



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

NATURALEZA JURÍDICA DEL INFORME DEL CONSEJERO TÉCNICO DE LOS
TRIBUNALES DE FAMILIA: UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PRUEBA PERICIAL

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

Memorista:

Stefanny Andrea Marambio Gallardo

Profesora Guía:

María de los Ángeles González Coulon

Santiago, Chile

Enero 2023

A mi mamá y papá, por siempre creer y confiar.

Por su incondicionalidad y cariño.

A Felipe, por ser mi compañero e inspiración.

ÍNDICE

CAPITULO I: Consideraciones generales	8
1. El consejero técnico en los tribunales de familia	8
1.1. El informe experto emitido por el consejero técnico.....	10
2. Consideraciones sobre la prueba en general	13
2.1. La prueba en la LTF	14
2.2. Sistema de valoración probatoria en la LTF.....	15
3. Consideraciones sobre la prueba pericial.....	16
3.1. Regulación legal de la prueba pericial en nuestro ordenamiento jurídico.....	18
CAPITULO II: Naturaleza jurídica del informe pericial	21
1. Naturaleza jurídica del informe pericial bajo la regulación de la ley N°19.968.....	22
CAPITULO III: Naturaleza jurídica del informe técnico del consejero.....	24
1. El informe de peritos y el consejero técnico en la LTF: Análisis comparativo de ambas figuras.....	25
a) Calidad de expertos	26
b) Necesidad del informe	27
c) Legitimidad del informe.....	28
d) Función del informe.....	28
e) Objeto del informe.....	29
f) Calidad de terceros ajenos al proceso	30
g) Objetividad del informe	31
h) Fungibilidad.....	31
i) Carácter no vinculante del informe	32
j) Procedencia de la alegación de inhabilidad respecto del perito y del consejero técnico	33
2. Análisis de la naturaleza jurídica del informe del consejero técnico.....	34
2.1. Informe técnico del consejero como medio de auxilio del juez	34
2.2. Informe técnico del consejero como medio de prueba	36
2.3. Informe técnico del consejero como expresión de una labor juzgadora.....	37
2.4. Informe técnico del consejero como expresión de un “amicus curiae”	40
3. Informe experto del consejero técnico: un medio de prueba	41

CAPITULO IV: Consecuencias de la determinación de la naturaleza jurídica del consejero técnico.....	44
1. Obligación del juez de fundamentar la sentencia respecto de la valoración de informe del consejero técnico.....	44
1.1. Debido proceso: El derecho a defensa y a recurrir.....	47
2. Vulneración de los principios de publicidad, contradicción e igualdad de armas.....	50
CONCLUSIONES.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	56

RESUMEN

En el presente trabajo se analizará la naturaleza jurídica de los consejeros técnicos de los Tribunales de Familia, mediante la realización de un análisis comparativo entre esta figura, que desempeña labores de asesoría al magistrado en materias ajenas a lo jurídico, y el perito, quien es experto en algún área del conocimiento técnico, artístico o científico y entrega máximas de la experiencia que permiten al juez fallar correctamente un conflicto.

Para cumplir con este propósito, basaremos nuestro análisis en la discusión doctrinal, de carácter histórica pero aun presente, relativa a la naturaleza jurídica del perito, donde se ha debatido sobre su finalidad probatoria, en contraposición a las ideas del peritaje como una herramienta de auxilio en la labor juzgadora. También haremos referencia a las ideas que han surgido doctrinalmente sobre la naturaleza jurídica del perito como juzgador de los hechos de los que toma conocimiento y de perito como *amicus curiae*.

Finalizada esta exposición de ideas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la pericia, nos basaremos en las similitudes que presentan el perito y el consejero técnico en sus funciones y características, para aplicar, mediante analogía, dichas teorías a nuestra búsqueda de determinar la real naturaleza jurídica del consejero técnico en su faceta de asesor del magistrado. Con ello, concluiremos el presente trabajo con la exposición de las eventuales consecuencias que significaría señalar que la naturaleza jurídica del informe experto emitido por el consejero técnico es la de un medio de prueba.

INTRODUCCIÓN

Con la publicación de la ley 19.968 “que crea los tribunales de familia” (“LTF”) en el año 2004, se integró en nuestro ordenamiento jurídico una nueva sede jurisdiccional especializada, destacando dentro de los cambios integrados el que los jueces de esta nueva judicatura, a la hora de dirimir un conflicto de esta naturaleza, deben tener en cuenta no solo criterios legales, sino también, considerar la aplicación de criterios de otras áreas, ajenas al derecho.

La especialidad en los tribunales de familia surge de la necesidad de atender correctamente a las problemáticas que se abordan en dicha judicatura, teniendo en cuenta lo delicado que se torna un proceso cuando se involucran niños, niñas y adolescentes¹, y en general, vínculos familiares.

Estos tribunales, al ser especializados, se caracterizan por tender a instaurar un enfoque interdisciplinario en la resolución de los litigios sometidos a su jurisdicción, por lo cual, la LTF implementó nuevas instituciones que permitirían lograr dicho objetivo, tal como lo es la figura del consejo técnico, los cuales han permitido integrar dentro de los procesos jurídicos del derecho de familia perspectivas diversas, del área de la psicología, social, entre otras.

Los consejeros técnicos de los tribunales de familia son expertos, miembros del tribunal, cuya principal finalidad es la de asesorar al juez en el área de su especialidad. Sin embargo, dicha función asignada por el legislador ha sido catalogada como ambigua², quedando abierta a interpretaciones que, en la práctica, pueden implicar una confusión con las funciones que ejercen otros participantes del proceso.

Ya durante la discusión legislativa del proyecto de la LTF, se discutía la ambigüedad con la que se planteaba la regulación de esta nueva figura. De este modo, el Colegio de Asistentes Sociales de Chile – antecesora de la actual Asociación Nacional de Consejeros Técnicos – expresaba su preocupación al respecto exigiendo “que se definan las funciones de los profesionales que formaran parte del Consejo Técnico. Igualmente, el carácter vinculante de las opiniones respecto a la resolución de los casos. Al Colegio le interesaría que se definieran los roles y funciones de los asistentes sociales miembros de los Consejos Técnicos.”³

¹ BARRAZA GALLARDO, Luisa. Debate parlamentario de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia. Tesis (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007. p. 12.

² HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. El Consejo Técnico de los Tribunales de Familia de Chile. Regulación, límites y proyección. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, 2017, no 9, p. 144.

³ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 19.968, p. 532.

Junto con ello, doctrinalmente, también se ha planteado la existencia de importantes dificultades que son consecuenciales a la escasa regulación que tenía la puesta en práctica de las labores de los miembros del consejo técnico. En efecto, se ha planteado que, a pesar del intento que ha ejercido la Corte Suprema de normar a través de auto acordados el funcionamiento de estos funcionarios, aún existen diferencias y dudas prácticas sobre el correcto desempeño del cargo y sus limitantes⁴.

Frente a esta situación, surge la interrogante sobre los límites de la labor de asesoría que cumplen los miembros del consejo, siendo esta falta de claridad práctica, determinante para cuestionarnos cuál es la verdadera naturaleza jurídica del informe del consejero técnico en los tribunales de familia: ¿es el consejero un mero asesor que se limita a auxiliar al juez o pueden contemplarse otras alternativas? ¿es un perito que declara en juicio? ¿cumple el consejero técnico una labor juzgadora al emitir opiniones técnicas? ¿podría considerarse que el consejero técnico es un *amicus curiae*?

Metodológicamente, en la búsqueda de responder a estas interrogantes, primeramente, estudiaremos las relevantes similitudes presentes en la comparación entre el consejero técnico y el informe pericial, en las labores que son desempeñadas en el marco de la jurisdicción de los tribunales de familia. Ello nos permitirá, posteriormente, aplicar las teorías sobre la naturaleza jurídica de la pericia a nuestra problemática sobre el informe técnico del consejero.

Es decir que, admitida la similitud existente entre ambas figuras, podremos basar nuestro estudio sobre la naturaleza jurídica del consejero técnico de los tribunales familia – específicamente, respecto de su labor de asesor del juez y de su facultad de emitir de opiniones técnicas- en el debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la prueba pericial, el cual refiere a la distinción del peritaje como “auxilio del juez” o “prueba de parte”, y junto con ello, ahondaremos en otras corrientes doctrinales que comparan la función pericial a la judicial y al *amicus curiae*.

De este modo, podremos responder las interrogantes expuestas con anterioridad y dar cuenta de las consecuencias prácticas que tendría admitir que la naturaleza jurídica del consejero – respecto de su función asesora- es distinta a la de un mero auxiliar del proceso.

⁴ CASAS, Lidia; DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe; RIEGO, Cristián; VARGAS, Macarena. El Funcionamiento de los nuevos Tribunales de Familia Resultados de la Investigación. Universidad Diego Portales, 2016, p. 8.

CAPITULO I: Consideraciones generales

1. El consejero técnico en los tribunales de familia

La intervención de los consejeros técnicos en los procedimientos de familia se torna esencial por la misma razón que es necesaria la participación de los peritos en los procedimientos judiciales. Los jueces no son conocedores de todas las ciencias; son juristas, no expertos en otras áreas de naturaleza diversa, tal como la medicina, psicología, sociología, economía, arquitectura, etc.

Palomo señala que el juzgador no tiene la obligación de poseer conocimientos que lleguen más allá de los propios de un hombre de cultura media. En este sentido, no le es exigible al juez que posea la totalidad de los conocimientos técnicos requeridos para cumplir con su labor de apreciación de la prueba y posterior fijación de la existencia o inexistencia de todos los hechos de relevantes del proceso⁵.

En procedimientos especializados como los que tienen lugar en la judicatura de familia, se vuelve aún más indispensable la inclusión en el proceso de conocimientos técnicos relacionados con esta área. En este sentido, el artículo 1 de la LTF crea una “judicatura especializada”, haciendo referencia a la integración en nuestro sistema judicial de los tribunales de familia. En los artículos posteriores de la ley podemos también visualizar que el legislador no contempló exigencias de especialización para los jueces de familia.

Entonces, ¿dónde surge el carácter especializado que tiene esta judicatura? La especialidad viene dada en un primer término por la creación de tribunales que conocen y resuelven los conflictos familiares, contenciosos y no contenciosos, de manera exclusiva⁶, y que, junto a ello, la respuesta a dichos conflictos debe tener un carácter interdisciplinario, es decir, el tribunal especializado debe encontrarse siempre preparado para conocer los diversos aspectos de un conflicto familiar, y no limitarse a intervenir netamente en los aspectos jurídicos del mismo⁷.

Con la finalidad de dar cumplimiento a este último objetivo, es que la LTF incorporó en su judicatura, en el artículo 5, la figura del consejo técnico, integrado por profesionales de distintas áreas, cuya principal finalidad legal, es la de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad.

⁵ PALOMO VÉLEZ, Diego. Proceso civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere? Revista de Derecho, Vol. XVIII, N° 1, 2005, p.79.

⁶ BARRAZA GALLARDO, Luisa. *Debate parlamentario de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia*. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2007, p. 11.

⁷ BARRAZA GALLARDO, Luisa. Óp. Cit, p.14.

Así mismo, el artículo 457 del COT, que se refiere al consejo técnico en los procedimientos de familia, señala que este se compone de profesionales en el número y con los requisitos que establece la ley.

