL/JUR/12106/2019.

³⁰⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Código de la Familia, Normativa y Jurisprudencia Sistematizada, Concordada y Comentada*. 3ª ed. Santiago, Chile: Legal Publishing Thomson Reuters, 2013. ISBN 9563464028. p. 207.

por ende, la justicia chilena de familia cuando conoce de juicios de divorcio por culpa debe conectar el relato del demandante con la gravedad que acarrearía para el demandado el que se acoja esa historia, atendido al reproche que significa para el cónyuge “culpable” la determinación de la causal.³¹⁰

Ahora bien, en estos procedimientos, el hecho de que algunos tribunales exijan para decretar divorcios por culpa un umbral probatorio altísimo suele responder a la pervivencia de la prueba legal. Esto último es un problema dado que en nuestro sistema de Tribunales de Familia opera la libertad probatoria, entonces, al exigirse estándares tan altos, mucho más exigentes que más allá de toda duda razonable, en la práctica se vuelve imposible lograr una decisión que acoja este tipo de causal de divorcio, lo que trae como consecuencia una inoperatividad de la institución.³¹¹ Debido a lo anterior, surge la pregunta de si el sistema de Tribunales de Familia está dispuesto a operar con exigencias probatorias tan altas, más aún si el hecho de operar con estas exigencias necesariamente asegura que no se cometerán errores, puesto que, si el estándar o umbral es mayor, muchos casos en donde si se produjo una causal válida de divorcio por culpa quedarán “impunes” por las altas exigencias.³¹²

Ante este problema, los sistemas del *common law* han entendido que ciertas materias conllevan un riesgo de error más alto que la regla general en materia civil, razón por la cual han operado en la práctica mediante diferentes umbrales probatorios, aunque dentro de la figura de la preponderancia de la evidencia. Se trata de casos en que, por ejemplo, se tramitan en la vía civil conductas moralmente graves como abusos sexuales, casos de divorcio en donde se imputa a una de las partes una violación grave de los deberes matrimoniales, derechos parentales³¹³, entre otros.

f) Compensación económica

La compensación económica, de acuerdo con RAMOS PAZOS, “es el derecho que asiste al cónyuge más débil –normalmente la mujer– a que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o la nulidad, experimentará por no haber podido desarrollar durante el matrimonio una actividad remunerada o lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería por haberse dedicado al

³¹⁰ Véase: Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol N°423-09 de junio de 2010, C°8, de fecha 09 de junio de 2010, citado en FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., p. 199; y sentencia Juzgado de Letras Garantía y Familia de Chanco, en causa Rit 22-06, de fecha 07 de agosto de 2006, citado en FUENTES MAUREIRA, Claudio. La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia. Op. cit., p. 137-138.

³¹¹ FUENTES MAUREIRA, Claudio. La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia. Op. cit., p. 143.

³¹² *Ibíd.* 143.

³¹³ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., pp. 191-192.

cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar (...).³¹⁴ Este procedimiento ordinario se encuentra regulado en el artículo 8 N°15 de la LTF, así como también en los artículos 61 al 66 de la NLMC.

La historia de la ley no es clara respecto a cuál es exactamente la naturaleza jurídica de la compensación económica, lo cual hace que no haya uniformidad en la opinión de quienes tratan el punto en la doctrina nacional.³¹⁵ No obstante, creemos que se trata de una institución indemnizatoria, reparadora o compensatoria que, en definitiva, trata de reparar un menoscabo en los términos del artículo 61 de la NLMC, que es sinónimo de daño.³¹⁶ En este sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ define daño como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”.³¹⁷

Considerando, entonces, que la compensación económica reviste el carácter indemnizatorio, CORRAL TALCIANI ha estimado que “debe notarse que la compensación económica se basa en el esquema de la responsabilidad por lucro cesante, es decir, el cónyuge que la pretende deberá probar que podía y quería desempeñar una actividad remunerada o lucrativa fuera del hogar”.³¹⁸ En el mismo sentido, TAPIA RODRÍGUEZ ha planteado que “si nos remitimos al texto de la definición legal de la compensación económica podríamos sostener que su naturaleza se acerca a la indemnización por pérdida de una oportunidad”³¹⁹, o también dicho, pérdida de una chance.

A nivel jurisprudencial, la Corte de Apelaciones de Rancagua en causa Rol N°1603-2005 ha señalado que:

*“Respecto de la compensación económica, hay que dejar asentado desde luego que ella no tiene el carácter alimenticio que pretende la actora reconvenzional, sino netamente indemnizatorio, por lo menos para efectos de establecer su procedencia, entrando a jugar sólo después de ello las consideraciones más próximas a la naturaleza alimenticia, para regular su monto”.*³²⁰

³¹⁴ RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Op. cit., p. 122.

³¹⁵ *Ibíd.* p. 124.

³¹⁶ LEPIN MOLINA, Cristián. *Naturaleza jurídica de la compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena*. p. 490. En: LEPIN MOLINA, Cristián (direc). *Compensación económica. Doctrinas esenciales*. 2ª ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2016. ISBN 978-956-346-800-7.

³¹⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*. 1ª ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. ISBN 978-956-10-1644-3. p. 153.

³¹⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ley 19.947. Una ley de paradojas. Comentario a la nueva ley de matrimonio civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, N°2: 259-272, 2004. ISSN 0718-0233. p. 267.

³¹⁹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. La compensación económica en la Ley de Divorcio. *La Semana Jurídica*, N° 271, Santiago, Chile, 2006. p. 4.

³²⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua, en causa Rol N°1603-2005, C°2, de fecha 16 de mayo de 2006. Identificador Vlex: VLEX-516508686. [Fecha de consulta: 07 de abril de 2022].

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N°1539-2007 ha resuelto que:

*“Su fundamento no es, pues, el de reparar el desequilibrio patrimonial que pudo haberse producido como consecuencia de la ruptura del matrimonio, ni restablecer la igualdad entre los cónyuges, sino resarcir el daño patrimonial que el hecho específico del cuidado de los hijos o del hogar produjo en uno de los cónyuges al impedirle desarrollar una actividad remunerada, ya sea en forma total o parcial”.*³²¹

En igual sentido, la Corte Suprema en causa Rol N°7939-2008, expresa:

*“Se tiene en consideración por los jueces del fondo que la compensación económica tiene un carácter netamente indemnizatorio, siendo por ende necesario para su procedencia que el cónyuge beneficiario, se haya visto impedido o limitado respecto del ejercicio de una actividad remunerada”.*³²²

Por tanto, una vez verificada la existencia del menoscabo económico generado por reunirse en el cónyuge demandante las condiciones previstas en el artículo 61 de la NLMC, con el auxilio de los criterios específicos consagrados en el artículo 62 del mismo cuerpo normativo, el juez se encuentra en situación de cuantificar el monto de la compensación a que será condenado el cónyuge deudor.³²³

De esta manera, es preciso sostener que la compensación económica tiene un carácter indemnizatorio, por ende, es una materia patrimonial, lo cual implica entender que el objeto de este procedimiento estaría dado por devolverle a uno de los cónyuges el menoscabo económico que ha sufrido como consecuencia de no haberse dedicado a una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida de lo que podía o quería; resultando ser el menoscabo económico el bien jurídico protegido.³²⁴

De acuerdo a todo lo expresado previamente, no parece resultar discutido que significaría un gran golpe para la familia cuando el juez deba resolver sobre una alteración del cuidado personal de los hijos menores a favor de un padre en perjuicio del otro o deba restringir el régimen comunicacional, o incluso,

³²¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N°1539-2007, C°1, de fecha 29 de octubre de 2007. Disponible en: Westlaw, Thomson Reuters, Cita online CL/JUR/2335/2007. [Fecha de consulta: 11 de octubre de 2022].

³²² Sentencia Corte Suprema, en causa Rol N°7939-2008, C°3, de fecha 19 de enero de 2009. Identificador Vlex: VLEX- 55571741. [Fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

³²³ PIZARRO WILSON, Carlos. La cuantía de la compensación económica. *Revista de Derecho*, 22 (1): 35-54, 2009. ISSN 0718-0950. pp. 43-44.

³²⁴ En tal sentido, Álvaro Vidal Olivares señala que “si el menoscabo económico se identifica con un daño que ha experimentado el cónyuge beneficiario y se vincula a la compensación con la culpa del otro cónyuge –en particular a la imputabilidad de la causa que dio origen al término del matrimonio–, será una responsabilidad civil”. VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación económica en el divorcio: ¿Las incertidumbres se disipan?. *La semana jurídica*. (321), 2007. p. 239.

rebajar la pensión de alimentos.³²⁵ Resultando prudente, en consecuencia, establecer un estándar probatorio mayor al del proceso civil en consideración a los bienes jurídicos protegidos.

Asimismo, el divorcio sanción o por culpa se caracteriza tanto por el reproche social que significaría condenar al cónyuge culpable como por la relevancia de ventilar las intimidades conyugales dentro de un juicio, motivo por el cual también se justificaría que, en estos procedimientos, que no revisten el carácter de patrimoniales toda vez que los contenidos extrapatrimoniales priman, se deba construir un estándar probatorio mayor, pues los estándares tradicionales en el derecho chileno no resultan ser adecuados para este tipo de procedimientos reformados.

Sin embargo, en asuntos sobre divorcio, ya sea de mutuo acuerdo o unilateral, la intención del legislador es que la normativa no sea burlada, lo que se expresa en que se debe acreditar el plazo de cese de convivencia, instancia en la cual ambos cónyuges se encuentran en “igualdad de armas” puesto que en “materias civiles por regla general el sistema judicial no considera que deba establecerse una preferencia *a priori* entre las partes en juicio”.³²⁶ Dicho de otro modo, “el estándar de la preponderancia de la evidencia beneficiaría el principio de la igualdad de armas al establecer un camino igual de exigente en su labor probatoria a ambas partes”.³²⁷

Lo mismo ocurre en el caso de la compensación económica debido a que nos enfrentamos a un procedimiento de carácter indemnizatorio, y, por ende, de naturaleza patrimonial y civil, de esta manera, el estándar de la preponderancia de la evidencia opera, en estos casos, “sobre la base de que aquel error que beneficia al demandante y aquel error que beneficia al demandado valen lo mismo para la sociedad, en otras palabras, que el demandado A pague una deuda que no debe o que el demandado A no pague una deuda que sí debe, es considerado igualmente negativo ya que no se paga o se paga incorrectamente la misma suma”.³²⁸ Por lo tanto, el hecho de pagar incorrectamente o de no pagar, supone una merma igualmente pernicioso, a pesar de que para la parte que perdió el error le significa todo o nada.³²⁹

No obstante lo anterior, como se ha señalado, es menester que en diversas materias de familia, como lo son el cuidado personal, la relación directa y regular, alimentos y el divorcio sanción o por culpa, el grado de suficiencia probatoria sea más elevado que el estándar de preponderancia de la evidencia en razón de los

³²⁵ LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., p. 53.

³²⁶ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., p. 190.

³²⁷ *Ibíd.* p. 190.

³²⁸ *Ibíd.* pp. 189-190.

³²⁹ *Ibíd.* pp. 189-190.

bienes jurídicos protegidos, del riesgo de error y, principalmente, de la naturaleza evidentemente extrapatrimonial que revisten estos procedimientos.

2.2. Los bienes jurídicos protegidos en los procedimientos especiales

El procedimiento de vulneración de derechos se encuentra regulado en el artículo 8 N°8 de la LTF, en donde se establece que corresponderá a los Juzgados de Familia conocer y resolver todos los asuntos en que se involucren NNA gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiere adoptar una medida de protección.

A este respecto, la Defensoría de la Niñez señala que “el concepto de vulneración de derechos corresponde a cualquier trasgresión a los derechos de niños, niñas y adolescentes establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, la cual puede ser constitutiva de delito o no, dependiendo de nuestra legislación. Independientemente de ellos, cualquier vulneración de derechos es grave, por lo que los Estados deben realizar todas las acciones destinadas a prevenir estos hechos y a entregar mecanismos de restitución de derechos una vez ya vulnerados (...)”.³³⁰ En este sentido, este procedimiento mantiene una íntima relación con la CDN, el cual es un tratado internacional aprobado por Chile en 1989, que entró en vigencia al año siguiente.³³¹ Dicho tratado tiene su origen en la necesidad de velar por la protección de los NNA desde cero a dieciocho años de edad sin discriminación alguna.

Dado lo anterior, los Derechos del Niño (o Derechos de la Infancia) son derechos que poseen los NNA, entre los cuales podemos destacar el derecho a la educación, el derecho a una familia, el derecho a la atención de salud preferente, el derecho a no ser obligados a trabajar, el derecho a ser escuchado, el derecho a tener un nombre, el derecho a una alimentación cada día, el derecho a no ser discriminado, el derecho a no ser maltratado, el derecho de asociación, el derecho a integrarse en forma activa en la sociedad en la que viven, entre otros.³³²

Los presentes derechos resultan imprescindibles para establecer los bienes jurídicos protegidos en este tipo de procedimiento, siendo relevante que no se trata de contiendas civiles en los que se discute con intereses privados, generalmente disponibles y renunciables por las partes, y a las que, doctrinariamente, se

³³⁰ DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ. *¿Qué se entiende por vulneración de Derechos?* [en línea] [Fecha de consulta: 27 de mayo 2022] Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-se-entiende-por-vulneracion-de-derechos/.

³³¹ BUSTOS, Andrea. *Chile y los Derechos del Niño*. [en línea]. Santiago, Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009. [Fecha de consulta 05 de junio de 2022]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/chile-derechos-del-nino>.

³³² Todos los derechos mencionados se encuentran consagrados en la Convención Sobre los Derechos del Niño. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. “*Convención sobre los Derechos del Niño*”. [en línea]. 1989. [Fecha de consulta 08 de diciembre de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>.

les ha fijado como estándar de prueba la probabilidad prevaleciente³³³, sino que se trata de casos en donde los derechos de los NNA se encuentran amenazados, o, derechamente, vulnerados, en donde surge la necesidad de adoptar medidas de protección para cesar estas situaciones.³³⁴ En consecuencia, es imperioso revisar si la distribución de errores merece un grado de suficiencia probatoria mayor.

En seguida, respecto al procedimiento especial de VIF, la LVIF establece que los actos de VIF que no constituyan delito serán de conocimiento de los Juzgados de Familia, sujetándose al procedimiento establecido para tal efecto por la LTF en sus artículos 81 al 101, por el contrario, los actos que sí sean constitutivos de delito se regirán por el respectivo proceso penal.

De esta forma, en sede penal, a diferencia de la sede de familia, se exige el estándar de prueba más allá de toda duda razonable para que el juez pueda dictar la resolución de un caso concreto, “por lo que en su sentencia deberá hacerse cargo no sólo de la prueba analizada sino de por qué esta permite la condena u absolucióndel imputado”.³³⁵ Debido a la posibilidad de condena privativa de libertad de un inocente³³⁶, este estándar de prueba es más exigente que en la sede del derecho de familia.

Teniendo en consideración lo anterior, el estándar de prueba en casos de VIF que deben conocer los Juzgados de Familia ha sido un tema discutido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, dado que no sería posible aplicar el estándar penal pues no está en riesgo la libertad personal del imputado, sin embargo, la aplicación de un estándar civil tampoco parecería adecuado debido a que, igualmente, se ejerce una potestad sancionadora por parte de la judicatura³³⁷, y, además, los bienes jurídicos protegidos en este tipo de procedimiento se caracterizan por tener una vital importancia.

A este respecto, no tenemos dudas de que el bien a proteger por la legislación de familia es claramente la vida y la integridad física y psíquica de las personas en el ámbito de sus relaciones familiares, asimismo, de acuerdo al artículo 5 de la LTF, en la VIF se protege la faceta colectiva del bien jurídico protegido, que estaría dada por las relaciones familiares³³⁸, por lo tanto, a todas luces no sería adecuado aplicar el estándar de probabilidad prevaleciente de material civil toda vez que este procedimiento no reviste

³³³ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. Op. cit., p. 113.

³³⁴ Artículo 8 N°7 de la LTF en relación con el Artículo 30 de la Ley N°16.618 que fija el texto definitivo de la Ley de Menores.

³³⁵ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Informe temático “*Violencia contra la mujer en Chile y Derechos Humanos*”. [en línea]. Facultad de derecho. Universidad de Chile, 2018. [Fecha de consulta 05 de junio de 2022] p. 101. Disponible en: <http://derecho.uchile.cl/publicaciones/libros/informe-tematico-violencia-contra-la-mujer-en-chile-y-ddhh#>.

³³⁶ *Ibid.* p. 101.

³³⁷ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. Op. cit., p. 111.

³³⁸ ACALE SÁNCHEZ, María. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1999. ISBN 84-8002-994-3. p. 135.

situaciones de carácter patrimonial y el riesgo de error se vería aumentado en el sentido de incurrir en un falso positivo.

3. Los riesgos de error que enfrentan las partes en los diferentes procedimientos de familia

La construcción de un estándar de prueba no depende sólo ni fundamentalmente de cuestiones de racionalidad, sino también y sobre todo de cuestiones de *policy*.³³⁹ Lo anterior es así porque un estándar probatorio establece una determinada distribución del error, y una distribución del error supone una determinada elección (político-valorativa) sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos afectados por cada uno de los errores posibles.³⁴⁰

Ahora bien, "la decisión política detrás del estándar de convicción no es menor, ya que supone, en primer lugar, decidir si se dará a ambas partes del conflicto judicial la misma inseguridad en la distribución del error, es decir, si ambas correrán el mismo riesgo al momento de someter su contienda al sistema judicial. En segundo lugar, si la decisión a este respecto es negativa y es de interés del sistema establecer niveles de riesgo de error diferenciados, surge la pregunta de cuán distintos, lo que tiene implicancias en qué tanto esfuerzo probatorio deberá realizar una parte para probar su caso en comparación con la otra".³⁴¹ Asimismo, "solo si las partes pueden conocer el umbral de suficiencia probatoria podrán tomar decisiones racionales antes y durante el proceso respecto de la estrategia de defensa de sus intereses: en primer lugar, decidiendo si plantean o no judicialmente una cuestión de hecho, en un proceso civil, teniendo en cuenta las pruebas que tienen a su disposición; o calibrando las posibilidades de un acuerdo con la parte contraria y el valor de reserva o límite hasta el que están dispuestos a ceder, de nuevo en función de la solidez de las pruebas que dispongan".³⁴² Por estas razones, por ejemplo, si el estándar de prueba para una materia en concreto exige que una parte pruebe un hecho "sin que quede duda alguna", eso significa que ante la menor duda, se deberá fallar a favor de la contraria.³⁴³

La situación anterior hace referencia a que "la contraria habrá ganado con enfocar su labor probatoria a generar una duda al menos, aunque sea insignificante, lo que supone en tiempo y recursos un esfuerzo considerablemente menor al de la parte demandante".³⁴⁴ Por tanto, las cargas probatorias son

³³⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p. 130.

³⁴⁰ *Ibíd.* p. 130.

³⁴¹ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., p. 179.

³⁴² FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 112.

³⁴³ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., p. 179.

³⁴⁴ *Ibíd.* p. 179.

distintas, no desde el punto de quien debe probar, sino desde la perspectiva de cuánto cuesta probar.³⁴⁵ En efecto, en una decisión probatoria, hay dos errores posibles:

“Error 1: aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es falso.

Error 2: no aceptar como verdadero (o dar por no probado) lo que es verdadero”.³⁴⁶

En este sentido, no parece discutible que una decisión jurídica basada en una tesis fáctica errónea, independiente si se produce por el Error 1 o Error 2, afecta derechos o intereses jurídicos y/o defrauda expectativas legítimas. Por tanto, dependiendo de la importancia que se le atribuya a los derechos afectados por cada tipo de error, el estándar probatorio será más o menos tolerante con este tipo de error, y en consecuencia, más o menos exigente.³⁴⁷

En el procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia, el nivel de afectación sobre los bienes involucrados en caso de error no se encuentra definido por el procedimiento en su conjunto sino que por la materia en específico.³⁴⁸ Conforme a ello, en estos tipos de procedimientos se ventilan todos los asuntos que no tienen una tramitación especial por ley y que son aquellos de mayor ocurrencia referentes a las materias más comunes en esta sede.

De esta manera, podemos sostener que en aquellas materias de carácter patrimonial, como la compensación económica, o en aquellas materias donde la ley busca que el juez verifique el cumplimiento de la disposición legal y evite que ésta sea burlada, como es el caso del divorcio de mutuo acuerdo y unilateral por cese de convivencia, podremos descansar sobre el estándar de probabilidad prevaleciente, puesto que los riesgos de error se distribuyen de manera igualitaria entre las partes. Así, “si se considera que los derechos o intereses afectados por los dos errores posibles merecen la misma protección (es decir, si se consideran igual de tolerables o asumibles ambos tipos de error), entonces, el estándar probatorio no será particularmente exigente y la probabilidad preponderante puede bastar”³⁴⁹, de esta forma, es dable concluir que resulta igualmente reprochable socialmente que se acoja una demanda de compensación económica sin ser procedente, como que se rechace una cuando sea necesaria. Asimismo, que al actor no se le conceda el divorcio unilateral solicitado, por considerar el juez que no se han cumplido los tres años de cese de

³⁴⁵ *Ibíd.* p. 179.

³⁴⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Op. cit.*, p. 130.

³⁴⁷ *Ibíd.* p. 130.

³⁴⁸ LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. *Op. cit.*, p. 52.

³⁴⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Op. cit.*, p. 131.

convivencia exigidos por el legislador, resulta ser igualmente reprochable a que se lo concedan aun cuando exista discrepancia en cuanto a la fecha de la separación de hecho.³⁵⁰

No obstante, utilizar el estándar civil ya no resultará adecuado cuando el juez deba resolver sobre una alteración del cuidado personal de los hijos menores a favor de un padre en perjuicio del otro o deba restringir el régimen comunicacional, o, incluso, rebajar la pensión de alimentos.³⁵¹ Lo mismo ocurrirá cuando el tribunal deba conocer de un divorcio sanción, atendido al reproche que significa para el cónyuge “culpable” la determinación de la causal.³⁵²

Siguiendo con este análisis, el procedimiento de aplicación de medidas de protección (o vulneración de derechos) se caracteriza por ser cautelar, protector y urgente debido a las situaciones de amenaza o vulneración de los derechos de los NNA, por ende, es indiscutible que la decisión político-social adoptada por el legislador será tendiente al resguardo de los derechos de la infancia, razón por la cual, nos llevaría a concluir de forma precipitada que los riesgos de error se distribuyen de manera igualitaria entre las partes, pues “resulta igualmente reprochable socialmente que se aplique una medida de protección sin ser necesaria, como que no se aplique una cuando se requiera”.³⁵³ No obstante, en este tema tiene primacía el bien jurídico protegido, que son los derechos de los NNA, así, es menester destacar que no se trata de contiendas civiles en los que se discuten intereses privados, generalmente disponibles y renunciables por las partes, donde se ha utilizado el estándar de probabilidad prevaleciente, sino que se trata de casos en donde los derechos de los NNA se encuentran amenazados o vulnerados, en donde surge la necesidad de adoptar medidas de protección para cesar estas situaciones, que, evidentemente, merecen buscar un grado de suficiencia probatoria mayor.