El legislador, mediante la inclusión de esta nueva figura en la LTF, buscaba asegurar que el juez pudiera dar una solución a los litigios de familia no solo desde la perspectiva jurídica, sino también, dando una respuesta especializada ante los distintos matices que se podían presentar ante conflictos de esta naturaleza, de índole emocional o psicológicos, de tipo conductual, de tipo socioeconómico, entre otros⁸.

Para cumplir con esta función legal de asesor del juez, el consejero técnico no solo debe cumplir con el requisito establecido en el artículo 7 de la LTF, de poseer un título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por alguna universidad o instituto profesional, sino que, el mismo artículo exige la acreditación de experiencia profesional idónea en el área, además de cumplir con una exigencia de especialización en materias de familia o de infancia de a lo menos dos semestres de duración.

Por su parte, el carácter multidisciplinario que exhibe el consejo técnico se encuentra regulado también en el Auto acordado 93-2005 de la Corte Suprema⁹, el cual establece, en su artículo 3, que este grupo técnico deberá ser integrado por profesionales de diversas disciplinas. Nos referimos, principalmente, a psicólogos, asistentes sociales, orientadores familiares u otros de una naturaleza similar a los indicados¹⁰.

Cabe señalar que, junto a la función de asesor técnico profesional del juez, el legislador encomienda al consejero técnico otro tipo de atribuciones, no taxativas, reguladas también en el artículo 5 de la LTF:

“a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas;

b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente;

c) Evaluar, a requerimiento del juez, la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo, y

⁸ Ibid.

⁹ Corte Suprema. Acta N°93-2005: Auto Acordado sobre Rol y Funciones de los Consejos Técnicos en los Juzgados de Familia, 2005.

¹⁰ HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. Óp. Cit., p. 138.

d) Asesorar al juez, a requerimiento de éste en la evaluación del riesgo a que se refiere el artículo 7 de la ley N°20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, y

e) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.”

Por su parte, cabe señalar la existencia de una segunda expresión de la función de asesoría técnica, además de las reguladas en el artículo expuesto con anterioridad, la cual se encuentra regulada en el artículo 64 de la LTF, referente a la producción y rendición de la prueba en el Procedimiento Ordinario ante los Tribunales de Familia. Al respecto, el inciso 6° del artículo ya citado indica la posibilidad de que el juez, una vez practicada la prueba en el juicio oral, solicite a un miembro del consejo técnico que emita su opinión respecto de la prueba rendida, en el ámbito de su especialidad.

Podemos concluir el presente acápite de nuestro trabajo señalando que, el análisis que emplearemos en este estudio dice relación con la función de asesoramiento que ostenta el consejero técnico, y específicamente, respecto de las atribuciones establecidas en la letra a) del artículo 5 de la LTF y el inciso 6° del artículo 64 de la misma ley. Respecto a ambas normas podemos decir que ellas consagran legalmente la facultad de los miembros del consejo técnico para participar en las audiencias a solicitud del juez. Dicha atribución es llevada a cabo por el consejero técnico convocado, mediante una actuación oral, consistente en la emisión de un informe en el cual presentan su opinión técnico profesional¹¹, la cual podrá recaer, de ser requerida, sobre los medios de prueba presentados en la audiencia de juicio.

1.1.El informe experto emitido por el consejero técnico

Para lograr un completo análisis de esta figura, es esencial comprender en qué consiste el informe técnico profesional que emite el consejero técnico a solicitud del juez. En virtud de ello, el presente apartado se encuentra enfocado en el análisis de este informe.

De acuerdo con los antecedentes legislativos de la LTF, la inclusión de un consejo técnico en esta nueva judicatura de familia se enmarca en la búsqueda de una respuesta socialmente adecuada a las especiales características que reviste este tipo de conflicto.¹² En esta línea, en el mensaje del proyecto de Ley emitido por el Ejecutivo, se señalaba que el Consejo Técnico debía ostentar un carácter interdisciplinario, y se propuso que, el principal enfoque de este órgano fuera el de asesorar al juez en la comprensión de los hechos y situaciones que se ventilasen en los litigios¹³.

¹¹ HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. Loc. Cit.

¹² Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 19.968.

¹³ Ibid.

Junto con la estipulación de la función principal del Consejo Técnico, se propuso además que esta asesoría procediera a solicitud del juez, cuando se tratase de cualquier materia relacionada a la especialidad del consejero, así como en la adopción de la resolución que mejor convenga a los intereses permanentes del grupo familiar. Además, se señalaba que los informes u opiniones emitidas por el consejo debían ser públicas y se daría cuenta de ellos en las respectivas audiencias¹⁴.

Esta propuesta se tradujo en el artículo 5 de la LTF, ya expuesto con anterioridad, que regula las atribuciones del consejo técnico, entre ellas, la de emitir opinión técnica cuando sea solicitada por el juez. De esta forma, podemos decir que no se incluyó en la ley, de forma expresa, la facultad de emitir informes técnicos, como sí se disponía en la propuesta enviada por el ejecutivo. No obstante, podemos interpretar que la letra a) del artículo 5 de la LTF da cuenta de la facultad que tienen los consejeros técnicos de ser citados por el juez a una audiencia para otorgar su asistencia técnica. Lo cual, según Henríquez se expresaría en una actividad oral, de intermediación entre el juzgador y las partes, siendo este el contexto en el cual el consejero da cuenta de su opinión técnica¹⁵.

En esta misma línea, la Corte Suprema señala que la opinión técnica del consejo sobre la prueba rendida en la audiencia de juicio deberá ser emitida, al igual que en el caso anterior, en forma oral, en presencia de las partes y de ella deberá quedar registro en el sistema de audio¹⁶.

Ahora bien, teniendo en cuenta la procedencia de la emisión de la opinión técnico profesional del consejero técnico a solicitud del juez, es que cabe preguntarnos sobre qué asuntos de la contienda, en específico, debe recaer la asesoría experta del consejero.

En lo que concierne a este trabajo, nos enfocaremos, como ya fue señalado, en la atribución del artículo 64 inciso 6° de la LTF. En este sentido, la Corte Suprema, en el artículo 2 del Acta 93-2005 (relativa a las funciones del consejo técnico en los procedimientos de familia), ha considerado dos aspectos relevantes que debemos señalar: en un primer término, emite una regla prohibitiva para los consejeros técnicos en su función de asesor del juez, descartando que dicha atribución pueda tener la naturaleza de un informe pericial. En este sentido indica que “los Consejos Técnicos no están

¹⁴ Dicho requerimiento no quedó estipulado en la Ley 19.968, sin embargo, si fue considerado en el Instructivo de la Corte Suprema sobre Procedimientos de los Juzgados de Familia del año 2006, al señalar que: “La participación de los Consejeros Técnicos en las audiencias debe ser oral y pública y su opinión deberá quedar registrada en el audio correspondiente.”; CORTE SUPREMA. Procedimientos para Juzgados de Familia. Corporación administrativa Poder Judicial. Julio 2006, p.37.

¹⁵ HENRÍQUEZ GALINDO, Óp. Cit., p. 146.

¹⁶ CORTE SUPREMA, Óp. Cit., p. 38.

legalmente facultados para emitir informes periciales ni recibir prueba no verificada en presencia del juez...”¹⁷.

Podemos señalar, en concordancia con lo estipulado por la Corte Suprema, que los consejeros técnicos en los procedimientos de familia no son peritos, y, en consecuencia, al no encontrarse autorizados para emitir informes periciales, podemos descartar que el contenido del informe del consejero técnico sea una pericia sobre los hechos controvertidos. Esta limitación será analizada en los próximos capítulos con mayor profundidad.

En un segundo término, y continuando con la pregunta relativa a cuál es el objeto sobre el que recae el informe experto del consejero técnico, el artículo 2 del Acta 93-2005 señala que, no obstante la limitación ya señalada, los consejeros técnicos “asesorarán en la adecuada valoración de aquellos informes emitidos en juicio, así como en la determinación de los que hayan de decretarse y quienes hayan de evacuarlos”¹⁸, en este caso, el contenido del informe técnico sería un análisis desde la perspectiva profesional del consejero que recaería sobre los informes periciales incorporados en el juicio, tanto aquellos solicitados de oficio por el juez como respecto de la prueba pericial de parte.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 64 inciso 6° de la LTF, y en concordancia con lo señalado en el párrafo anterior, el informe técnico del consejero recaería en la prueba ya incorporada en el juicio por las partes. Cabe señalar, que ello no implica que la opinión profesional del consejero técnico recaiga sobre los hechos mismos del caso.¹⁹

Dicho esto, podemos concluir que el informe que emite el consejero consiste en la emisión de una opinión técnica²⁰, relacionada a su especialidad²¹, que recae sobre la prueba emitida en la audiencia de juicio y cuyo objeto es el de prestar asesoría especializada al juez en la comprensión de los hechos que se ventilen²².

¹⁷ CORTE SUPREMA, Acta 93-2005: Auto Acordado sobre Rol y Funciones de los Consejos Técnicos en los Juzgados de Familia, 2005.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Adelantándonos a la comparación que realizaremos más adelante respecto del informe del consejo técnico y el peritaje, vale señalar que, a diferencia de la prueba pericial, el informe del consejero técnico no recae sobre los hechos mismos que deben probarse, sino más bien sobre la prueba aportada. En este sentido, la opinión del consejero recaerá sobre el informe pericial, sobre el relato del testigo, la información que aporta la prueba documental, etc.; DUCE JULIO, Mauricio. La prueba pericial en los procesos orales. En Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros. Lexis Nexis, 2007. p. 383 - 428.

²⁰ Artículo 5 letra a de la LTF: “En particular, tendrán - el consejo- las siguientes atribuciones: a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas”.

²¹ Artículo 64 inciso 6° de la LTF: “el juez podrá solicitar a un miembro del consejo técnico que emita su opinión respecto de la prueba rendida, en el ámbito de su especialidad”.

²² Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 19.968, p. 10.

2. Consideraciones sobre la prueba en general

Otro aspecto relevante en nuestro trabajo dice relación con la concepción que utilizaremos de la prueba, ya que las conclusiones a las que arribaremos más adelante tienen base en las ideas generales que expondremos a continuación.

En un primer término, corresponde señalar que, en el desarrollo del presente trabajo, consideraremos que la prueba es toda una actividad llevada dentro del proceso judicial, mediante la cual se aporta información que es requerida para sustentar las alegaciones de las partes permitiendo al juez fallar el conflicto debatido²³.

Respecto a la finalidad de incorporar la prueba en el proceso, se ha señalado que esta tiene como objeto principal permitir al juez determinar la verdad en la concurrencia de los hechos afirmados por las partes en el juicio²⁴. En este sentido, Gascón daba cuenta de la existencia de un fin epistemológico de la prueba, destinado a la “reconstrucción de los hechos litigiosos, tal y como sucedieron; o sea, a la formulación de enunciados fácticos sobre esos hechos que serán verdaderos si los hechos que describen han existido o existen en un mundo independiente”²⁵.

Siguiendo esta línea, al hablar de los medios de prueba podríamos hacer referencia a, tal como lo señalaba Taruffo, “cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa”²⁶, aunque dicha proposición puede ser objetada, si consideramos que la averiguación de la verdad mediante la actividad probatoria se encuentra técnicamente limitada, debido a que no existiría actividad cognoscitiva que permita al juez lograr el absoluto conocimiento de la realidad sobre la ocurrencia de las proposiciones fácticas alegadas por las partes en el litigio, ello en virtud de las limitaciones temporales o de la imposibilidad que tiene el juzgador de conocer directamente los hechos controvertidos²⁷.