Por su parte, el procedimiento relativo a los actos de VIF es eminentemente sancionatorio, ya que busca determinar la existencia de un hecho sancionado por la ley, respecto del cual debe aplicarse una condena al responsable. De esta forma, al gozar de un carácter sancionatorio parece lógico pensar en un estándar más exigente, por ende, si se considera que los intereses afectados por el Error 1 merecen mayor protección que los afectados por el Error 2 (es decir, si se considera más tolerable o asumible el Error 2 que el Error 1) deberá aplicarse el estándar del proceso penal, donde se considera que los derechos afectados por un eventual Error 1 (dar por verdadera o probada la hipótesis acusatoria) deben ser intensamente protegidos.³⁵⁴ Sin embargo, en este procedimiento, como mencionamos, el bien jurídico afectado en caso de

³⁵⁰ LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., p. 53.

³⁵¹ *Ibíd.* p. 53.

³⁵² *Ibíd.* p. 53.

³⁵³ *Ibíd.* p. 52.

³⁵⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p. 131.

error judicial será la vida o la integridad física y psíquica de la víctima de estas conductas. Así pues, “un umbral demasiado exigente, como el del derecho penal, limitaría de manera cierta los falsos positivos, pero aumentaría de manera considerable y peligrosa los falsos negativos donde el autor del hecho quedaría impune y podría volver a atentar contra la vida o la integridad física de la misma víctima”.³⁵⁵

Entonces, cabe preguntarse: “¿Querrá acaso la ley permitir que aquella víctima que se ha visto impedida de denunciar por distintos motivos, se atreva a hacerlo esta vez con la tranquilidad de que para formar la convicción del tribunal bastará con que pruebe que es más probable que los hechos hayan ocurrido como ella los relata, esta vez sin la carga de un umbral más allá de toda duda razonable?”³⁵⁶ la respuesta parece ser afirmativa. Así las cosas, con la escalada de delitos violentos en contra de mujeres donde en gran parte de ellos el agresor resulta ser un miembro del grupo familiar, y, en contextos en donde han existido denuncias previas³⁵⁷, es necesario disponer de un estándar de menor intensidad que el penal, pero no al mínimo de la probabilidad prevaleciente.

Lo anterior no es un tema pacífico toda vez que “un umbral demasiado bajo si bien fomentaría la denuncia de estos hechos cuando efectivamente han acaecido, puede significar igualmente, y ante la relativa “facilidad” de conseguir una sentencia favorable, su utilización imprudente (e incluso, maliciosa) con el objetivo de privar al ofensor de derechos sobre los bienes o los hijos comunes.”³⁵⁸ Asimismo, en caso de establecer un umbral de satisfacción de prueba muy alto, muchas conductas efectivamente realizadas, y por tanto sancionables, quedarían impunes por no satisfacer un estándar más exigente dado al temor de incurrir en un falso positivo.³⁵⁹

En síntesis, “un estándar específico se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible (el de aceptar como verdadero lo que es falso o el de no aceptar como verdadero lo que es verdadero) y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo”.³⁶⁰ Por ende, determinar qué nivel de afectación estamos dispuestos a tolerar en caso de error dependerá del bien jurídico que elijamos

³⁵⁵ LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., p. 49.

³⁵⁶ *Ibíd.* p. 49.

³⁵⁷ MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. Subsecretaría de Prevención del Delito. *IV Encuesta de Violencia contra la Mujer en el Ámbito de Violencia Intrafamiliar y en Otros Espacios (ENVIF VCM)*. [en línea]. 2020. [Fecha de consulta: 07 de junio de 2022]. Disponible en: <http://cead.spd.gov.cl/wp-content/uploads/file-manager/Presentación%20de%20Resultados%20IV%20ENVIF-VCM.pdf>. De acuerdo a las estadísticas analizadas en esta encuesta, el porcentaje de mujeres (15 a 65 años) que señala haber sufrido algún tipo de violencia antes o durante los últimos doce meses corresponde en el año 2020 a 41,4%. Sin embargo, sólo un 19% ha denunciado la violencia psicológica, mientras que un 29% ha denunciado la violencia física. Asimismo, el mayor motivo de la no denuncia reside en que las mujeres señalan que “no fue algo serio y no lo consideraron necesario”.

³⁵⁸ LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., p. 50.

³⁵⁹ *Ibíd.* p. 50.

³⁶⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p. 131.

como preponderante.³⁶¹ Si estimamos que estos procedimientos revisten el carácter de patrimoniales o la ley tiene como objetivo que el juez verifique el cumplimiento de una disposición legal, el estándar de probabilidad prevaleciente parecería suficiente; si por el contrario, consideramos que es la integridad física y psíquica y los derechos de los NNA (como lo son el derecho a la familia y el derecho a la vida) los bienes jurídicos protegidos y que se encuentran sujetos a la distribución de errores, entonces, debemos preferir un estándar mayor, el que evidentemente deberá ser uno intermedio.

Finalmente, si se parte de la premisa que tanto el derecho procesal sustantivo como adjetivo son instrumentos para materializar decisiones legislativas, quien puede y debe responder la pregunta acerca de cuánto margen de error se estima tolerable es el mundo legislativo al momento de diseñar y aprobar las leyes³⁶², por tanto, el reconocimiento tanto de un estándar claro como la eventualidad de permitir estándares intermedios corresponde a una decisión político-normativa que debe asumir el legislador.³⁶³

4. La prueba clara y convincente como estándar aplicable al derecho de familia

Como hemos señalado en las secciones anteriores, los estándares probatorios tienen como finalidad orientarnos sobre el nivel de convencimiento alcanzado por el juez a partir de determinado material probatorio, lo que se materializa en, primero, un determinado valor numérico que es expresado comúnmente en porcentajes, constituyendo una regla de aceptabilidad de una hipótesis de los hechos del juicio, y, segundo, en establecer un orden de prelación de estándares en correspondencia tanto a la importancia asignada a la materia que pretende probarse³⁶⁴ como al procedimiento en el cual está inserta.

Siguiendo esta argumentación, a pesar de que el estándar de probabilidad prevaleciente ha sido utilizado en innumerables oportunidades en materia de familia, la LTF establece que la solución al contencioso familiar debe ser “socialmente adecuada a las especiales características que reviste este tipo de conflicto (...)”³⁶⁵, en consecuencia, esto quiere decir, que el mismo legislador acepta la diferencia entre la sede civil y familiar, las que incluso tienen principios inspiradores disímiles, no resultando, entonces, adecuado aplicar el estándar del proceso civil. Por consiguiente, para analizar cuál estándar es aplicable al procedimiento de familia, debemos tener en consideración los diferentes procedimientos existentes, los

³⁶¹ LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., p. 51.

³⁶² FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., p. 178.

³⁶³ LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Op. cit., p. 53.

³⁶⁴ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., p. 53.

³⁶⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley N°19.96*. [en línea]. Santiago, Chile, 2004. [Fecha de consulta: 10 de junio de 2020]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5746/>.

bienes jurídicos protegidos en cada asunto y la distribución del riesgo de error; materias que ya fueron explicadas *ut supra*.

El estándar probatorio que debe regir en los procedimientos de la justicia de familia deberá permitir tanto al juez como a las partes poder proyectar los requisitos necesarios para que las pretensiones que deban ser acreditadas como supuestos de hecho se dirijan a satisfacer este umbral.³⁶⁶

Conforme a ello, los procedimientos ordinarios se caracterizan por orientarse a la protección de bienes jurídicos en razón a la materia específica, por ende, en causas de cuidado personal, relación directa y regular y alimentos, destaca el derecho a la vida y el derecho a mantener una relación con sus padres, los cuales se encuentran tutelados tanto en el ordenamiento jurídico interno como en el internacional, por lo cual, constituyen intereses que merecen una protección mayor que, por ejemplo, materias de carácter patrimonial, como la compensación económica, o, materias que buscan el cumplimiento de la disposición legal, como es el caso del divorcio por cese de convivencia, ya sea unilateral o de mutuo acuerdo, en donde es posible utilizar el estándar de probabilidad prevaleciente, puesto que los riesgos de error se distribuyen de manera igualitaria entre las partes.

En seguida, el procedimiento de vulneración de derechos goza de un carácter cautelar, protector y urgente de situaciones de amenaza o vulneración de los derechos de los NNA, por lo que, los derechos involucrados constituyen los bienes jurídicos protegidos en este tipo de procedimiento, siendo relevante destacar que no se trata de contiendas civiles en los que se discuten intereses privados, generalmente disponibles y renunciables por las partes, y a las que, doctrinariamente, se les ha fijado como estándar de prueba la probabilidad prevaleciente, sino que se trata de casos en donde los derechos de los NNA se encuentran amenazados, o, derechamente, vulnerados, en donde surge la necesidad de adoptar medidas de protección para cesar estas situaciones. En consecuencia, también es razonable aplicar un estándar mayor al del proceso civil.

Asimismo, la protección de la vida y la integridad física y psíquica de las personas en el procedimiento de VIF permiten concluir que, en razón del bien jurídico protegido, a todas luces no sería adecuado aplicar el estándar de probabilidad prevaleciente toda vez que este procedimiento no reviste situaciones de carácter patrimonial y el riesgo de error no se distribuye de manera igualitaria entre las partes.

En virtud de lo anterior, podemos señalar que, el estándar de prueba de probabilidad prevaleciente del proceso civil debe aplicarse a todas las cuestiones que versen sobre bienes jurídicos de carácter

³⁶⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 112.

patrimonial, como, la compensación económica, dado que son asimilables a contiendas civiles, caracterizándose estas últimas por involucrar intereses privados, disponibles y renunciables por las partes. También, este mismo estándar de prueba resulta aplicable a cuestiones que versen sobre el cumplimiento de una disposición legal como es el caso del divorcio de mutuo acuerdo y unilateral por cese de convivencia. Sin embargo, procedimientos que involucren bienes jurídicos relativos a los derechos de los NNA, como lo son el cuidado personal, relación directa y regular, y alimentos, y, las cuestiones de orden público, de carácter indisponibles y aquellas que establecen sanciones de carácter quasi-punitivo, como, por ejemplo, materias de VIF y vulneración de derechos, presentan la necesidad de buscar un grado de suficiencia probatoria mayor.

En este sentido, “si se parte de la premisa que un estándar probatorio se traduce en una decisión de política legislativa en torno a la distribución del error que el sistema judicial y la sociedad está dispuesta a aceptar en materias sometidas a conocimientos de tribunales, no es ilógico pensar que existen materias o conflictos en los cuales la ocurrencia de un fallo erróneo cuesta más <caro> que en otros, por lo que podría justificarse un estándar más alto que la preponderancia de la evidencia, pero no tan alto como la duda razonable que está reservada a materias penales”.³⁶⁷ De esta forma, y, con el objetivo de resolver este tipo de materias, el sistema jurídico estadounidense, a diferencia de Inglaterra, Australia y Canadá, ha elaborado e incorporado un tercer estándar probatorio denominado *clear and convincing evidence*³⁶⁸, que puede ser entendido en el sentido de que el juez está autorizado a dar por probado un hecho cuando de la evidencia disponible se desprenda que es “mucho más probable o altamente probable de que haya ocurrido a que no haya ocurrido el hecho (...)”³⁶⁹ en comparación a la preponderancia de la evidencia que solo exigiría que sea “más probable que haya ocurrido a que no haya ocurrido”.