De esta forma, no consideramos que la finalidad directa de la prueba en el proceso sea el establecimiento de la verdad – en cuanto a la verdad como realidad - de las proposiciones fácticas esgrimidas por las partes, sino más bien, su objetivo estará ligado a permitir que el juez encuentre dicha verdad, es decir, que se aproxime en la mayor medida de lo posible a ella²⁸, en este sentido, Montero estima que la prueba en el proceso judicial “tiende a alcanzar la certeza en el juez respecto

²³ MENESES PACHECO, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Ius et Praxis*, vol. 14, no 2, 2008, p. 46.

²⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Editorial Marcial Pons, 2007, p. 29.

²⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz. *Anuario de filosofía del derecho*, 2002, p. 490.

²⁶ TARUFFO, Michelle. La prueba. Madrid, editorial Marcial Pons, 2008, p.15.

²⁷ GONZÁLEZ LAGUIER, Daniel. *Questio facti*. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción. 2013, p. 16.

²⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba y verdad en el derecho. Editorial Marcial Pons, 2005, p. 68-73.

de los datos aportados por las partes, certeza que en algunos casos derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.”²⁹

En virtud de esto, medio de prueba será cualquier elemento que permita que el juez “adquiera la convicción o el convencimiento sobre la verdad de un hecho afirmado por alguna de las partes”³⁰, y dicho estado de convencimiento es parte de un proceso mental y de un aspecto interno del juzgador, como señala Taruffo, “la persuasión de un sujeto respecto a cualquier cosa es de hecho un estado psicológico y nada más, la prueba puede ser cualquier cosa que hubiese influido en la formación de ese estado psicológico y tiene valor en la medida en que haya producido ese efecto, no por otras razones.”³¹.

Con ello pretendemos abordar nuestro estudio mediante una aproximación desde la teoría racionalista de la prueba. En este sentido, debe considerarse también el contexto en el que se desenvuelve el proceso como parte de la actividad racional que desarrolla el juez para considerar la verdad o falsedad de una determinada proposición³², así seguimos en su planteamiento a Vázquez, quien señala que el concepto racional de la prueba implica ir mucho más allá del mero contexto reglado³³.

Para finalizar este apartado, podemos señalar que las conclusiones a las que arribaremos más adelante tendrán su fundamento en nuestra consideración de que la prueba, en cuanto elemento que sirve para lograr la convicción del juez sobre la veracidad de las alegaciones de las partes, puede ir más allá de lo normado y que se puede controlar, es decir, prueba para nosotros será entendida como toda información que recaiga en el proceso y que sirva internamente al juez para lograr la convicción sobre un postulado y finalmente, decidir el conflicto.

2.1. La prueba en la LTF

La regulación de la prueba en la LTF podemos encontrarla en el título III, párrafo 3º, denominado “De la Prueba”. En el se regulan aspectos de la prueba en general y de los medios de prueba. Además de ello, podemos encontrar regulación sobre la prueba que es aplicable a los

²⁹ MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Quinta edición, Thomson – Arazandi, Navarra, España. 2007, p. 60.

³⁰ PALOMO VÉLEZ, Diego. Óp. Cit. p.18.

³¹ TARUFFO, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en Doxa, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.32

³² FUCHS NISSIM, Andrés. Consideraciones teóricas y prácticas sobre la relación entre proceso prueba y verdad. Tesis (Licenciatura en Derecho), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010, p. 76.

³³ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015, p. 59.

procedimientos de la LTF en el CPP y en el auto acordado sobre Funcionamiento de los Tribunales de Familia.

Respecto a la prueba en los procesos contemplados en la LTF, el artículo 61 N°7 de dicha ley señala que esta se determina en la audiencia preparatoria, donde se fijan los hechos que deben ser probados, así como las partes pueden ofrecer los medios de prueba de los que se servirán para sostener sus respectivas teorías del caso y que con posterioridad deberán ser incorporadas en la eventual audiencia de juicio.

Además de las partes, podemos decir que el juez posee importantes facultades probatorias. En efecto, el artículo 29 inciso 3° de la LTF faculta al juez a ordenar el acompañamiento al proceso de todo medio de prueba del que tome conocimiento o que, a su juicio, considere necesario en virtud del respectivo conflicto familiar. En esta misma línea de atribuciones, el artículo 45 inciso 3°, sobre la prueba pericial, indica que el juez de oficio o a solicitud de parte podrá ordenar la elaboración de informe de peritos.

Ya que la LTF otorga al juzgador amplias facultades para solicitar la producción de prueba durante el proceso, podemos señalar que la finalidad de la prueba en los procedimientos seguidos ante los tribunales de familia va más allá de permitir el convencimiento del juez sobre la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos, por lo que la finalidad de la prueba es “averiguar, comprobar y cerciorarse de la verdad posible”³⁴ de las proposiciones elaboradas por los litigantes.

En los artículos 33 y siguientes de la LTF se dispone que los medios de prueba admitidos son la prueba testimonial, pericial, declaración de partes y en general, cualquier otro medio de prueba no regulado expresamente en la ley, que sea un medio apto para producir fe. Al respecto de esta última posibilidad, podemos señalar que los procedimientos ante los tribunales de familia se caracterizan por la libertad probatoria que se admite en la LTF, específicamente en el artículo 28, donde el legislador estimó que todo hecho pertinente para la adecuada resolución del conflicto familia, podría ser probado con cualquier medio producido en conformidad a la ley.

2.2. Sistema de valoración probatoria en la LTF

Finalmente podemos hacer referencia al sistema de valoración probatoria predominante en la LTF, la sana crítica. La valoración de la prueba ha sido definida como “el proceso intelectual por

³⁴ NÚÑEZ ÁVILA, René, ROSSO CORTÉS, Mauricio, MATURANA MIQUEL, Cristián. Derecho procesal de familia. Thompson Reuters, Santiago, 2012., p. 228.

el cual el juez da ‘valor’, asigna mérito a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación verificado por y ante él. Como sabemos, no se trata sino de determinar qué afirmaciones sobre hechos han resultado establecidos en el proceso”³⁵.

En la normativa relativa a los tribunales de familia, en el artículo 32 de la LTF, encontramos que se ha establecido como sistema general de valoración probatoria a la sana crítica³⁶ el sistema intermedio entre la prueba legal tasada y de libre prueba. En nuestro caso, la sana crítica se caracteriza porque “entrega siempre al legislador la función de enumerar los medios probatorios; pero, en cambio, faculta al juez para valorar tales medios probatorios de acuerdo a la lógica, al buen sentido y a las normas de la experiencia. Se trata de colocar el tema de la prueba dentro de un concepto intelectual y de restarle todo carácter de función mecánica para llegar, a la postre, a un mejor descubrimiento de la verdad”³⁷.

En nuestro caso, es el legislador quien en el mismo artículo 32 de la LTF estimó que la valoración de la prueba en los procesos seguidos ante los tribunales de familia debería hacerse conforme a la sana crítica y, en consecuencia, el juez no puede contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Estos elementos de la sana crítica son parte de la racionalidad que debe acompañar al raciocinio del juez al tomar decisiones.

En efecto, la sana crítica es un sistema de valoración racional, donde el límite a la libertad del juez para apreciar la prueba se encuentra en las reglas de racionalidad como lo son las máximas de la experiencia. En este sentido, el juez debe basar y guiar su raciocinio al apreciar la prueba en la misma forma en la que lo hace la experiencia colectiva de la sociedad en un momento histórico determinado³⁸.

3. Consideraciones sobre la prueba pericial

La existencia de la prueba pericial en el derecho chileno y comparado tiene que ver con la necesidad de incluir en los procesos judiciales información experta, lo cual, a su vez, se vincula con

³⁵ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. El proceso en acción. Editorial Libromar, Valparaíso, 2000, p. 282.

³⁶ La sana crítica viene a ser el principal sistema de valoración probatoria en los procedimientos seguidos ante tribunales de familia, más no el único, en virtud de que excepcionalmente existen normas que contienen reglas de prueba tasada en relación a procedimientos de esta naturaleza, como lo es el caso de las pruebas del estado civil – artículos 304 a 320 del Código Civil – y la prueba del cese de la convivencia en el caso de matrimonios celebrados después de la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil – artículos 22 al 25 y 44 inciso 4° de la LMC-.

³⁷ CASARINO VITERBO, Mario. Manual de Derecho Procesal. Tomo IV, 5° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 78.

³⁸ OYARZUN RIQUELME, Felipe. Aplicación de las máximas de la experiencia en un modelo de valoración racional de la prueba. Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2016, p. 27.

la idea de que los jueces no son omnisciosos³⁹, estudiosos de todas las ciencias. Los jueces son juristas, y en nuestro caso de análisis, expertos en el derecho de familia, más no conocedores profesionales de las ciencias psíquicas, sociales, médicas, socioeconómicas, etc., por lo que no puede ser exigido a los jueces poseer todos los conocimientos necesarios para llegar a establecer la ocurrencia de los hechos controvertidos.⁴⁰

Así mismo, autores como Garrido han señalado que “en la actualidad, no solo se hace imprescindible para la magistratura la profundidad en el conocimiento jurídico, sino también, en la cultura especializada en determinadas ciencias”⁴¹. No obstante, dada la imposibilidad lógica de que el juzgador posea conocimientos sobre la totalidad de las ciencias existentes, es que se requiere la asesoría técnica de expertos ajenos a lo jurídico.

Teniendo en cuenta ello es que, en los procedimientos judiciales, y en especial, en procedimientos especializados como los que tienen que ver con la judicatura de familia, se hace más que necesaria la participación del perito, es decir, de un tercero que es experto en un área del conocimiento - respecto de la cual el juez no tiene expertis -, para que emita sus conclusiones técnicas respecto de la interpretación que efectúa sobre los datos que se le han presentado⁴².

Duce, por su parte, describe la figura del perito como aquellas “personas que cuentan con una experticia especial en un área del conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio”⁴³, destacando así el carácter de experto que poseen los peritos, al igual que lo hizo Picó, quien conceptualizó al perito enfatizando en sus conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos en algún área del saber, pero, además de ello, este autor agrega a la definición la función que cumple el perito en el proceso, al señalar que su expertis es útil al juez para “valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, y que integran la falta que de ellos mismos pueda tener el juzgador”⁴⁴.

³⁹ NIETO MORALES, Concepción. Análisis y valoración de la prueba pericial: social, educativa, psicológica y médica: el perito judicial, 2015, p. 7.

⁴⁰ MONTERO AROCA, Juan. Óp. Cit., p. 177.

⁴¹ GARRIDO CHACANA, Carlos. Recepción de prueba testimonial y pericial en procedimiento ordinario de Ley 19.968, 2015. p.96.

⁴² GASCON ABELLAN, Marina. Prueba científica, un mapa de retos. España: Universidad de Castilla – La Mancha, 2013, p. 188.

⁴³ DUCE JULIO, Mauricio. La prueba pericial y su admisibilidad en el Proyecto de Código Procesal Civil. En: MATURANA, Cristián. Cuaderno de Extensión Jurídica. Santiago: Universidad de Los Andes, N°23 2012. p. 121.

⁴⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, La Prueba Pericial en el Proceso Civil Español. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p.51.

Ahora bien, debemos mencionar que, por un lado, nos encontramos al perito – ya conceptualizado – y por el otro, a la pericia. La relación entre ambos es de fuente y resultado, es decir, el perito es fuente de prueba, ya que de él obtenemos la prueba pericial que se materializa en el peritaje e informe experto⁴⁵.

Siguiendo esta línea, Abel nos explica, en relación con el peritaje, que éste permite introducir al proceso judicial conocimientos especializados que son de utilidad para acreditar los hechos controvertidos, especialmente cuando estos, debido a su tecnicidad, “escapan de los conocimientos medios de cualquier ciudadano y de los conocimientos jurídicos del juez.”⁴⁶

Por último, vale decir que, la prueba pericial ha sido definida por Diez y De la Oliva como “la actividad, generalmente desarrollada por iniciativa o a instancia de las partes, en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas, elaboran y transmiten al tribunal información especializada dirigida a permitir a éste el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes para el proceso”⁴⁷. Dicha transmisión de conocimientos se materializa en un informe o pericial. Aquellos conocimientos especializados son incorporados al procedimiento judicial mediante “la agregación a los autos de lo que se llama informe de peritos, o simplemente, peritaje. En consecuencia, el informe de peritos consiste en la presentación al juicio de un dictamen u opinión sobre hechos controvertidos en él, para cuya adecuada apreciación se requieren conocimientos especiales de alguna ciencia o arte.”⁴⁸

Si vinculamos la conceptualización de la prueba pericial que realizamos con anterioridad, a los procedimientos de familia y sus particularidades, podemos concluir que, dada la especialidad de las materias tratadas, se hace aún más relevante que, en el análisis de los casos sujetos a esta judicatura, exista la participación de profesionales de distintas áreas que permitan al juzgador entender de mejor manera los fenómenos que se le presentan, mediante la aportación al proceso de conocimiento experto que, sin su participación, sería desconocido para el juez.

3.1. Regulación legal de la prueba pericial en nuestro ordenamiento jurídico

⁴⁵ FONT SERRA, Eduardo. El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil. La Ley, 2000. En: ABEL LLUCH, Xavier. La prueba pericial. Bosch, 2009, p. 26.

⁴⁶ ABEL LLUCH, Xavier. La prueba pericial. Bosch, 2009, p. 41.

⁴⁷ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Derecho Procesal Civil, 2004, p.351.

⁴⁸ CASARINO VITERBO, Mario. Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. 4ª ed. Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 111.

En nuestro ordenamiento jurídico, la prueba pericial se encuentra regulada, en primer lugar, en el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), estableciendo en su artículo 341 que uno de los medios de prueba respecto de los cuales se puede hacer uso en juicio es el informe de peritos.

Por su parte, el artículo 409 del CPC dispone las oportunidades en las que será requerida la pericia, y señala que “Se oirá informe de peritos en todos aquellos casos en que la ley así lo disponga, ya sea que se valga de estas expresiones o de otras que indiquen la necesidad de consultar opiniones periciales”.

A su vez, el artículo 411 del CPC refiere al contenido de la pericia y establece que el objeto de un informe pericial puede recaer en puntos de hecho para cuya apreciación se requieran conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, o bien, puede tratarse de una pericia sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

En definitiva, la prueba pericial en nuestro ordenamiento jurídico tendrá lugar cuando se requiera una opinión de un tercero, que es ajeno al juicio, quien por ser experto en un área técnica, artística o científica (respecto de la cual el juez posee conocimientos limitados), facilita con su informe el esclarecimiento de los hechos controvertidos⁴⁹.

Por su parte, la procedencia de la prueba pericial en los procedimientos de familia se encuentra regulada en el artículo 45 de la LTF, donde se señala que “Las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a declarar a la audiencia de juicio, acompañando los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito”.

La norma citada con anterioridad establece también que la prueba pericial tendrá lugar en los procedimientos de familia cuando la ley lo determine, siempre que este conocimiento especial de una ciencia, arte u oficio sea necesario para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa.

Además, el artículo 45 contempla la procedencia de diferentes tipos de prueba pericial. En primer lugar, hace referencia a la prueba pericial de parte, caracterizada por Vázquez como aquella en la cual son las partes quienes buscan introducir conocimiento experto en el proceso. En este caso, son ellas quienes evalúan la conveniencia o no de incorporar la prueba experta en el litigio para fundamentar su afirmación de los hechos⁵⁰. Sobre ello, podemos comentar que existe la obligación, expresa, para los peritos, de emitir su pericia en forma objetiva, basándose en los principios de la

⁴⁹ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maité. Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 2012, vol. 19, no 1, p. 335-351.

⁵⁰ VÁZQUEZ, Carmen. *Op. Cit.*, p. 151.

ciencia o reglas del arte u oficio que profesen, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la LTF, representándose éste como un control respecto del informe pericial ante la llamada “Parcialidad estructural”⁵¹, toda vez que, como es de toda lógica, los intervinientes en juicio presentarán el informe pericial que sea compatible con su versión de los hechos, así como también seleccionarán al experto que sostenga aquella tesis que les sea más beneficiosa⁵².

Al respecto, Briseño⁵³ daba cuenta de la existencia del fenómeno de la dependencia por fidelidad al cliente, es decir, que las partes optarán por la selección del perito que pueda informar conforme a la hipótesis que les sea más conveniente. Sobre ello, el autor señala que, si bien, esta imparcialidad no implica la emisión de un informe que falte a la verdad en favor de la parte que nombra al perito, si puede significar que se produzcan diferencias entre los informes periciales de ambas partes, por lo que se vuelve necesaria la opinión de un tercero, que también ostente el carácter de experto, pero que cuente con la confianza del tribunal.

Ante la eventual discrepancia entre los dictámenes de los peritos de parte, existe la posibilidad para el juez de solicitar, de oficio, la producción de un informe pericial. En efecto, el inciso 3° del mismo artículo 45 de la LTF considera la procedencia de este segundo tipo de prueba pericial, denominada como prueba pericial judicial, la cual, según indica la norma, podrá ser solicitada por el juez, ya sea de oficio o a solicitud de parte, ante un organismo público (tal como el Servicio Médico Legal, las unidades de Diagnóstico Ambulatorio Mayor “DAM”) y las Direcciones de Desarrollo Comunitario de las Municipalidades (“DIDECO”) u otro que se encuentre acreditado ante el Servicio Nacional de Menores.

En aquellos casos en los que las partes no tengan recursos para presentar un perito privado, será éste el mecanismo para introducir el conocimiento experto en el proceso. Así mismo, en caso de considerarlo necesario para resolver, el juez podrá solicitar un informe pericial de oficio a las entidades antes mencionadas. Menciona la norma que, en cualquiera de estos casos, la prueba pericial judicial procederá cuando el juez lo considere indispensable para la resolución del caso.

Cabe destacar que, la facultad que tiene el juez de solicitar una pericia de oficio es consistente con el principio de oficialidad que tiene lugar en los procesos ante los Tribunales de Familia, el cual se encuentra consagrado en el artículo 29 de la LTF y faculta al juzgador a decretar de oficio aquellas pruebas que resulten necesarias de producir en atención al conflicto familiar de que se trate⁵⁴.

⁵¹ Ibid. p. 164.

⁵² Ibid. p. 151.

⁵³ BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal (Vol.4). México D.F., 1970, p. 412.

⁵⁴ Dirección de Estudios Corte Suprema. Peritajes en Chile. Chile, 2017, p.12.

CAPITULO II: Naturaleza jurídica del informe pericial

Tal como señalé en el inicio de este capítulo, para determinar la naturaleza jurídica de la labor informativa de los consejeros técnicos en los juicios de familia, primero abordaré la discusión relativa a la naturaleza jurídica de la prueba pericial, ello debido a la similitud existente entre ambas figuras, asunto que abordaré más adelante en este trabajo.

Al respecto, podemos decir que, históricamente, el debate sobre la naturaleza jurídica de la prueba pericial dice relación con la distinción entre pericia como medio de prueba propiamente tal, doctrina que ha sido defendida por autores como Guasp⁵⁵ y, por otro lado, la idea de perito como auxiliar de la justicia, postura que fue impulsada por Carnelutti⁵⁶. Se trata de una discusión que ha tenido relevancia tanto a nivel de doctrina comparada como dentro del ámbito nacional, y que todavía no encuentra acuerdo entre los partidarios de las distintas posturas.

Quienes han defendido la tesis de la pericia como prueba propiamente tal, han señalado que el objeto final de la inclusión de la prueba pericial en juicio es la de confirmar, mediante los conocimientos técnico-profesionales del perito, alguna de las hipótesis que se discuten en el proceso⁵⁷, y que, por ende, lo que se busca lograr con su presentación en juicio es el convencimiento del juez⁵⁸. En este sentido, Guasp sostuvo que la pericia es un medio de prueba en la medida que, con su actividad, se busca la mayor convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales⁵⁹, cuestión que, como vimos al inicio de este trabajo, comprende la finalidad de los medios de prueba.

Esta posición también ha sido recogida en la doctrina chilena, donde autores como Aguirrezábal⁶⁰ han señalado que la prueba pericial, en cuanto prueba propiamente tal, resulta útil para confirmar las pretensiones de las partes, ello teniendo en cuenta que el proceso se basa en hechos respecto de los cuales debe establecerse su veracidad, y una forma de hacerlo y, en definitiva, configurar la certeza del juez respecto de la procedencia de estos hechos, es mediante la colaboración de un tercero experto como lo es el perito.

⁵⁵ GUASP DELGADO, Jaime. Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil.(t. II, Vol. I). Madrid, 1947.

⁵⁶ CARNELUTTI MISSIAGLIA, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Traducción Castellana. 1944.

⁵⁷ FONT SERRA, Eduardo. El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil. La Ley, 2000, p.38.

⁵⁸ PICÓ IJUNOY, Joan. La dinámica de la prueba pericial. En: LLUCH, Xavier. Tratado pericial judicial.

Madrid: La Ley, 2014, p. 82.

⁵⁹ GUASP DELGADO, Jaime. Óp. Cit., p. 28.

⁶⁰ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, Loc. Cit.

Junto con ello, quienes comparten esta teoría en Chile, sostienen su argumento en que el artículo 341 del CPC es claro al considerar a los informes de peritos como los medios de prueba que pueden ser utilizados en juicio, argumentando que ésta sería la voluntad del legislador⁶¹.

En contraste, Carnelutti⁶² señalaba que la naturaleza del peritaje no era la de fuente de prueba, sino que, más bien, el perito sería un auxiliar del juez y su finalidad es proporcionar al juez máximas de la experiencia para complementar su capacidad de juicio respecto de los hechos ya aportados en juicio.