Dicho esto, el estándar probatorio de *clear and convincing evidence* o también denominado prueba clara y convincente, se utiliza como una versión intermedia entre la preponderancia de la evidencia y el estándar de más allá de toda duda razonable.³⁷⁰ Se trata de un estándar que evoca un mayor umbral de exigencia probatoria y que está destinado a ser aplicado en materias en donde el riesgo de una decisión errónea por parte del sistema judicial puede tener consecuencias extremadamente graves, por tanto, se aplica en casos relacionados con procedimientos para declarar interdicta a una persona, limitación al régimen de

³⁶⁷ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., pp. 191-192.

³⁶⁸ *Ibid.* pp. 191-192.

³⁶⁹ CLERMONT, Kevin. Standards of Proof in Japan and the United States, *Cornell International Law Journal*, vol 37: pp. 263-284. 2004. p. 268.

³⁷⁰ LARROUCAU TORRES, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. Op. cit., p. 791.

visitas, alternación del régimen de cuidado personal, entre otros.³⁷¹ Asimismo, ha sido utilizado cuando se imputan en la vía civil conductas moralmente graves como abusos sexuales, casos de divorcio en donde una de las partes ha incurrido en una violación grave de los deberes matrimoniales y en relación a los derechos parentales³⁷², como, por ejemplo, el cuidado personal.

Ahora bien, en cuanto a su contenido, se espera una medida más exacta y precisa que el estándar de preponderancia de la evidencia, que pueda asegurar la exigibilidad de un nivel de convencimiento cercano al $60\% \leq 65\%$ de probabilidad³⁷³, sosteniendo algunos autores que esta se extiende incluso hasta $P > 0,75$ ³⁷⁴ (opinión que compartimos), por lo que la homogeneidad en términos matemáticos difiere dependiendo de la postura doctrinal, lo cual nos hace recordar que no estamos exentos de vaguedad al igual como ocurre en los estándares institucionalizados.³⁷⁵

Así, como se expuso en el tercer capítulo de este trabajo, el estándar de “la prueba clara y convincente” es aquel que aumenta el umbral de exigencia establecido en el estándar de prueba de “probabilidad prevaleciente” de $P > 0,5$ a $P > 0,75$.³⁷⁶ Es un estándar intermedio entre el civil y el penal, el que se eleva por la gravedad del resultado y no por la gravedad de los hechos, es decir, el estándar de prueba clara y convincente exige del juez civil un estudio acabado de las circunstancias, con prueba que supere el “más probable que no”.³⁷⁷

Al respecto, en el derecho comparado se ha establecido que es posible utilizar estándares intermedios, como la prueba clara y convincente, que permiten ponderar “la igual consideración y el debido respeto por los intereses en juego”.³⁷⁸ En este sentido, LARROUCAU TORRES sostiene que “el motivo para intensificar el umbral en estos juicios es el mismo que justifica para los restantes procesos la regla $P > 0,5$: la igual consideración y el debido respeto por los intereses en juego justifica acentuar la dirección de los riesgos hacia el actor”.³⁷⁹ En efecto, la jurisprudencia de Estados Unidos ha determinado que es útil expresar este baremo intermedio en un 0,75%, puesto que en juicios donde la secuela para la demandada no es solo un fallo judicial desfavorable, sino que también social, como ocurre en la litigación por fraude, o bien, en

³⁷¹ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. Op. cit., pp. 191-192.

³⁷² Véase: PATTENDEN, Rosemary. The risk of non-persuasion in civil trials: the case against a floating standard of proof. *Civil Justice Quarterly*, N° 7: pp. 220-233, 1989. Sección 3.

³⁷³ HAMILTON ECHAVARRI, María. *Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre competencia, y rol de la Corte Suprema*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2018. p. 40.

³⁷⁴ LARROUCAU TORRES, Jorge. *Hacia un estándar de prueba civil*. Op. cit., p. 791.

³⁷⁵ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., p. 44.

³⁷⁶ LARROUCAU TORRES, Jorge. *Hacia un estándar de prueba civil*. Op. cit., p. 791.

³⁷⁷ *Ibíd.* pp. 791-792.

³⁷⁸ *Ibíd.* p. 791.

³⁷⁹ *Ibíd.* p. 791.

litigios donde se comprometen las libertades civiles (deportaciones, declaración de interdicción de un familiar, remoción de una licencia médica, entre otros), así como en las disputas sobre relaciones parentales, la regla $P > 0,5$ no es satisfactoria.³⁸⁰

A modo de ejemplo, en *Masson v. New Yorker Magazine, Inc.*³⁸¹ se discutió la indemnización de perjuicios producto de una publicación que afectó la reputación de un funcionario público. En esta situación se puede observar “como las reglas de responsabilidad resguardan la libertad de expresión para los casos en que el posible afectado no es un ciudadano común y corriente elevando el criterio de imputación de negligencia a dolo, el tribunal utilizó para evaluar el resultado de la prueba el umbral de $P > 0,75$, depositando así los riesgos de error sobre el actor (la persona difamada)”.³⁸² La misma lógica se puede observar en la justicia chilena de familia cuando conoce de juicios de divorcio por culpa, en donde se conecta el relato de la demandante con la gravedad que acarrearía para el demandado el que se acoja esa historia.³⁸³

Por su parte, la jurisprudencia inglesa ha señalado que, en realidad, no corresponde mover formalmente la vara de suficiencia probatoria civil en casos complejos en que se trata de cuestiones puramente civiles, ni aún en el caso de que se realicen alegaciones referidas a infracciones penales.³⁸⁴ Sin embargo, a pesar de estas consideraciones, la judicatura se ha encontrado con grandes problemas en lograr asentar un estándar de prueba específico para cuestiones de familia, tomando siempre en consideración la gravedad de las consecuencias del error.³⁸⁵ Razón por la cual, en casos de divorcio por adulterio, en que la consecuencia era la destrucción de la presunción de filiación respecto del marido, la relevancia de la indeterminación de la filiación de los hijos hizo pensar que el adulterio debía probarse en un umbral mayor, incluso al extremo del estándar penal.³⁸⁶ Asimismo, en casos sobre filiación se ha dicho que, dada la importancia del asunto, se requiere un estándar al menos levemente mayor que el de la preponderancia de la evidencia³⁸⁷, lo cual estaría en concordancia con la aplicación de un estándar de prueba intermedio.

Por tanto, “aunque se mantiene la vigencia de un solo estándar para los procesos civiles, durante un tiempo la jurisprudencia consideró que el mismo estándar podía requerir distintos niveles de exigencia

³⁸⁰ *Ibíd.* p. 791.

³⁸¹ *Masson v. New Yorker Magazine, Inc.* (1991) citado en LARROUCAU TORRES, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. Op. cit., p. 791.

³⁸² LARROUCAU TORRES, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. Op. cit., p. 791.

³⁸³ *Ibíd.* p. 792.

³⁸⁴ ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil process, principles and practice*. 4ª ed. Londres, Inglaterra: Sweet and Maxwell, 2013. ISBN 9780414078420. p. 1021.

³⁸⁵ KEANE, Adrian y MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. Oxford, Oxford University Press, 2014. ISBN 9780199684342. pp. 112-113.

³⁸⁶ Por ejemplo, *Ginesi v. Ginesi* (1948) y *Preston-Jones v. Preston-Jones* (1951). Ambos citados por EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. Op. cit., p. 114.

³⁸⁷ *W v K* (1988) y *Serio v Serio* (1983). Ambos citados por KEANE, Adrian y MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. Op. cit., p. 115.

probatoria en función de la seriedad de lo que esté en juego en el caso, en unas ocasiones requiriendo una probabilidad mayor y en otras un peso probatorio mayor”.³⁸⁸ De esta manera, la tesis de la flexibilidad del estándar de prueba no es sólo una propuesta teórica, sino que se ha materializado en varios casos de la jurisprudencia de Inglaterra y Gales.³⁸⁹

Expuestas las tendencias en el derecho comparado, el estándar de prueba clara y convincente ha sido aplicado en casos donde merecen atención los intereses jurídicos en disputa y la decisión legislativa de distribuir asimétricamente el riesgo de error en el proceso según sea la intención del legislador de tutelar ciertos errores por sobre otros. También, la vaguedad de la jurisprudencia inglesa ha llevado a adoptar estándares indeterminados en materia de familia lo que conlleva a que las partes adquieran inseguridad jurídica dentro del proceso.

En consecuencia, para establecer un estándar de prueba en la legislación chilena de familia es imprescindible alejar el paradigma de la igualdad formal de la litigación civil del contenido no patrimonial que reviste el derecho de familia.³⁹⁰ Sin perjuicio de ello, si bien los procedimientos contenidos en la LTF se caracterizan, en general, por las relaciones extrapatrimoniales, no todos contemplan los mismos bienes jurídicos protegidos. Por tanto, y dada las funciones del estándar de prueba, es razonable que éste sea fijado en atención a la materia específica del procedimiento más que en términos genéricos.³⁹¹

Como se ha mencionado, el estándar de prueba de probabilidad prevaleciente del proceso civil debe aplicarse a todas las cuestiones que versen sobre bienes jurídicos de carácter patrimonial, como, la compensación económica, dado que son asimilables a contiendas civiles. También, este mismo estándar de prueba resulta aplicable a cuestiones que versen sobre el cumplimiento de una disposición legal como es el caso del divorcio de mutuo acuerdo y unilateral por cese de convivencia. Sin embargo, procedimientos que involucren bienes jurídicos relativos a los derechos de los NNA, como lo son los procedimientos de cuidado personal, relación directa y regular, alimentos y vulneración de derechos, así como, que se refieran al reproche social, en casos de divorcio sanción o por culpa, o , incluso, cuando se afecte el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica dentro de los miembros del grupo familiar como es el caso de VIF, es necesario que se busque un umbral de suficiencia probatoria mayor que, de acuerdo a lo sostenido, debería ser el estándar intermedio de prueba clara y convincente.

³⁸⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 46.

³⁸⁹ *Ibíd.* p. 46.

³⁹⁰ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. Op. cit., p. 114.

³⁹¹ *Ibíd.*, p. 113.

CAPÍTULO V. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER ESTÁNDARES DE PRUEBA DIFERENCIADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

1. El estándar de prueba y su vinculación con el principio del interés superior del NNA

Como se ha reflexionado a lo largo de esta investigación, la decisión político-valorativa no se ha efectuado respecto al derecho de familia. Es probable que la diversidad de materias conocidas en los juzgados impide una visión unitaria del contencioso familiar, pues cada una de ellas requiere de atenciones particulares en consideración al bien jurídico que está en juego y los sujetos involucrados. Ejemplos de lo anterior se manifiestan en dos situaciones.