En este sentido, la pericia no tendría el objeto de incorporar al juicio hechos nuevos, sino que, respecto de hechos que son probados por otros medios, lo que hace el perito es analizarlos e interpretarlos en base a su conocimiento técnico profesional y a través de ello, entregar herramientas que resulten suficientes, para que el juez, que es inexperto en el respectivo tema, pueda cumplir con su labor de fallar. Así, puede estimarse que el informe experto del perito “es solo un argumento que se le aporta al juzgador con el fin de formarle una opinión más acabada de algún elemento del que no tiene suficiente preparación, además de que quien ha de administrar la justicia no se le suministra prueba alguna, sino que constituye un elemento de valoración de hechos y circunstancias.”⁶³

Parte de la doctrina en Chile ha estimado que es correcta la interpretación que hace Carnelutti sobre la naturaleza jurídica del peritaje. Para ello, han fundamentado su tesis en el artículo 412 del CPC, donde el legislador admite que el juez, de oficio y en cualquier estado del juicio decreta el reconocimiento de peritos, facultad que ha sido interpretada como una muestra de que la procedencia del informe pericial se encuentra al servicio y disposición del juez, para su auxilio y orientación técnica, y que, por tanto, el perito no sería más que un complemento o auxiliar del juzgador⁶⁴.

1. Naturaleza jurídica del informe pericial bajo la regulación de la ley N°19.968

El artículo 45 inciso 3° de la LTF, al igual que el artículo 412 del CPC, considera la procedencia del informe pericial solicitado de oficio o pericia judicial en los procedimientos del derecho de familia. De este modo, podríamos considerar, a partir del argumento que sostienen quienes comparten la postura de Carnelutti en Chile, , que en esta forma de pericia no estaríamos frente a un

⁶¹ VALDÉS QUINTEROS, Diego. El Perito y el Dictamen Pericial en el Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil Chileno. Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, 2012. p. 67.

⁶² CARNELUTTI MISSIAGLIA, Loc. Cit.

⁶³ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Óp. Cit. p. 336.

⁶⁴ PALOMO VELEZ, Diego. El perito y la pericia: ¿Auxiliar del juez o verdadero medio de prueba? Una precisión y una propuesta de *Lege Ferenda*. En: PALOMO VELEZ, Diego. Reforma procesal civil: oralidad y poderes del juez: escritos reunidos. 2010, p.79.

verdadero medio de prueba, sino que, más bien, el informe pericial judicial, en los procedimientos de familia, cumpliría una función de auxilio o herramienta técnica para el juez.

Dicha conclusión nos parece errónea, no solo respecto al tenor literal de la ley, que es clara al considerar el informe pericial como un medio de prueba -al encontrarse el artículo 45 de la LTF regulado en el párrafo tercero denominado “de la prueba”- sino también en cuanto a la finalidad práctica que cumple la pericia. Podemos concluir, al igual que Briseño⁶⁵, que el informe pericial -incluido en el proceso ya sea por las partes o por el juez-, efectivamente cumple con una función colaborativa, ello al introducir en el proceso judicial máximas de la experiencia especializadas que son de utilidad para el juzgador y también para las partes. Sin embargo, atribuirle esta función auxiliar al informe pericial no implica que no pueda, además, servir de medio de prueba, toda vez que, el perito, al aportar conocimientos técnico-profesionales al proceso, también permite al juez formar su convicción sobre los hechos. En este sentido, Palomo argumenta, sobre el informe pericial, lo siguiente:

“Sea que a su través se persiga verificar la exactitud de alguna afirmación fáctica realizada por las partes, sea que sirva para valorar o apreciar hechos o circunstancias fácticas relevantes en el proceso, la pericia es un medio de prueba que, gracias a la libre valoración según las reglas de la sana crítica que de ella hace el juez (artículo 425), se dirige siempre a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos (en rigor, de afirmaciones de hechos o afirmaciones fácticas), que es lo que se persigue mediante la actividad probatoria, mediante la prueba”⁶⁶. Teniendo en cuenta ello, es que debemos comprender que la inclusión de un informe pericial ya sea ofrecida por las partes o incluido en el proceso de oficio, tendrá consecuencias prácticas en el proceso de formación de la convicción del juez de familia sobre la existencia o inexistencia de alguno de los hechos controvertidos, por lo que no podemos negar la naturaleza probatoria del informe pericial en los procedimientos seguidos ante los tribunales de familia.

⁶⁵ Quien afirma que: “*El que sea un medio de prueba (el informe pericial)... no excluye que sea un valioso auxiliar del juez para el correcto conocimiento de los hechos*”; BRISEÑO SIERRA, Humberto. Óp. Cit., p. 402.

⁶⁶ PALOMO VELEZ, Óp. Cit., p.80.

CAPITULO III: Naturaleza jurídica del informe técnico del consejero

En el presente capítulo pretendo abordar la pregunta central de este trabajo, la cual se refiere a la determinación de la naturaleza jurídica del informe técnico-profesional que emite el consejero técnico en los procedimientos de familia⁶⁷. Al respecto el artículo 6 inciso 2° de la LTF señala que: “Los miembros del consejo técnico son auxiliares de la administración de justicia”, y en esta misma línea, el artículo 457 de nuestro Código Orgánico de Tribunales (COT), define a los consejos técnicos como: “organismos auxiliares de la administración de justicia”.

Dichas disposiciones legales son una muestra de la intención que tuvo el legislador de limitar las competencias de esta nueva figura que se incorporaba en nuestro ordenamiento jurídico, determinando que su naturaleza jurídica sería la de un auxiliar de la justicia, y a su vez, diferenciándolo de otras figuras como la del perito, o inclusive, del juez⁶⁸.

Así mismo, a partir de la normativa expuesta autores como Salamanca⁶⁹ han señalado que, de la literalidad de las normas que regulan esta figura, sería claro que la naturaleza jurídica de los consejeros técnicos es la de auxiliar de la administración de justicia, y como consecuencia, no les correspondería otra labor en juicio más que la de cooperar y asistir al juez en el ejercicio de su labor juzgadora, excluyéndose la posibilidad de que los consejeros técnicos puedan formar parte de la actividad jurisdiccional, ya sea como parte (o prueba de parte tal como la prueba pericial) o como juez⁷⁰.

Además, la conclusión expuesta anteriormente es congruente con el mandato del artículo 7 de la Constitución Política de la República, el cual establece que los actos de los funcionarios públicos son válidos en cuanto se enmarquen dentro de sus competencias legalmente establecidas, existiendo una prohibición de ejercer atribuciones distintas a las legalmente establecidas, lo cual serviría de base para concluir que, en cualquier caso, el actuar del consejero debe siempre regirse dentro del marco de un auxiliar del juez.

⁶⁷ Al hablar de “Informe Técnico-profesional”, nos referimos a la opinión técnica que puede emitir el consejero técnico dentro de la esfera de sus conocimientos, la cual toma la forma de un “informe”, al ser requerida por los jueces.

Lo anterior ha sido constatado por Vargas Salamanca en su estudio sobre la intervención del consejero técnico en las causas seguidas ante los Tribunales de Familia; VARGAS SALAMANCA, Andrés. La institución del consejo técnico y su rol en las causas de familia. Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2016, p. 76.

⁶⁸ Ello debido a la proximidad que existe entre la labor que desempeña el consejero técnico de asesorar a los jueces con competencia en asuntos de familia, en el análisis y mayor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento en el ámbito de su especialidad con la función que cumplen otras figuras como la del juez, en cuanto a decidir y juzgar en base a la prueba incorporada en el juicio o, inclusive, respecto de la prueba pericial, en relación a su función de aportar máximas de la experiencia en el juicio.

⁶⁹ VARGAS SALAMANCA, Andrés. Óp. Cit. p.16.

⁷⁰ Ibid.

Más allá de lo señalado, en la práctica, las labores que desarrolla el consejero técnico - específicamente respecto de su labor de asesor técnico del juez- podrían dar lugar a confusiones respecto a cuál es la posición que realmente ocupa esta figura en los procedimientos de familia. Así mismo, Lopez realizó un análisis similar respecto de las funciones que cumplían los asesores expertos en la magistratura de trabajo en España⁷¹, dando cuenta que, si bien existía una distinción formal entre estos funcionarios y los peritos, ello no excluía que tanto el dictamen emitido por los peritos como por los asesores fueran un verdadero medio de prueba⁷².

Dicha confusión de funciones prácticas, tal como se ha discutido respecto del informe pericial, nos permite cuestionar que el mandato legal que limita el actuar de los miembros de los consejeros técnicos no pueda ser traspasado más allá de lo teórico, por lo cual, surge la pregunta sobre cuál es la verdadera naturaleza jurídica de este experto en cuanto a su labor informativa del tribunal, la cuál será abordada en el presente trabajo.

Con la finalidad de dar cuenta de las posibles respuestas sobre la naturaleza jurídica del informe del consejero técnico, nos basaremos en las similitudes que presenta esta figura con la del peritaje, ello, con el objeto de aplicar las discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la pericia en nuestra búsqueda de respuestas a la pregunta de este trabajo.

Dicho ello, a continuación, presentaremos un estudio comparativo entre las características principales y comunes del informe pericial y el informe emitido por el consejero técnico.

1. El informe de peritos y el consejero técnico en la LTF: Análisis comparativo de ambas figuras

En este punto de nuestro trabajo, podemos evidenciar la existencia de similitudes entre la figura del perito y su informe pericial, y el consejero técnico y su informe de opinión técnico profesional. Es por ello que en el presente apartado presentaré un análisis conjunto de ambas figuras mediante la identificación de similitudes y diferencias existentes entre ellas, la cual tiene por finalidad facilitar el posterior análisis de la naturaleza jurídica del informe especializado que emiten los consejeros técnicos⁹⁸.

⁷¹ El autor hace referencia a los asesores expertos en los tribunales laborales españoles. Esta figura es similar a los delegados profesionales técnicos en la judicatura de familia en España, creados al amparo de la Ley que ordena el funcionamiento de los Tribunales Titulares de Menores del año 1948, que incorpora por primera vez la idea de equipos técnicos, a quienes se les encomendó la función de asesoramiento del juez; *Ibid.*, p.66.

⁷² LÓPEZ PUIGCERVER, Carlos Viada. Naturaleza jurídica de la pericia. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1951, no 1, p. 53.

⁹⁸ Para la realización de esta clasificación me referiré en todo momento al consejero técnico en cuanto a su función de emitir opinión técnica profesional a solicitud del juez.

A priori podemos señalar que se trata de dos intervinientes en el proceso, distintos de las partes y el juzgador, cuya principal característica en común es la calidad de expertos que ambos ostentan, y en consecuencia de ello, la finalidad que ambas figuras satisfacen es la de introducir conocimiento experto en el proceso, es decir, máximas de la experiencia técnicas que permiten una mejor resolución del conflicto jurídico.

Más allá de esta primera aproximación a nuestro análisis comparativo, hemos identificado los siguientes criterios que nos permitirán abordar de una mejor manera el presente estudio⁹⁹. Estos criterios son: Calidad de expertos, necesidad, legitimidad, función, objeto, calidad de terceros ajenos al proceso, objetividad, fungibilidad, los cuales serán analizados a continuación.

a) Calidad de expertos

La capacidad de emitir opinión en juicio, tanto del consejero técnico, así como el perito, se debe a que ambos ostentan la calidad de personas expertas en algún área del conocimiento que es distinta de las ciencias jurídicas. Así, estos expertos pueden informar en juicio porque poseen conocimientos especializados de los cuales el juzgador carece.¹⁰⁰

Dicho esto, una de las principales características de los peritos es que deben ser poseedores de conocimientos especializados en un arte u oficio¹⁰¹, lo cual les permite cumplir con su labor de informar en juicio. Así lo señala la ley en el artículo 413 N°2 del CPC establece la exigencia, para ser peritos, de contar con un título profesional expedido por una autoridad competente, requisito que solo procederá en caso de que la ciencia u arte que desarrolle el experto cuyos conocimientos se requieren, se encuentre reglamentada por ley.