En primer lugar, existen juicios, como el de divorcio por mutuo acuerdo, donde ambos litigantes están en plano de igualdad, mientras existen otros donde el principal afectado no tiene herramientas jurídicas extensas, como aquellos casos que involucran a NNA. Y, en segundo lugar, hay litigios donde el bien prevalente es el patrimonial, como sucede en los casos de compensación económica, en contraposición a los bienes relacionados con la integridad física y psíquica propios de las causas de VIF o de vulneración de derechos.³⁹²

A todas luces, no es posible adecuar un solo estándar de prueba a las múltiples materias contempladas en el artículo 8 de la LTF. Incluso, concentrándose únicamente en aquellos juicios donde puede verse afectado un NNA, los bienes jurídicos protegidos cobran diversa índole. En este sentido, como se señaló, los NNA no se encuentran en una relación de igualdad con los demás intervinientes del proceso, y así como el Estado protege a los imputados estableciendo el principio de inocencia que se traduce en un estándar de prueba más exigente, en el caso de los niños el principio de protección especial impone la obligación de adoptar medidas que refuercen los derechos de estos, específicamente, a través del interés superior que justifica que la balanza siempre se tendrá que inclinar a su favor, pues el error se distribuye en virtud de su condición jurídica.³⁹³

Dicho esto, y en atención a dar respuesta a una problemática que no ha sido zanjada por el legislador, es dable concluir que fijar el umbral en el grado mínimo, esto es, la probabilidad prevaleciente, queda descartado por no encontrarnos en un plano de igualdad en la distribución del error dentro del proceso. Asimismo, el grado más alto de convicción (más allá de toda duda razonable) tampoco cumple la expectativa

³⁹² RIVAS LAGOS, Emilia. *La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. Op. cit., p. 80.

³⁹³ *Ibíd.* pp. 80-81.

porque, así como “disminuye la posibilidad de errar al declarar probado un hecho, aumenta la posibilidad de errar al darlo por no probado”.³⁹⁴ De esta forma, y como lo expusimos en el capítulo anterior, se propone que el estándar de prueba sea fijado entre la probabilidad prevaleciente y más allá de toda duda razonable, específicamente, en la prueba clara y convincente.

En la práctica, si debemos tomar una decisión en relación con los derechos del NNA nos encontraremos con una situación similar a la siguiente. El artículo 9.4 de la CDN protege fuertemente la comunicación entre el niño y el padre que no tiene el cuidado personal estableciendo excepcionalmente su privación. De modo que la pretensión de fijar una relación directa y regular tendrá que alcanzar un grado de confirmación más leve que aquella que se oponga. Esto se traduce en que se regulará una relación directa y regular si el relato ha obtenido una confirmación débil y el relato opuesto no ha recibido ninguna confirmación. Por el contrario, la pretensión que se opone a la relación por ser perjudicial al niño tendrá que obtener una confirmación fuerte y el relato opuesto ninguna confirmación o una simplemente débil. Extendiendo el ejemplo a una causa de aumento de alimentos donde ambos relatos contrapuestos obtuvieron el mismo grado de confirmación, la balanza tendrá que inclinarse a favor del niño y acceder al aumento, pero en una cantidad leve.³⁹⁵

Ahora bien, en cuanto a la determinación del interés superior del NNA y la motivación de la decisión judicial, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas indica que “en la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño”.³⁹⁶ De modo que la fundamentación debe referirse a toda la prueba aportada en relación a todos los puntos de prueba, pero además tendrá que referirse especialmente al interés superior del NNA en razón de su protección jurídica especial.

Dicho lo anterior, la motivación importa exponer la cadena argumentativa que se siguió para llegar a la decisión final, logrando así un control de legalidad y distinguiendo la actividad jurisdiccional de un acto político.³⁹⁷ En seguida, y dado que la LTF establece el sistema de la sana crítica, tal motivación es esencial

³⁹⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. cit., p. 130.

³⁹⁵ RIVAS LAGOS, Emilia. *La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. Op. cit., pp. 81-82.

³⁹⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “*Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial*”. Op. cit., párrafo 97.

³⁹⁷ GARRIDO ÁLVAREZ, Ricardo. El Interés Superior del Niño y el Razonamiento Jurídico. [en línea] *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* N° 7, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013. p. 125. [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2022]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8151/10094>.

para controlar la objetividad en la determinación del interés superior del NNA, pues constituye una garantía de que se resolverá la litis según *allegata et probata*, es decir, en hechos realmente demostrados en juicio.³⁹⁸ Para lograr ello, también se requiere de un estándar de prueba que se refiera al grado de confirmación que debe alcanzar una hipótesis para darse por probada, sin embargo, en esto último la legislación chilena se encuentra al debe.

La incertidumbre que provoca la falta de un estándar de prueba en materia de familia ha sido abordada por las autoridades. La Corte Suprema en el año 2009, a propósito de las deficiencias presentadas en la implementación inicial de los Juzgados de Familia, emitió un Auto Acordado sobre Gestión y Administración en Tribunales de Familia donde le impone al Comité de Jueces de cada tribunal la realización de estándares mínimos de prueba. Así, el artículo 26 del auto acordado indica que “atendidas las tipologías de audiencias definidas en virtud de este instrumento, el Comité de Jueces propenderá a fijar estándares mínimos de prueba necesarios e indispensables para la resolución de cada uno de los tipos de casos descritos, y especialmente con el fin de facilitar la realización de las audiencias de juicio. Para dicho propósito serán oídos todos los Jueces del tribunal”.³⁹⁹

Esta norma refleja la preocupación sobre el tipo y calidad de prueba que debe rendirse en determinados juicios y no a la fijación de un umbral. No obstante, el propósito detrás de esta regulación se puede interpretar como la necesidad de establecer ciertos parámetros para confirmar un enunciado como probado. El establecimiento de este parámetro es esencial considerando que el juez que conduce la audiencia preparatoria no es necesariamente el mismo que conducirá la de juicio por lo que se podrían producir discrepancias de criterio a la hora de aceptar los medios probatorios propuestos que perjudique la pretensión.⁴⁰⁰

2. Estándares de prueba diferenciados para los procedimientos de familia

Sobre la idea de formular estándares de prueba diferenciados, FERRER BELTRÁN propone cuatro requisitos metodológicos para tener en consideración al formular un estándar.⁴⁰¹ El primero dice relación

³⁹⁸ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica. [en línea]. *Revista Chilena de Derecho*, 33 (1): 93-107, 2006. ISSN 0718-3437. p. 103. [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2022]. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art06.pdf>.

³⁹⁹ CORTE SUPREMA, Acta 98-2009: Auto Acordado sobre Gestión y Administración en Tribunales de Familia Herramientas de Gestión. [en línea]. 2009. p. 166. [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2022]. Disponible en: https://www.uchile.cl/documentos/acta-98-2009-auto-acordado-sobre-gestion-y-administracion-en-tribunales-de-familia_62340_0_1623.pdf.

⁴⁰⁰ RIVAS LAGOS, Emilia. *La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. Op. cit., p. 82.

⁴⁰¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., Capítulo I. La formulación de un estándar de prueba: requisitos metodológicos, pp. 29-107.

con apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan. El segundo criterio propuesto consiste en la función de suficiencia probatoria que debe cumplir el estándar de prueba. El tercero, se refiere a que se debe apelar a criterios de probabilidad inductiva y no matemática en la formulación del estándar. Y, por último, el cuarto trata sobre que el grado de exigencia de los distintos estándares a lo largo del proceso debiese ir en forma ascendente.

En este último requisito, el autor reflexiona en torno a la posibilidad de establecer distintos estándares probatorios dentro de un mismo procedimiento. De esta forma, no tendremos un estándar de prueba específico, sino que debemos observar la relación que existe entre los distintos estándares previstos para las diversas decisiones sobre los hechos que deben adoptarse en un mismo proceso. Como consecuencia de lo anterior, el grado de exigencia probatoria de los distintos estándares de prueba para las distintas fases del procedimiento debe seguir una tendencia ascendente; por ejemplo, en un proceso penal, la exigencia probatoria para sobreseer (o no) el caso durante la instrucción debe ser inferior a la que se requiera para abrir un juicio oral y esta debe ser inferior que la que se pida para dar por probada una hipótesis en la decisión final.⁴⁰²

En este sentido, en materia de familia se ha discutido acerca de formular estándares de prueba diferenciados en la aplicación de medidas cautelares de la LTF⁴⁰³, dada la diferencia entre el costo del error en la aplicación de estas y los distintos contextos en los que es posible probar una hipótesis. Así pues, se debe hacer la prevención de que no es posible erigir un solo estándar probatorio para las distintas providencias cautelares encontradas en la ley, esto porque además de la potestad cautelar del artículo 22, están reguladas las medidas cautelares aplicables a NNA y VIF, consistiendo estos últimos en procedimientos especiales y autónomos que poseen características particulares.⁴⁰⁴

Por tanto, son diversas las decisiones probatorias que deben tomarse a lo largo del procedimiento judicial y todas ellas deben estar regidas por estándares de prueba que ofrezcan garantías de control sobre la corrección de la decisión, conservando la tendencia general de que el nivel de suficiencia probatoria debe ser ascendente hasta la decisión final.⁴⁰⁵

Sin perjuicio de lo anterior, han surgido propuestas desde el ámbito penal en el sentido de establecer un estándar de prueba diferenciado para los procedimientos que involucren delitos sexuales. Teniendo en consideración que los estándares no sólo corresponden a bases epistemológicas, sino que también dicen

⁴⁰² FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 102.

⁴⁰³ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., pp. 51-75.

⁴⁰⁴ *Ibíd.*, p. 58.

⁴⁰⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. Op. cit., p. 107.

relación con una decisión política, la decisión de rebajar el estándar de más allá de la duda razonable se inspira tanto en argumentos feministas como en teoría crítica del derecho. La propuesta de un nuevo estándar para los delitos sexuales, en específico, abuso sexual y violación, surge como una respuesta ante la opresión histórica, sistemática e institucional hacia las mujeres; asumiendo la consecuencia lógica que acarrea la disminución de su exigencia: la redistribución del error hacia falsas condenas en lugar de hacia las falsas absoluciones.⁴⁰⁶

En este contexto, la distribución del error responde a argumentos políticos y no epistemológicos. Sin perjuicio de ello, la decisión de proponer un estándar menos exigente que responda a la discriminación sistemática de la mujer en la sociedad y a la legitimación por parte del derecho, debe ir acompañado de criterios controlables para justificar la decisión de la sentencia, fundándose estrictamente en la evidencia entregada en juicio, lo cual le otorga fuerza epistémica.⁴⁰⁷

Así las cosas, dentro de la propuesta en análisis se utiliza una formulación de estándar de prueba desarrollada por FERRER BELTRÁN:

“Una hipótesis sobre los hechos se encontrará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

- a) Que la hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la contraparte, a la luz de los elementos del juicio existentes en el expediente judicial y,
- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes)”⁴⁰⁸

En virtud de lo expuesto, no resulta baladí preguntarse acerca de la posibilidad de que en los procedimientos en materia de familia se apliquen estándares de prueba diferenciados. Las características de los procedimientos, los bienes jurídicos presentes en estos y el costo del error inherente, nos llevan a concluir que los estándares probatorios pueden ser sumamente variables en correspondencia a una suma de factores

⁴⁰⁶ CARBONELL BELLOLIO, Flavia (direc.). Propuesta de un estándar probatorio diferenciado para los delitos sexuales. [en línea] Semillero Derecho Procesal Universidad Diego Portales. p. 17. [Fecha de consulta: 11 de octubre de 2022]. Disponible en: <https://semillero derechoprocesal.udp.cl/wp-content/uploads/2020/09/U.-CHILE-Propuesta-de-un-estandar-probatorio.pdf>.

⁴⁰⁷ *Ibíd.* p. 17.

⁴⁰⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre el estándar de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*. [en línea]. Ponencia en presentada en el Primer Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio. Girona, España, 2018. p. 21. [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2022]. Disponible en: [https://www.academia.edu/43473534/Prolegómenos para una teor%C3%ADa sobre los est%C3%A1ndares de prueba El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea](https://www.academia.edu/43473534/Prolegómenos_para_una_teor%C3%ADa_sobre_los_est%C3%A1ndares_de_prueba_El_test_case_de_la_responsabilidad_del_Estado_por_prisi%C3%B3n_preventiva_err%C3%B3nea).

determinantes que difieren según el procedimiento en estudio⁴⁰⁹; todo lo cual fue abordado en el cuarto capítulo de la presente investigación.

Lo paradójico es que la LTF no consagra expresamente un estándar de prueba en esta materia, y aún así, resulta necesario reflexionar sobre la posibilidad de que se apliquen estándares diferenciados en los distintos procedimientos que se llevan a cabo en la sede de familia.

⁴⁰⁹ BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Op. cit., p. 57.

CONCLUSIONES

El objetivo principal de esta memoria consistía en construir y establecer un estándar probatorio en materia de familia, identificando y analizando las problemáticas que surgen en torno a la aplicación de un estándar de prueba, considerando los bienes jurídicos protegidos, la decisión política-valorativa que debe cumplir el estándar de prueba y también la distribución de errores que se realiza dentro del proceso. Para desarrollar este objetivo nos planteamos la pregunta acerca de cuál es el estándar de prueba aplicable a los diferentes procedimientos de familia, lo que permitió extraer las siguientes conclusiones:

(1) La LTF incorporó una serie de cambios a los procedimientos de familia, entre ellos, la consagración de principios jurídicos informantes disímiles a los existentes en materia civil y regulados en el CPC, como los principios de, oralidad, concentración, intermediación, libertad probatoria, e interés superior del NNA. Así como también dicha ley realizó una mención expresa a la sana crítica como sistema de valoración de la prueba. Sin embargo, esta normativa quedó al debe en relación a la determinación de un estándar de prueba aplicable a los procedimientos de familia, por lo que se ha utilizado el estándar de prueba del proceso civil hasta el día de hoy.

(2) El derecho de familia regula interacciones sociales complejas debido a que las resoluciones adoptadas en esta sede afectan el modo de vida de las personas, abarcando, también, a los hijos o, a otros miembros de la familia fuera de las partes principales. De esta forma, nos encontramos en situaciones en donde no basta el simple interés patrimonial que las partes pudieran tener en el proceso para justificar la aplicación de un estándar de prueba civil.

Lo anterior nos llevó a preguntarnos si es que debería existir un baremo distinto en causas en que los intereses jurídicos en disputa puedan participar de una naturaleza que desborde el derecho civil patrimonial, como ocurre con diversas materias de competencia de los Juzgados de Familia y que se ilustran en procedimientos de cuidado personal, relación directa y regular, alimentos, divorcio sanción o por culpa, vulneración de derechos y VIF, en donde se ejerce una potestad sancionadora por parte de la judicatura.

(3) En este sentido, nos referimos al concepto de estándar de prueba, teniendo en consideración que este nace en la última etapa de los momentos probatorios con la finalidad de indicar aquel umbral de suficiencia que debe ser superado para concluir que una hipótesis se encuentra debidamente probada, por tanto, la aplicación del estándar de prueba, como se pudo apreciar en esta memoria, opera una vez interpretadas y valoradas las pruebas.

De esta manera, el estándar de prueba consiste en un umbral de suficiencia probatoria que debe aplicar el juez al determinar cuándo una hipótesis se encuentra probada dentro del proceso. Así pues, para construir dicho estándar se requiere de criterios objetivos que indiquen cuándo se alcanza ese grado de probabilidad de certeza exigido, y como se demostró, el modelo matemático-probabilístico permite entregar un mayor grado de seguridad jurídica al expresarse en términos de porcentaje utilizando el Teorema de Bayes, al contrario del modelo lógico o inductivo que se apoya en una serie de reglas causales, por lo que el grado de confirmación es difícilmente cuantificable en atención a que no valdría un criterio único para formular un estándar probatorio, sino que habría que establecer un criterio distinto para cada una de las situaciones.

(4) Ahora bien, los estándares de prueba cumplen funciones tanto dentro del ámbito de la decisión como de la justificación.

Por un lado, en la función en el ámbito de la decisión el estándar le proporciona al juez un método con la finalidad de precisar cuál es el nivel de suficiencia probatoria requerido en un determinado procedimiento, así, como se señaló, en este proceso los estándares cumplen una función positiva al constituir una herramienta adecuada para tener por probada o no probada una hipótesis determinada, sin embargo, también desempeñan una función negativa en el sentido de definir el grado de error aceptable en la decisión judicial.

Por otro lado, la función en el ámbito de la justificación dice relación con una garantía fundamental en un Estado de Derecho, la cual consiste en otorgar los motivos por los cuales el tribunal estimó unos medios probatorios y desestimó otros, y, por consiguiente, ciertas hipótesis estuvieron más o menos probadas que otras. De esta forma, la aplicación de un estándar de prueba permitirá controlar la decisión adoptada y justificada, externa e internamente, a través de los mecanismos formales del sistema específico, por ejemplo, mediante la interposición de recursos judiciales.

(5) Teniendo en consideración lo anterior, se determinó que para efectuar el análisis acerca del estándar de prueba era necesario exponer los bienes jurídicos protegidos en sede de familia. Para ello se analizaron diversos procedimientos, tanto ordinarios como especiales, con la finalidad de establecer que, primero, respecto a los procedimientos ordinarios, el cuidado personal se relaciona con la responsabilidad parental sobre el cuidado y protección de los hijos; en seguida, la relación directa y regular consiste en el derecho-deber del padre o madre que no tiene el cuidado personal de sus hijos a mantener una comunicación frecuente con estos; por su parte, el fundamento directo del derecho de alimentos radica en el derecho a la vida debido a que suministrar a una persona lo necesario para su sobrevivencia es un aspecto fundamental

de la dignidad humana. En consecuencia, resulta prudente establecer un estándar probatorio mayor al del proceso civil en consideración a los bienes jurídicos protegidos.

Asimismo, el divorcio sanción o por culpa se caracteriza tanto por el reproche social que significaría condenar al cónyuge culpable como por la relevancia de ventilar las intimidades conyugales dentro de un juicio, motivo por el cual también se justificaría que, en estos procedimientos, que no revisten el carácter de patrimoniales toda vez que los contenidos extrapatrimoniales priman, se deba construir un estándar probatorio mayor.

Sin embargo, en asuntos sobre divorcio, ya sea de mutuo acuerdo o unilateral, la intención del legislador es que la normativa no sea burlada, lo que se expresa en que se debe acreditar el plazo de cese de convivencia, por lo que el estándar del proceso civil es totalmente aplicable. En igual situación nos encontramos con la compensación económica, pues se trata de un procedimiento de carácter indemnizatorio, y, por ende, de naturaleza patrimonial y civil, de esta manera, se aplica el estándar de la probabilidad prevaleciente.

Respecto a los bienes jurídicos protegidos en los procedimientos especiales de familia, en el procedimiento de vulneración de derechos se protegen los derechos de los NNA consagrados tanto en el ordenamiento nacional como en el internacional. Luego, en el procedimiento contemplado para los actos de VIF, el bien jurídico protegido consiste en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de los miembros de la familia.

(4) Una vez establecidos los bienes jurídicos protegidos en los procedimientos analizados, es menester referirse a la función del estándar de prueba como mecanismo de distribución de errores, lo que a su vez se relaciona con la decisión política-valorativa que se toma dentro del proceso. Así pues, podemos sostener que aquellas materias de carácter patrimonial, como la compensación económica, o en aquellas materias donde la ley busca que el juez verifique el cumplimiento de la disposición legal y evite que ésta sea burlada, como es el caso del divorcio de mutuo acuerdo y unilateral por cese de convivencia, podremos descansar sobre el estándar de probabilidad prevaleciente, puesto que los riesgos de error se distribuyen de manera igualitaria entre las partes.

No obstante, la aplicación del estándar de prueba civil ya no resultaría adecuada cuando el juez deba resolver casos de cuidado personal, relación directa y regular, alimentos, y vulneración de derechos, ya que, en la distribución del error priman los bienes jurídicos protegidos, siendo estos últimos los derechos de los NNA, por ende, no se trata de contiendas civiles en los que se discuten intereses privados, generalmente disponibles y renunciables por las partes, donde se ha utilizado el estándar de probabilidad prevaleciente,

sino que se trata de casos en donde los derechos de los NNA se encuentran amenazados o vulnerados, en donde surge la necesidad de adoptar medidas de protección para cesar estas situaciones, que, evidentemente, merecen buscar un grado de suficiencia probatoria mayor. Lo mismo ocurrirá cuando el tribunal deba conocer de un divorcio sanción, atendido al reproche que significa para el cónyuge “culpable” la determinación de la causal.

Por su parte, en las situaciones de VIF el bien jurídico afectado en caso de error judicial será el derecho a la vida o la integridad física y psíquica de la víctima de estas conductas. Un umbral demasiado exigente, como el del derecho penal, limitaría de manera cierta los falsos positivos, pero aumentaría de manera considerable los falsos negativos donde el autor del hecho quedaría impune y podría volver a atentar contra la vida o la integridad física de la misma víctima. Por tanto, se debe buscar un umbral intermedio que permita asegurar que los falsos negativos podrán obtener la sanción de sus conductas sin el riesgo de que estas queden impunes por no satisfacer un estándar más exigente dado al temor de incurrir en un falso positivo.

(5) De esta forma, y como se demostró a lo largo de esta memoria, se debe elevar el grado de suficiencia probatoria en razón de los bienes jurídicos protegidos, del riesgo del error, y principalmente, de la naturaleza extrapatrimonial que revisten los procedimientos ordinarios de familia, tales como, cuidado personal, relación directa y regular, alimentos, y divorcio sanción o por culpa. Lo mismo ocurre en los procedimientos especiales de vulneración de derechos y VIF, puesto que en este tipo de casos se protege la vida, la integridad física y psíquica de las personas dentro de sus relaciones familiares, y también los derechos de los NNA.

(6) La consecuencia de lo esbozado radica en que para la construcción del estándar de prueba aplicable a los procedimientos de familia se tuvo en consideración los diferentes tipos o categorías de estándares que son mayormente conocidos por la comunidad jurídica, estos son: (a) más allá de toda duda razonable, (b) probabilidad prevaleciente o preponderancia de la evidencia, y (c) prueba clara y convincente. Conforme a ello, el estándar de probabilidad prevaleciente resulta aplicable a materias de carácter patrimonial, o donde la ley busca que el juez verifique el cumplimiento de la disposición legal y evite que ésta sea burlada. Sin embargo, el estándar civil no resulta adecuado cuando el juez deba resolver sobre procedimientos mencionados en el punto anterior.

(7) En este sentido, el estándar de prueba clara y convincente, de acuerdo a la tendencia comparada abordada en esta memoria, ha sido aplicado en casos donde merecen atención los intereses jurídicos en disputa y la decisión legislativa de distribuir asimétricamente el riesgo de error en el proceso según sea la intención del legislador de tutelar ciertos errores por sobre otros. Así pues, consideramos que es preciso que

en materia de familia se eleve el estándar desde la regla mínima de 0,5% a un parámetro intermedio de 0,75%, en atención a la naturaleza extrapatrimonial de los asuntos discutidos en sede de familia.