En apartados anteriores ya conceptualizábamos la idea de perito en relación con su carácter de experto, y de esta misma forma ha sido entendido por la doctrina donde se ha destacado que la experticia del perito puede derivar de su especialización profesional o del desempeño de un arte u

⁹⁹ Algunos de los criterios que serán esbozados, han sido utilizados con anterioridad para efectuar comparaciones entre el perito y otras figuras, como, por ejemplo, el testigo; PINTO MUÑOZ, Andrés. La prueba pericial en general y especialmente en sede laboral : análisis en el procedimiento de aplicación general. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2016, p. 19.

¹⁰⁰ DUCE JULIO, Mauricio. La prueba pericial y su admisibilidad en el Proyecto de Código Procesal Civil. En: MATURANA, Cristián. Cuaderno de Extensión Jurídica. Santiago: Universidad de Los Andes, N°23 2012. p. 121

¹⁰¹ GONZÁLEZ PILLADO, Esther e IGLESIAS CANLE, Inés. “La Prueba Pericial en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Revista Xuridica Galega, no. 27, 2000, p. 309.

oficio¹⁰².Dicho esto, podemos señalar que, existen casos – como el del perito de oficio u arte - en los que no es requerido un título profesional que acredite su expertis.

En cuanto al consejo técnico, como ya sabemos, esta entidad fue creada con un carácter interdisciplinario, así lo estipula también en el artículo 6 de la LTF al señalar que “En cada juzgado de familia habrá un consejo técnico interdisciplinario integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia”. Sobre esta noción, podemos recordar el ya analizado artículo 7 de la misma ley, el cual establece los requisitos de profesionalidad y formación especializadas con los que debe contar el funcionario que se desempeñe como consejero técnico en un tribunal de Familia.

Respecto de este primer criterio, la diferencia que podemos destacar es que, respecto de los miembros del consejo técnico, existiría una exigencia legal de ser profesionales expertos en áreas específicas, relacionadas a la psicología y ciencias sociales, y por su parte, el perito debe ser un experto en su área de conocimiento más no necesariamente un profesional titulado y además, pueden ser expertos en cualquier área del conocimiento, tales como la medicina, psicología, arquitectura, artes de distintas naturalezas, etc.

b) Necesidad del informe

Un segundo criterio de comparación tiene que ver con la necesidad de la participación del consejero y del perito en los procesos judiciales emitiendo sus respectivos informes. Podemos señalar que, la relevancia de incorporar la opinión de un experto en un juicio surge en virtud de la naturaleza especializada del conflicto.¹⁰³ En este sentido, será requerida la introducción de una pericia como medio de prueba en un juicio cuando con ella se logre aportar al proceso los elementos necesarios para acreditar hechos los cuales son de difícil comprensión tanto para el juez como para las partes¹⁰⁴.

En el caso de los procedimientos que tienen lugar ante los tribunales de familia, la LTF admite la procedencia del informe pericial como medio de prueba¹⁰⁵ la cual se vuelve trascendental al tratarse de procesos altamente especializados, y además, en virtud de esta necesidad de introducir el

¹⁰² DUCE JULIO, Mauricio. La prueba pericial. Ediciones Didot, 2014, p. 29.

¹⁰³ “Tiénesse la prueba pericial cuando el juez confía a personas técnicas el oficio de examinar una cuestión de hecho que exige conocimientos especiales para tener de ellos un parecer jurado”; LESSONA, Carlos. Teoría General de la Prueba en Derecho Civil. Enrique Aguilera de Paz Traductor, 1942, vol. 1, p.536.

¹⁰⁴ PINTO MUÑOZ, Andrés. La prueba pericial en general y especialmente en sede laboral: análisis en el procedimiento de aplicación general. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2016, p. 15.

¹⁰⁵ Artículo 45 y siguientes de la LTF.

conocimiento experto en los juicios de familia, la ley incorporó como funcionarios en los tribunales a profesionales de distintas áreas que pudieran asesorar al juez en aquellos temas en los que son legos y respecto de aquellos temas que conocen pero que no son propios de su área del conocimiento. De esta forma, se evitó de antemano que la labor del juez en este tribunal especializado se imposibilitara por carecer de los conocimientos técnico-profesionales para conocer, apreciar y valorar el asunto que se le presentase.

c) Legitimidad del informe

Respecto a la procedencia de la emisión del informe técnico en juicio, podemos decir que ambas figuras pueden ser convocadas a participar en el proceso de oficio por el juez. Por ejemplo, el perito -específicamente el perito judicial- y el consejero técnico, son llamados a informar en el proceso previa orden del juez.

En este sentido, la LTF consagra la posibilidad que tiene el juez de solicitar la realización de un informe pericial en el artículo 45 inciso 3°, mientras que el artículo 64 inciso 6° de la misma ley establece que el juez tiene la facultad de solicitar a un consejero técnico que emita su opinión sobre la prueba incorporada.

d) Función del informe

Otro elemento comparativo dice relación con la función que cumplen peritos y consejeros técnicos en los procesos judiciales de familia. Podemos destacar que ambos, en virtud de un encargo, deben cumplir con la emisión de un informe, una opinión especializada, en virtud de los conocimientos técnicos relacionados a una ciencia, arte u oficio, el cual, en el caso de los peritos, refiere a la pericia misma – Informe pericial - que es medio de prueba¹⁰⁶, la cual es el resultado de un proceso de estudio y análisis técnico de cosas, hechos o situaciones relevantes en el proceso¹⁰⁷, colocando a disposición del tribunal conocimientos que los jueces no poseen¹⁰⁸.

¹⁰⁶ “El dictamen pericial es el informe –normalmente escrito– en que se plasma la actividad del perito. Si el perito es la fuente de prueba, el dictamen pericial es el medio de prueba, a través del cual acceden al proceso sus conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos”; LLUCH, Xavier Abel, et al. *La prueba pericial*. Bosch, 2009. p.26.

¹⁰⁷ GARRIDO CHACANA, Carlos. Óp. Cit. p.100.

¹⁰⁸ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. Limitaciones a la oralidad en la práctica de la prueba pericial en el proceso civil español. 1era ed. España: Universidad Pública de Navarra, 2007.

Respecto del consejero técnico, la emisión de su informe a solicitud del juez comprende una asesoría profesional que, al igual que el informe pericial, aporta conocimientos especializados¹⁰⁹, en este caso, en el área psico-social¹¹⁰. Además, el informe del consejero, por tratarse de una opinión técnica especializada, debe ser también -nuevamente, al igual que un informe pericial- el resultado de la aplicación de criterios, un método o protocolo objetivo¹¹¹.

e) Objeto del informe

El objeto del análisis que efectúan consejeros y peritos comprende otro criterio comparativo de nuestro estudio. En cuanto al informe pericial, su objeto corresponde, según Rioseco, a “verificar la existencia o la apreciación de determinados hechos controvertidos, que se denominan “puntos materia del informe”¹¹², mediante un proceso de análisis e interpretación técnico. En otras palabras, y como ya se dijo antes, la opinión del perito recaerá sobre los hechos relevantes del proceso, respecto de los cuales debe probarse su existencia.

A su vez, González indica que el perito aporta conocimientos, reglas generales, o máximas de la experiencia que permiten al juez “valorar e interpretar debidamente los hechos en que se fundamentan las pretensiones de las partes”¹¹³, es decir, la finalidad de incorporar un informe pericial al proceso es acreditar la ocurrencia de ciertos hechos controvertidos, por lo que el peritaje cumple con un objeto probatorio¹¹⁴, conclusión que concuerda con lo dispuesto en el artículo 341 del CPC, donde el legislador ha señalado al perito y su informe pericial como un medio de prueba. A esta misma conclusión sobre el informe pericial llegó Picó, al señalar que “el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción judicial en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos”¹¹⁵.

Respecto del informe que emite el consejero técnico podemos decir que su objeto es distinto al del peritaje, en primer lugar, porque la opinión del consejero no recae sobre los hechos controvertidos del juicio, sino que el análisis técnico se realiza sobre la prueba que ha sido

¹⁰⁹ Véase el artículo 457 del Código Orgánico de Tribunales.

¹¹⁰ HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. Óp. Cit, p. 146.

¹¹¹ GARRIDO CHACANA, Carlos. Óp. Cit. p.101.

¹¹² RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio. La prueba ante la jurisprudencia: derecho civil y procesal civil. Cuarta edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 327.

¹¹³ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. Óp. Cit.

¹¹⁴ GARRIDO CHACANA, Carlos. Loc. Cit.

¹¹⁵ PICÓ IJUNOY, Joan. Loc. Cit.

incorporada en juicio¹¹⁷, inclusive respecto de los informes periciales incorporados como medio de prueba, por lo que su conocimiento de las cosas, hechos y situaciones relevantes del conflicto no es directo, como si lo sería en el caso de la mayoría de las pericial.

En un segundo término, normativamente se han establecido restricciones sobre el objeto de la participación informativa del consejero técnico, así, el Acta 93-2002 en su artículo 2 limita las funciones de los miembros del consejero técnico a la asesoría técnica del juez¹¹⁸, ello al prohibir expresamente que estos cumplan funciones periciales, negando la posibilidad de que puedan desarrollar un objeto probatorio.

Dicho esto, podemos concluir que el objeto de solicitar la opinión del consejero técnico durante juicio sería netamente la de prestar auxilio, de brindar asesoría técnica, aportando conocimientos al proceso sobre temas ajenos al juzgador, lo cual concuerda con lo dispuesto en el artículo 457 del COT, que define la figura del consejero técnico como un auxiliar del juez, excluyendo legalmente la posibilidad de considerar un objeto probatorio en su informe. De esta forma es entendido por Henríquez, quien, indica que el objeto del consejero técnico es brindar “una asesoría profesional que brinde de conocimientos especializados, en el área psico-social. No caben asesorías que se expresen para otros fines, pues lo que busca la norma es brindar al juez de una mirada distinta, complementaria, para brindar una respuesta adecuada y compleja, a los problemas complejos que debe resolver. Tampoco cabe amparar bajo esta «asesoría», otras actividades de orden burocrático o administrativo.”¹¹⁹

f) Calidad de terceros ajenos al proceso

Otro criterio con el cual podemos analizar comparativamente a peritos y consejeros es la calidad de terceros ajenos al proceso que ambos ostentan. Respecto del perito, autores como Abel¹²⁰, lo han definido como un sujeto ajeno al juicio, que se caracteriza por entregar a los jueces aquellos conocimientos que carecen¹²¹. Del mismo modo, el consejero técnico no forma parte de la

¹¹⁷ Véase el artículo 64 inciso 6° de la ley 19.968, que establece que la opinión del consejero podrá ser solicitada en la audiencia de juicio, es decir, una vez incorporada la prueba al proceso.

¹¹⁸ En este sentido, el artículo 2 del Acta 93-2005 prohíbe al expresamente a los miembros del consejo técnico emitir informes periciales.

¹¹⁹ HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. Óp. Cit, p. 145.

¹²⁰ ABEL LLUCH, Xavier. El estatuto jurídico del perito. En: ABEL LLUCH, XAVIER. Tratado pericial judicial. Madrid, La Ley. 2014, p. 23.