(8) Como se ha mencionado, el estándar de prueba de probabilidad prevaleciente del proceso civil debe aplicarse a todas las cuestiones que versen sobre bienes jurídicos de carácter patrimonial dado que son asimilables a contiendas civiles. También, este mismo estándar de prueba resulta aplicable a cuestiones que versen sobre el cumplimiento de una disposición legal. Sin embargo, procedimientos que involucren bienes jurídicos relativos a los derechos de los NNA, así como, que se refieran al reproche social, o incluso, cuando se afecte el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica dentro de los miembros del grupo familiar, es necesario que se busque un umbral de suficiencia probatoria mayor que, de acuerdo a lo sostenido, deberá ser el estándar intermedio de prueba clara y convincente.

(9) En consecuencia del análisis realizado en el último capítulo de esta memoria, los estándares utilizados en las diferentes sedes del derecho chileno son extensibles a todos los procedimientos que en ellas se desenvuelven, sin hacer un análisis exhaustivo de los rasgos puntuales de cada uno de ellos. A raíz de lo anterior, surgió la pregunta acerca de la posibilidad de establecer estándares de prueba diferenciados para cada tipo de procedimiento en materia de familia. En efecto, se podrían llegar a establecer diferentes estándares de prueba dentro de un mismo procedimiento, de esta forma, no tendremos un estándar de prueba único, sino que existe una relación entre los diferentes estándares previstos, por el legislador o por la doctrina, y las diversas decisiones sobre los hechos que deben adoptarse en un mismo proceso, teniendo en consideración de que las fases en un procedimiento siguen una tendencia ascendente, lo cual también debería suceder con los tipos o categorías de estándares, debido a que son diversas las decisiones probatorias que deben tomarse a lo largo del proceso y todas ellas deben estar regidas por estándares de prueba que permitan garantizar y controlar las decisiones de los jueces.

(10) Finalmente, resulta factible que a cada tipo de procedimiento en materia de familia se le aplique un estándar de prueba específico en razón de los intereses extrapatrimoniales, los bienes jurídicos protegidos, el costo del error y la decisión política-valorativa que debe realizar el juez, puesto que la consagración de un solo estándar de prueba es útil si nos encontramos ante costos de error similares o aproximados, mas no si nos enfrentamos a procedimientos con características sumamente distintas dentro de una misma sede. Tal es el caso de los procedimientos ordinarios y especiales en el derecho de familia, razón por la cual, desde nuestra perspectiva y de acuerdo a lo sostenido en esta investigación, es plenamente aplicable tanto el estándar de probabilidad prevaleciente como la propuesta del estándar de prueba clara y convincente. De esta manera, se debería continuar aplicando el estándar de probabilidad prevaleciente a materias que versen sobre cuestiones patrimoniales, en las cuales el error se distribuya de manera igualitaria,

y en virtud de los bienes jurídicos protegidos, sin embargo, el estándar de prueba clara y convincente debería ser aplicado a materias de intereses extrapatrimoniales, donde los bienes jurídicos merezcan una protección mayor, lo cual se relaciona con que el riesgo de error no se distribuya de manera igualitaria y en donde la decisión política-valorativa sea determinante en el momento en que el juez deba adoptar una decisión.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, Xavier. *Estudio doctrinal. El interrogatorio de testigos*. En: ABEL LLUCH, Xavier y Picó i Junoy Joan (direc.). *El interrogatorio de testigos. Serie Estudios prácticos sobre los medios de prueba*. Barcelona, España: Bosch Editores, 2008. ISBN 978847698809.

ACALE SÁNCHEZ, María. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1999. ISBN 84-8002-994-3.

ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. La fundamentación de la declaración de los hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, **19** (2): 9-26, 2006. ISSN 0716-9132.

ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, **32**: 347-362, 2009. ISSN 0718-6851.

ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, **37**(2): 483-511, 2011. ISSN 0718-6851.

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. *El cuidado personal de los hijos*. Ed. agosto 2018. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2018. ISSN 9789563469691.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2009. ISBN 978-950-741-407-7.

AGUILERA GARCÍA, Edgar. Crítica a la "convicción íntima" como estándar de prueba en materia penal. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, (**12**): 3-16, 2008. ISSN 1870-0586.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*. 1ª ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. ISBN 978-956-10-1644-3.

AMAYA NAVARRO, Amalia. Coherencia, virtud y prueba en el derecho. En: PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*. 1ª ed. Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía: Uniandes, 2015. ISBN 9789587742169.

ANDRADE TRUJILLO, Sebastián. Inmediación y recurso de apelación en el moderno derecho procesal de familia: el quiebre del principio en la Ley que crea los Tribunales de Familia. *Revista de Estudios Ius Novum*, **11** (2): 59-94, 2019. ISSN 0718-5510.

ALVARADO VELLOSO, Alfonso. *Proceso y verdad*. En: GRUPO de Investigaciones de Derecho (GRID). *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*. Universidad Pontificia Bolivariana, Colección de investigaciones en derecho, 2014. ISBN: 978-958-764-208-7.

AYALA LEGUAS, José Luis. *Duda Razonable: racionalidad en la convicción penal*. 1ª ed. Santiago, Chile: Librotecnia, 2014. ISBN 9789563271201.

BÉCAR LABRAÑA, Emilio. El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno. [en línea]. *Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, **21** (42): 527-580, 2020. ISSN 0717-5914. [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2022]. Disponible en: <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ42-P527.pdf>.

BARRAZA GALLARDO, Luisa. *Debate parlamentario de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia*. Tesis (Licenciatura en Derecho)Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2007.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Código de la Familia, Normativa y Jurisprudencia Sistematizada, Concordada y Comentada*. 1ª ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2009. ISBN 9789562388450.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Código de la Familia, Normativa y Jurisprudencia Sistematizada, Concordada y Comentada*. 3ª ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2013. ISBN 9563464028.

BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. Epistemología, Moral y prueba de los Hechos. Hacia un Enfoque no Benthamiano. *Revista Mario Alfaro D' Filippo*, **2**(4): 6-30, 2010.

BENABENTOS, Omar. *Teoría general unitaria del Derecho Procesal*. 2º ed. Bogotá, Colombia: Temis, 2001. ISBN 9583503584.

BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. *Revista Política Criminal del Centro de Estudios de Derecho Penal*, Universidad de Talca, **7**(14): 454-479, 2012. ISSN 0718-3399.

BONET NAVARRO, José. *La prueba en el proceso civil Cuestiones fundamentales*. Madrid, España: Difusión Jurídica, 2009. ISBN 9788496705814.

BRAVO SALVO, Jahel. *Hacia un estándar probatorio en la dictación de medidas cautelares en familia*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2022.

BUSTOS, Andrea. *Chile y los Derechos del Niño*. [en línea]. Santiago, Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2009. [Fecha de consulta 05 de junio de 2022]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/chile-derechos-del-nino>.

CARBONELL BELLOLIO, Flavia (direc.). Propuesta de un estándar probatorio diferenciado para los delitos sexuales. [en línea] Semillero Derecho Procesal Universidad Diego Portales. [Fecha de consulta: 11 de octubre de 2022]. Disponible en: <https://semillero derechoprocesal.udp.cl/wp-content/uploads/2020/09/U.-CHILE-Propuesta-de-un-estandar-probatorio.pdf>.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1979.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. (Trad.) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2° ed. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. (Trad.) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Santiago, Chile: Olejnik, 2018. ISBN 978-956-392-120-5.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl y CASTILLO VIAL, Ignacio. El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Revista Ius et Praxis*, 17(2): 77-118, 2011. ISSN 0718-0012.

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. El juicio oral. Santiago, Chile: Metropolitana, 2001. En: MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. 1ª ed. Santiago, Chile: Librotecnia, 2017. ISBN 9789563271607.

CHAIA, Rubén. *La prueba en el proceso penal. Proceso acusatorio. Juicio oral. Carga probatoria. Prueba ilegal. Medios de prueba. Construcción de la verdad. Valoración-arbitrariedad. Motivación de la sentencia. Jurisprudencia vinculada*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2010. ISBN 978-950-741-606-4.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. [en línea]. *Justicia y Derechos del Niño*, N°1: 45-63, 1999. ISBN: 92-806-351-7. [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2022]. Disponible en: https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf.

CLERMONT, Kevin. Standards of Proof in Japan and the United States, *Cornell International Law Journal*, vol 37: pp. 263-284. 2004.

COLOMA CORREA, Rodrigo. Conceptos y razonamientos probatorios. *Revista de Derecho* (Valdivia), **30** (2): 31-56, 2017.

COLOMA CORREA, Rodrigo. La prueba y sus significados. *Revista Chilena de Derecho*, **46** (2): 427-449, 2019.

CORRAL TALCIANI, Hernán. Ley 19.947. Una ley de paradojas. Comentario a la nueva ley de matrimonio civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, N°2: 259-272, 2004. ISSN 0718-0233.

CORTÉS ROSSO, Mauricio, MATURANA MIQUEL, Cristián y NUÑEZ ÁVILA, René. *Derecho procesal de Familia*. [en línea]. 1ª ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2012. [Fecha de consulta: 01 de julio de 2022]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/4073>.

CORTÉS ROSSO, Mauricio y NUÑEZ ÁVILA, Raúl. *Derecho Procesal de la Familia, la primera reforma procesal civil en Chile*. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2012. ISBN 9563461282.

DELGADO ALATA, Dante. Duda razonable y estándar de prueba penal apuntes introductorios. *Revista Postgrado Scientiarvm*, **2**(1): 9-15, 2016. ISSN 2411-8826.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, **34**: 349-383, 2010. ISSN 0716-1883.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Vol. I, Buenos Aires, Argentina: Zavalía, 1981.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomos I – II. Buenos Aires, Argentina: Víctor P. de Zavalía, 1988.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 4ª ed. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké, 1993. ISBN 9589276350.

DÖHRING, Erich. *La investigación del estado de los hechos en el proceso: La prueba, su práctica y apreciación*. En: MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. 1ª ed. Santiago, Chile: Librotecnia, 2017. ISBN 9789563271607.

EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatorio en el procedimiento de familia. *Revista Chilena de Derecho*, 47(1):101-118, 2020. ISSN 0718-3437.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 4º ed. Madrid, España: Trotta, 1995. ISBN 8487699944.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2002. ISBN 9788497682404.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2º ed. Barcelona, España: Marcial Pons, 2005. ISBN 9788497682404.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2007. ISBN 9788497684996.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*. 2010. En: ACCATINO, Daniela (coord.) *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2010. ISBN 956238859x.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre el estándar de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*. [en línea]. Ponencia en presentada en el Primer Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio. Girona, España, 2018. [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2022]. Disponible en: [https://www.academia.edu/43473534/Prolegómenos para una teor% C3% ADa sobre los estándares de prueba El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea](https://www.academia.edu/43473534/Prolegómenos_para_una_teor%C3%ADa_sobre_los_est%C3%A1ndares_de_prueba_El_test_case_de_la_responsabilidad_del_Estado_por_prisi%C3%B3n_preventiva_err%C3%B3nea).

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción - Estándares de prueba y debido proceso*. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2021. ISBN 9788413811079.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso*. [en línea]. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 7 (2):137-164, 2017. ISSN 2072-7976. [Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2022]. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/view/19697/19779>

FUENTES MAUREIRA, Claudio. Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. En: LETURIA FRANCISCO (ed.). *Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?*. Santiago, Chile: Libertad y Desarrollo, 2011. ISBN 9789567183364.

FUENTES MAUREIRA, Claudio. La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, **18** (1): 119-145, 2011. ISSN 0718-9753.

FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho civil*. Santiago, Chile: Imprenta y Litografía Universo, 1959.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. 2° ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2004. ISBN 8497681266.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (28): 127-139, 2005. ISSN 0214-8676.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2012. ISBN: 9789587107623.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3° ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2010. ISBN 9788497687201.

GARRIDO ÁLVAREZ, Ricardo. El Interés Superior del Niño y el Razonamiento Jurídico. [en línea] *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* N° 7, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013. [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2022]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8151/10094>.

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica. [en línea]. *Revista Chilena de Derecho*, **33** (1): 93-107, 2006. ISSN 0718-3437. [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2022]. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art06.pdf>.

GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles. *Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*. Tesis (Doctorado en Derecho), Universitat Autònoma Barcelona, Facultat de Dret, Barcelona, España, 2020.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *El Sistema Filiativo Chileno*. [en línea]. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. [Fecha de consulta: 29 de septiembre 2022]. Disponible en: https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:CL+content_type:4+source:6168/quienes+interpretan/WW/vid/369087826.

GREEVEN BOBADILLA, Nel. *Derecho de alimentos como derecho humano y apremios para obtener el cumplimiento*. 1ª ed. Santiago, Chile: Librotecnia, 2018. ISBN 9789563271775.

GUERRA BONET, José. *Derecho probatorio: probabilidad, estadística y estándares de prueba*. Tesis (Licenciatura en Derecho), Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia, 2019.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *Concepto de derecho familiar, sus elementos, el orden público y el interés social*. En: LEPIN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *Estudios de derecho familiar I. Actas primeras jornadas nacionales – facultad de derecho Universidad de Chile*. 1ª ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2016. ISBN 978-956-346-839-7.

HAMILTON ECHAVARRI, María. *Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre competencia, y rol de la Corte Suprema*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2018.

HERNÁNDEZ ZENCOVICH, José. *Medidas cautelares en los procedimientos de familia*. 1ª ed. Santiago, Chile: Hammurabi, 2017. ISBN 9789569952005.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. En: MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. 1ª ed. Santiago, Chile: Librotecnia, 2017. ISBN: 9789563271607.

HUNTER AMPUERO, Iván. *Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?* *Revista Ius et Praxi*, (1): 241-272, 2017. ISSN 0717-2877.

JARA CASTRO, Eduardo. *Derecho procesal de familia*. 1ª ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011. ISBN 9789561021303.

JARA ASTUDILLO, Nadia y VIGNEAUX RAMÍREZ, Cristián. *Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2017.

KEANE, Adrian y MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. Oxford, Oxford University Press, 2014. ISBN 9780199684342.

LARROUCAU TORRES, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, **39** (3): 783-808, 2012. ISSN 0718-3437.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. (Trad.) Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2013. ISBN 9788415664741.

LEPIN MOLINA, Cristián. *Naturaleza jurídica de la compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena*. En: LEPIN MOLINA, Cristián (direc). *Compensación económica. Doctrinas esenciales*. 2ª ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2016. ISBN 978-956-346-800-7.

LLORENS CARRASCO, Renata. *Estándar de prueba en derecho de familia*. Tesis (Magíster en Derecho), Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia, Chile, 2016.

LÓPEZ PINILLA, Ana. Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español. *Revista Nuevo Foro Penal*, **12** (86): 151-192, 2016. ISSN 01208179.

LOPES CERQUEIRA, Daniel. Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, **17** (296): pp. 152-170, 2018. ISSN 812-9552.

MENESES PACHECO, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil, *Revista Ius et Praxis*, **14** (2): 43-86, 2008.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, España: Civitas, 2005.

MONTERO AROCA, Juan. Prueba y verdad en el proceso civil. Prueba y verdad en el proceso civil un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (49): 117-147, 2019. ISSN 2346-3473.

MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. 1ª ed. Santiago, Chile: Librotecnia, 2017. ISBN 9789563271607.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*. Barcelona, España: J.M. Bosch Editor, 2001. ISBN 978-8476986226.

NIEVA-FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons, 2010. ISBN 9788497687577.

PATTENDEN, Rosemary. The risk of non-persuasion in civil trials: the case against a floating standard of proof. *Civil Justice Quarterly*, N° 7: pp. 220-233, 1989.

PIZARRO WILSON, Carlos. La cuantía de la compensación económica. *Revista de Derecho*, **22** (1): 35-54, 2009. ISSN 0718-0950.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*. Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos, 2008. ISBN 9788496758476.

RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia*. Tomo II, 7ª ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. ISBN 9789561020351.

RAVETLLAT BALLESTE, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho chileno. [en línea]. *Revista Chilena de Derecho*, **42** (3): 903-934, 2015. ISSN 0718-3437. [Fecha de consulta: 05 de diciembre de 2022]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007.

RIVAS LAGOS, Emilia. *La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2015.

RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2011. ISBN 978-84-9768-899-4.

RUIZ JARAMILLO, Bernardo. La verdad y la prueba judicial: la epistemología jurídica y las prácticas judiciales. En: PRIORI, Giovanni (coord.). *La prueba en el proceso*. Lima, Perú: Palestra Editores, 2018.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de derecho probatorio*. Lima, Perú: Communitas, 2009.

SOTO LECAROS, Marcos. *Aproximación a la discusión de la determinación de los hechos y el estándar probatorio en los procedimientos en la judicatura del derecho de familia chileno. Límites del juez de familia*. [en línea]. Academia Judicial, Programa de Extensión, 2021. [Fecha de consulta: 20 de junio de 2022]. Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/10/AJ_Aproximacion_a_la_discusion_de_la_determinacion_de_los_hechos_y_el_estandar_probatorio.pdf.

STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. Oxford University Press, Oxford, 2005. ISBN 978-0198257363.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. La compensación económica en la Ley de Divorcio. *La Semana Jurídica*, N° 271, Santiago, Chile, 2006.

TARSKI, Alfred. *La Concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*. 1944. En: TRARSKI, Alfred. *Teorías de la verdad en el siglo XX*. (Trad.) Norberto Smilg, José Rodríguez, María José Frápolli y Juan Antonio Nicolás. Madrid, España: Tecnos, 1997.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. (Trad.) Jordi Ferrer. 2° ed. Madrid, España: Trotta, 2002. ISBN 8481645346.

TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, **38** (114): 1285-1312, 2005, ISSN 0041-8633.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. (Trad.) Laura Manríquez y Jordi Ferrer. 2° ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2008. ISBN 52599-2008.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 3° ed. Madrid, España: Trotta, 2009. ISBN 8481645346.

TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y motivación*. En: TARUFFO, Michele (coord.). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. ISBN 8461308077.

TARUFFO, Michele. *La prueba. Artículos y conferencias*. 1ª ed. Santiago, Chile: Metropolitana, 2009. ISBN 9789562860956.

TARUFFO, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. 1ª ed. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. ISBN 978-607-708-179-1.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Variaciones sobre la prueba en el proceso. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCV (2): 37-59, 1998.

TOSCANO LÓPEZ, Fredy. *El derecho fundamental a la prueba en Colombia*. En: PRIORI, Giovanni (coord.). *La prueba en el proceso*. Lima, Perú: Palestra Editores, 2018. ISBN 9786123250362.

TRENTO, Simone. Algunos criterios para reformar los estándares de prueba en el proceso judicial. En: PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*. 1ª

ed. Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía: Uniandes, 2015. ISBN 9789587742169.

VAN HASSELT GARRIDO, Roberto. El estándar de prueba en materia infraccional. Análisis Jurisprudencial. *Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile*. (13): 209-236, 2015. ISSN 0719-7527.

VALENZUELA CORTÉS, Cristóbal. *Aproximaciones sobre la regla de estándar de prueba aplicable a la hipótesis de colusión en el derecho de la competencia chileno: Un análisis a partir del Voto de Prevención de la Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2018.

VÁSQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. 1ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, 2013. ISBN 9788415664536.

VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación económica en el divorcio: ¿Las incertidumbres se disipan?. *La semana jurídica*. (321), 2007.

VILLAGRA CASTILLO, Eduardo. *Hacia la formulación de un estándar de prueba cautelar aplicable a la prisión preventiva desde la mirada de la presunción de inocencia*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, 2018.

ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil process, principles and practice*. 4ª ed. Londres, Inglaterra: Sweet and Maxwell, 2013. ISBN 9780414078420.

INFORMES Y DOCUMENTOS DE INSTITUCIONES

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley N°19.96*. [en línea]. Santiago, Chile, 2004. [Fecha de consulta: 10 de junio de 2020]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5746/>.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Informe temático “*Violencia contra la mujer en Chile y Derechos Humanos*”. [en línea]. Facultad de derecho. Universidad de Chile, 2018. [Fecha de consulta 05 de junio de 2022]. Disponible en: <http://derecho.uchile.cl/publicaciones/libros/informe-tematico-violencia-contra-la-mujer-en-chile-y-ddhh#>.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “*Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial*”. [en línea]. 2013. Párrafo 97. [Fecha de consulta 08 de octubre de 2022]. Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/02. “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”. [en línea]. 2002. Serie A N°. 17, párrafo 113. [Fecha de consulta 27 de septiembre de 2022]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ. *¿Qué se entiende por vulneración de Derechos?* [en línea]. [Fecha de consulta: 27 de mayo 2022] Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-se-entiende-por-vulneracion-de-derechos/.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. Subsecretaría de Prevención del Delito. *IV Encuesta de Violencia contra la Mujer en el Ámbito de Violencia Intrafamiliar y en Otros Espacios (ENVIF VCM)*. [en línea]. 2020. [Fecha de consulta: 07 de junio de 2022]. Disponible en: <http://cead.spd.gov.cl/wp-content/uploads/file-manager/Presentación%20de%20Resultados%20IV%20ENVIF-VCM.pdf>.

FUENTES NORMATIVAS

- Ministerio de Justicia

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Código de Procedimiento Penal.

Código Procesal Penal.

Ley N°19.968, Crea los Tribunales de Familia.

Ley N°20.066, Establece Ley de Violencia Intrafamiliar.

Ley N°19.947, Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil.

- **Corte Suprema**

Acta 98-2009: Auto Acordado sobre Gestión y Administración en Tribunales de Familia Herramientas de Gestión. [en línea]. 2009. [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2022]. Disponible en: https://www.uchile.cl/documentos/acta-98-2009-auto-acordado-sobre-gestion-y-administracion-en-tribunales-de-familia_62340_0_1623.pdf.

- **Organización de Naciones Unidas**

“*Convención sobre los Derechos del Niño*”. [en línea]. 1989. [Fecha de consulta 08 de diciembre de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>.

JURISPRUDENCIA

Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua, en causa Rol N°1603-2005, de fecha 16 de mayo de 2006. Identificador Vlex: VLEX-516508686.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N°1539-2007, de fecha 29 de octubre de 2007. Disponible en: Thomson Reuters, Cita online CL/JUR/2335/2007.

Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol N°377-2008, de fecha 13 de junio de 2008. Disponible en: Westlaw, Thomson Reuters, Cita online CL/JUR/5671/2008.

Sentencia Corte Suprema, en causa Rol N°7939-2008, de fecha 19 de enero de 2009. Identificador Vlex: VLEX- 55571741.

Sentencia Corte de Apelaciones de Arica, en causa Rol N°73-2010, de fecha 23 de agosto de 2010. Identificador Vlex: VLEX-226580907.

Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa Rol N°504-2020, de fecha 22 de octubre de 2010. Identificador Vlex: VLEX-226594603.

Sentencia Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en causa Rol N°33-2017, de fecha 11 de mayo de 2017. Identificador Vlex: VLEX-679062181.

Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol N°405-2017, de fecha 04 de septiembre de 2017. Identificador Vlex: VLEX-696546597.