¹²¹ CHAHÚAN SARRÁS, Sabas. Manual del nuevo procedimiento penal. Lexis Nexis, 2007, p. 326.

controversia que se debate en el juicio, sino, más bien, forma parte del tribunal mismo¹²², y, por lo tanto, también es un tercero ajeno al proceso.

g) Objetividad del informe

Tal como se analizó con anterioridad, el perito y el consejero ostentan la calidad de terceros ajenos al proceso en virtud de que no son parte de la controversia y, por ende, no existe de su parte un interés directo o indirecto por la obtención de un resultado específico en el juicio, ello nos permite pensar que la participación que desarrollaran en el juicio será objetiva. Así lo estima Garrido respecto de la prueba pericial, quien señala que “El perito es un tercero totalmente ajeno al caso, su actuar debe ser objetivo aun cuando lo presenten la parte para acreditar su teoría del caso”¹²³.

Cabe precisar que, si bien, es de toda lógica esperar que la opinión emitida por un profesional experto, sobre los hechos de un caso en el cual no es parte, tenga un carácter imparcial, en la práctica, esto puede verse alterado, especialmente respecto de la prueba pericial ofrecida por las partes, ya que, según Vázquez, “éstas presentan únicamente al experto que, por la razón o motivo que sea, sustente una afirmación que sea favorable a su hipótesis sobre los hechos...”¹²⁴. Así mismo, Picó cuestiona la objetividad del perito de parte al señalar que “desde un punto de vista lógico, es posible que el perito de parte – más que el judicialmente designado - efectúe su dictamen con parcialidad, puesto que habrá sido pagado por el litigante que lo aporta.”¹²⁵

Ya que la duda sobre la objetividad del informe pericial de parte surge precisamente por su origen, al ser ofrecido por quienes están interesados en acreditar sus respectivas teorías del caso, entonces tal cuestionamiento no tendría lugar sobre la objetividad del informe del consejero técnico, debido a que este profesional, como ya se comentó con anterioridad, forma parte del mismo tribunal y es llamado a emitir opinión técnica por el mismo juez y no por los litigantes del juicio.

h) Fungibilidad

¹²² HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. Loc. Cit.

¹²³ GARRIDO CHACANA, Carlos. Óp. Cit., p. 103.

¹²⁴ VÁZQUEZ, Carmen. Loc. Cit.

¹²⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, La Prueba Pericial en el Proceso Civil Español. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p.70.

La fungibilidad es una característica compartida por peritos ¹²⁶ y consejeros técnicos, y que implica que ambos expertos podrían ser reemplazados por otro perito o consejero con el mismo expertis en la materia que se especializan (a diferencia de un testigo, que tiene el carácter de infungible debido a que tuvo conocimiento directo de los hechos controvertidos) lo cual se explica por el carácter científico, técnico, artístico o práctico, de la información que deben transmitir en el tribunal.

Una muestra del carácter fungible que presentan los miembros del consejo técnico es el artículo 457 del COT, el cual dispone que, ante implicancia, recusación o imposibilidad que se presentare respecto del consejero para el ejercicio de sus labores, será subrogado por los demás integrantes del consejo del tribunal al que perteneciere, demostrando que la asesoría que presta uno de los consejeros puede ser realizada, sin problema, por otro profesional del consejo, según orden de nombramiento y, siempre y cuando se trate de un experto en la especialidad requerida.

i) Carácter no vinculante del informe

La pericia no es vinculante para el juez a la hora de dictar sentencia y en este sentido, Valdés indica que el perito no se convierte en un “juez parcial del hecho concreto”¹²⁷, toda vez que la pericia debe ser previamente valorada conforme a las reglas de la sana crítica¹²⁸. En ésta misma línea, el hecho de que el informe pericial no sea vinculante para el juez conforma uno de los principios de esta prueba¹²⁹, así lo estima Taruffo, al señalar que uno de los principios comunes de la prueba pericial es que, más allá de lo persuasivos que puedan parecer los resultados del peritaje, estos no vinculan al juzgador, y, por tanto, “las pruebas periciales siempre se dejan a la valoración discrecional del tribunal”¹³⁰.

Por su parte, el consejero técnico cumple la función de prestar asesoría profesional al juez, otorgándole a éste un enfoque distinto para fallar¹³¹. Dado que el consejero técnico se encuentra limitado a emitir su parecer profesional, el juez no tiene la obligación de fallar en el sentido en que haya sido aconsejado, por lo que, al igual que en el caso de la opinión del perito, el informe del consejero no es vinculante¹³².

¹²⁶ ABEL LLUCH, Xavier. La prueba pericial. Bosch, 2009, p. 56.

¹²⁷ VALDÉS QUINTEROS, Diego. Óp. Cit., p 72.

¹²⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. La dinámica de la prueba pericial. 2014. En: ABEL LLUCH, XAVIER (Coordinador). Tratado pericial judicial. Madrid, La Ley. p. 82.

¹²⁹ BRISEÑO SIERRA, Humberto. Óp. Cit, p. 407.

¹³⁰ TARUFFO, Michelle. La Prueba. Marcial Pons, 2008, p. 96

¹³¹ HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. Óp. Cit, p. 146.

¹³² HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. Loc. Cit.

j) Procedencia de la alegación de inhabilidad respecto del perito y del consejero técnico

La regulación civil sobre inhabilidad de los peritos contempla en el artículo 113 inciso 2° del CPC la posibilidad de las partes de expresar - y junto con ello probar- la causal de inhabilidad o recusación – de las determinadas para los jueces- que afectare al perito cuando su intervención en el proceso pudiere perjudicar a alguna de las partes.

Sin embargo, en los procedimientos de familia no existe tal posibilidad respecto de los peritos, puesto que la LTF desestima dicha herramienta en el artículo 48, señalando que no es procedente la alegación de inhabilidad de los peritos en esta judicatura especializada, pero, conforme al mismo artículo, si existe la opción para las partes de realizar preguntas al experto durante la audiencia de juicio que estén destinadas a determinar su objetividad e idoneidad. Junto con ello, el artículo en comento, en la búsqueda de mantener un grado de transparencia respecto del perito, contempla la posibilidad para las partes y el juez de requerir información al perito sobre sus remuneraciones y la adecuación de ellas a los montos usuales asignados a este tipo de labores.

Esta regulación ha sido considerada sorprendente a nivel doctrinal¹³³, especialmente al tener en consideración que nuestro ordenamiento jurídico si considera la procedencia de alegar la inhabilidad de algunos de los miembros del consejo técnico de los tribunales de familia de acuerdo con la referencia que hace el artículo 457 inciso 3° del CPC a la posibilidad de que alguno de los consejeros técnicos no pueda participar en el juicio con motivo de afectarle una causal de implicancia o recusación. Dicho esto, podemos dar cuenta de esta importante diferencia que afecta a ambas figuras en la regulación de los procesos llevados a cabo ante los tribunales de familia.

Podemos concluir que, el análisis de las semejanzas y diferencias presentes en la comparación de las figuras del perito y su informe pericial y del consejero técnico en los tribunales de familia y su informe experto, nos permite prever que se trata de participes de los procesos judiciales que, si bien, presentan divergencias en sus características, también muestran, en su esencia, similitudes relevantes, tales como su calidad de expertos, terceros ajenos al juicio, que son requeridos en los procesos judiciales de los tribunales de familia, puesto que aportan conocimientos técnicos, extra jurídicos, que

¹³³ NÚÑEZ ÁVILA, René, ROSSO CORTÉS, Mauricio, MATURANA MIQUEL, Cristián. Óp. Cit. 313.

a priori, son desconocidos para el magistrado, por lo que le permiten comprender y, eventualmente, fallar el litigio de una mejor manera.

2. Análisis de la naturaleza jurídica del informe del consejero técnico

En virtud de las semejanzas esbozadas en el apartado anterior, específicamente, respecto de la similitud del consejero y el perito de parte, podemos abordar nuestra problemática relativa a la controversia sobre la naturaleza jurídica del informe experto del consejero técnico en los mismos términos en que la doctrina nacional e internacional ha construido la discusión referente a la naturaleza jurídica de la pericia.

En este sentido, dadas las importantes similitudes que presentan, en su esencia, ambas figuras, extenderemos las discusiones doctrinales que históricamente se han llevado sobre la naturaleza jurídica de la pericia a nuestro estudio sobre la naturaleza jurídica del informe técnico de los consejeros. De este modo, podemos señalar – al igual que el caso de la pericia – que existen distintas posibles respuestas a la pregunta sobre la naturaleza jurídica del informe del consejero técnico. Así, podemos dilucidar si las opiniones emitidas por el consejero en virtud de las facultades consagradas en los artículos 5 letra a) y 64 inciso 6° de la LTF y el artículo 2 del acta 93-2005, tienen naturaleza probatoria, de auxilio a la justicia, si son un modo de emitir juicio tal como lo hace el juez o si su opinión experta podría asimilarse a la que emite un *amicus curiae*.

2.1. Informe técnico del consejero como medio de auxilio del juez

Como ya hemos señalado, la doctrina procesal que defiende la tesis de que la naturaleza del perito es la de un mecanismo auxiliar¹³⁴, funda sus argumentos en que el peritaje no tiene por finalidad - a diferencia de otros medios de prueba – acreditar un hecho en juicio, sino la de aportar al proceso información técnica suficiente para que el juez pueda ejercer una correcta valoración sobre el resto de la prueba aportada en juicio¹³⁵.

¹³⁴ CARNELUTTI MISSIAGLIA, Francesco. Loc. Cit.

¹³⁵ SILVA VARGAS, Pablo Antonio; VALENZUELA RODRÍGUEZ, Juan José. Admisibilidad y valoración de la prueba pericial en el proceso penal, 2011. P. 37.

En virtud de ésta supuesta naturaleza técnica de la pericia, respecto de la cual el juez se sirve del perito para obtener máximas de la experiencia que le sean útiles¹³⁶, es que el magistrado tiene la posibilidad de dictar la pericia de oficio¹³⁷, lo cual le restaría mérito probatorio al no ser solicitado por una de las partes. Sobre este respecto, Aguirrezabal señala que de constituirse la pericia como un “método auxiliar del juez, del que pueda servirse de oficio, ya no estamos ante una prueba construida adecuadamente en un proceso presidido por los principios dispositivo y de aportación de parte; estamos más bien ante un instrumento de investigación o averiguación en el marco de un proceso civil inquisitivo”¹³⁸.

En cuanto a la comparativa entre este presupuesto respecto de la naturaleza de auxiliar del peritaje, y la regulación de la figura del consejero técnico, podemos señalar que el legislador, en una regulación sistemática y coherente, tiende a normar sus atribuciones en este sentido. De tal modo, nos encontramos con la norma del artículo 457 del COT, la cual dispone en forma expresa que los consejos técnicos son organismos auxiliares de la administración de justicia, o también la LTF, que en su artículo 6 inciso 2° estipula que los miembros del consejo técnico poseen un carácter auxiliar.

Para Henríquez, la discusión sobre la naturaleza de las funciones que debe cumplir el consejero se basa en la ambigüedad de las normas legales que consagran la figura. Sin embargo, para el autor es indiscutible, conforme a su parecer, que este funcionario debe limitarse en su actuar al fin que expresamente le dispuso el legislador¹³⁹: Asesorar profesional y exclusivamente¹⁴⁰, al juez de familia, brindándole conocimientos técnicos en el área psico-social¹⁴¹.

Siguiendo esta línea de razonamiento, los miembros del consejo técnico son funcionarios de los tribunales de familia, cuya función legal es, precisamente, acudir en auxilio del juez en aquellas causas que son técnicamente complejas. Éste postulado concuerda con exactitud a la idea del perito como auxiliar del juez y de perito judicial -en este último caso, la figura sería similar en cuanto a la

¹³⁶ RAMÍREZ HÓRMAZABAL, Gustavo y URRUTIA SALAS, Manuel. La pericia. Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1978, p. 31.

¹³⁷ Como señalamos con anterioridad, la procedencia de la prueba pericial judicial en los procedimientos de familia se encuentra consagrada en el artículo 45 inciso 3° de la LTF.

¹³⁸ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Loc. Cit.

¹³⁹ Puesto que, de desempeñar labores distintas a las encomendadas, se produciría una intromisión en aquellas facultades que son exclusivas de otros partícipes del proceso y, en consecuencia, existiría una infracción al mandato constitucional establecido en el artículo 7 de nuestra carta Fundamental.

¹⁴⁰ La función de asesoría del consejero técnico se encuentra limitada, también, en cuanto a que su auxilio está dirigido únicamente al juez, y no a las partes, por lo que los consejeros tienen prohibido emitir informes periciales. Tal como se precisó con anterioridad, dicha prohibición se encuentra establecida en el Acta 93-2005 emitido por la Corte Suprema.

¹⁴¹ HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. Óp. Cit. p. 145 y 146.

disponibilidad que tiene el juez de acudir a un experto que, siendo o no parte del tribunal, genera confianza en el magistrado-.

2.2. Informe técnico del consejero como medio de prueba

Tal como señalábamos anteriormente, la doctrina predominante en la discusión sobre la naturaleza jurídica del dictamen emitido por el perito estimaba que éste tenía el carácter de plena prueba. Así, en base a argumentos similares, podríamos señalar que el informe del consejero técnico en los procedimientos de familia cumple una función probatoria, ya que como señalaba Guasp respecto de la pericia, “con él se tiende a provocar la convicción judicial en cierto sentido”.¹⁴²

Específicamente, si nos referimos a la facultad contemplada en el artículo 64 inciso 6° de la LTF, que permite al consejero asesorar al juez de familia – en su área de expertis profesional- a solicitud de este último, sobre la prueba ya rendida, podemos pensar que, en la práctica, existe la posibilidad de que el juez pueda fallar de uno u otro modo en virtud de lo dispuesto en el informe técnico del consejero.

De esta misma forma, Aguirrezabal planteaba respecto de la pericia como prueba, que ésta era instrumental para el juez, en el sentido de que le permite confirmar la existencia de los hechos que sostienen las pretensiones de los litigantes en el juicio¹⁴³, función que es comparable a la que llevan a cabo los consejeros técnicos al ser llamados a informar en un proceso técnicamente complejo, donde deben proporcionar al juez su experiencia y conocimientos técnicos, completando los instrumentos que posee el magistrado para que logre formar su propia decisión¹⁴⁴.

En efecto, el hecho de que el informe del consejero técnico permita al juez obtener información relevante para juzgar y que no pudo conseguir mediante otro medio de prueba, es lo que vuelve aceptable la tesis relativa a su naturaleza probatoria. En estos mismos términos, respecto a la discusión sobre la naturaleza jurídica de la prueba pericial, Zubiri señalaba que dicha discusión era irrelevante en la actualidad, puesto que, en todo caso, “el hecho de constituir un especial auxilio a la

¹⁴² GUASP DELGADO, Jaime. Derecho Procesal Civil. 3ª ed. Madrid: Editorial Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 385.

¹⁴³ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Óp. Cit. p. 337.

¹⁴⁴ MICHELI, Gian. *L'onere della prova. Padova*, 1942. P. 185. En: BRISEÑO SIERRA, Humberto. Óp. Cit. p. 404.

actividad del juez a la hora de valorar los hechos por aportarle las máximas de experiencia necesarias para constatarlos, la consolida como medio de prueba”¹⁴⁵.

Podemos estimar que, si bien, el objeto legal de la institución del consejero técnico no se encuentra en función de la comprobación de las teorías argumentadas por las partes¹⁴⁶, en la práctica, eventualmente, la opinión emitida por el consejero puede servir al juez para formar su convicción sobre el caso litigioso¹⁴⁷, permitiéndole decidir sobre la procedencia de los hechos controvertidos y, en definitiva, dando lugar a que decida sobre la validez de una de las hipótesis defendidas por las partes de la controversia, comportándose de ésta forma como un claro medio de prueba¹⁴⁸.

2.3. Informe técnico del consejero como expresión de una labor juzgadora

En la dicotomía sobre la naturaleza de auxiliar o de medio de prueba del dictamen pericial, no se consideraba la opción de atender a una naturaleza sentenciadora del perito, sin embargo, nos parece relevante mencionar esta discusión sobre la función de juzgador del perito y extenderla a al debate sobre la naturaleza del consejero técnico.

En este sentido, De la Rocca estimaba que el perito cumplía funciones de testigo, puesto que observaba hechos, pero también cumplía un rol de juez, ya que juzga los hechos controvertidos del litigio en conformidad a los criterios propios de su área de expertis, distinto de los jurídicos que emplea el juez¹⁴⁹. Por tanto, ya que el perito realiza una labor de apreciación, cumpliría una función de juez.

¹⁴⁵ ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. ¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto. Jueces para la democracia, no. 50, 2004, p.52.

¹⁴⁶ En efecto, el Acta 93-2005, en su artículo 2, establece la prohibición del consejero técnico de emitir informes periciales, estimando que su función debe limitarse a asesoría del juez en la adecuada valoración de aquellos informes emitidos en juicio, así como en la determinación de los que deban ser decretados y quienes hayan de evacuarlos.

¹⁴⁷ Al respecto de la discusión relativa a la naturaleza jurídica de la pericia, Briseño señalaba que se le reconoce la naturaleza de plena prueba, precisamente “porque proporciona al juez elementos de convicción sobre la realidad de los hechos que interesan al proceso...”; BRISEÑO SIERRA, Humberto. Op. Cit. p. 402.

¹⁴⁸ Sobre ello, podemos referirnos a la función probatoria de la pericia enunciada por Briseño, que concuerda con el aporte del consejero técnico en los procesos de familia. En este sentido, el autor señala que “la pericia es el medio de prueba al que se recurre cuando, para asegurar la existencia de un hecho o su simple posibilidad, se requieren conocimientos técnicos, o cuando siendo cierta la materialidad del hecho, es necesario, para conocer su índole, cualidad o sus consecuencias, un conjunto de conocimientos técnicos o científicos”; LESSONA, Carlos. Teoría general de la prueba en el derecho civil, Madrid, 1928, p. 519; En: BRISEÑO SIERRA, Humberto. Óp. Cit. p. 407.

¹⁴⁹ DELLA ROCCA, Fernando. Instituciones de derecho procesal canónico. Desclée de Brouwer. 1950, p. 242 y ss.

El magistrado, al cumplir con su función juzgadora, realiza inferencias sobre los hechos del caso. De esta forma, señala Vázquez, lo que hace el juez es emitir una opinión sobre los hechos que ha conocido en el juicio, siendo ésta una de sus atribuciones exclusivas¹⁵⁰. Sin embargo, cuando se trata de procesos judiciales complejos, que consideran la aplicación de conocimientos distintos a los jurídicos, se entiende que el juzgador no puede realizar por sí solo dichas inferencias, por carecer del *expertis* necesario para ello. Es en esta hipótesis que se produce una excepción a la labor exclusiva del juez, en el sentido de que el perito al emitir su informe debe, necesariamente, entregar al juez su opinión, la cual es el producto de una inferencia sobre los hechos del caso¹⁵¹.

En cuanto a función juzgadora y los consejeros técnicos, podemos hacer referencia a las atribuciones establecidas en el artículo 2 del Acta 93-2005 de la Corte Suprema -ya citada-, en cuanto establece que el consejero puede asesorar al juez de familia “en la adecuada valoración de aquellos informes emitidos en juicio”, y también a la labor contemplada en el artículo 64 inciso 6° de la LTF, que dispone la posibilidad de que, a solicitud del magistrado, el consejero técnico emita opinión sobre la prueba rendida en juicio.

Podemos apreciar que en ambos casos, de existir la solicitud del juez de ser asesorado por el consejero técnico en la valoración de los informes periciales emitidos o de que el consejero emita su opinión sobre la prueba rendida, lo que ocurriría, en la práctica, sería equivalente a una invitación del juez para que un tercero participe de su proceso de apreciación y valoración de los hechos, lo cual supone que el juez pierde la exclusividad en la realización de su labor juzgadora, puesto que ahora, la opinión experta del técnico influye en su proceso, más allá de que dicho informe experto, al igual que el informe del perito, no sea vinculante para el magistrado¹⁵².

En efecto, en contraposición a dicho postulado, podemos señalar que la prueba pericial, en virtud de su carácter no vinculante para la toma de decisión del juez, puede ser considerada como una mera opinión técnica, sin que necesariamente deba influir en el juicio jurídico del magistrado. En este sentido, existiría una primacía de la convicción formada por el juez, es decir, se prioriza la valoración

¹⁵⁰ Al hablar de la función jurisdiccional como atribución exclusiva del magistrado de familia, nos remitimos al Artículo 76 de la Constitución Política de la República, el cual dispone que “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.”

¹⁵¹ VÁZQUEZ, Carmen. *Óp. Cit.* p. 39.

¹⁵² PEREIRA ANABALÓN, Hugo. *Naturaleza jurídica de la pericia judicial*. Gaceta Jurídica, N°269, Santiago. 2002, p. 9.

jurídica respecto de los hechos apreciados técnicamente por el perito – en nuestro caso de estudio, respecto del consejero técnico -¹⁵³.

Conforme a este planteamiento, en nuestra jurisprudencia también han existido fallos cuyo entendimiento sobre la función de la pericia se dirige a concluir que el perito no cumple un rol de suplantación del magistrado en su labor juzgadora. De este modo, la Corte de Apelaciones de Coyhaique sentenció que “Comulgar con lo resuelto por el Juez a quo, o sea, que es necesario e indispensable el informe de peritos para determinar el derecho a una servidumbre de tránsito, significaría entregar la labor jurisdiccional, potestad exclusiva de los Tribunales de Justicia de la República, a quienes están llamados por ley a entregar una opinión técnica y versada acerca de determinados hechos controvertidos, los que en definitiva, deberán ser igualmente resueltos por el Juez. Vale decir, la pericia deberá ser un antecedente más, que el sentenciador deberá considerar para resolver, mas no puede considerarse que dicho elemento sea el que determine exclusivamente la procedencia, o no, de un determinado derecho”¹⁵⁴.

A su vez, la Corte de Apelaciones de Rancagua ha coincidido en este planteamiento, pero respecto de las funciones juzgadoras que puede llegar a emplear el consejero técnico en los tribunales de familia. En éste caso, nuestra jurisprudencia señaló que la consejera técnica “realizó una actividad que le es totalmente ajena e impropia -que es inherente de la labor jurisdiccional, la que es otorgada de forma exclusiva y excluyente a los jueces-, consistente, por una parte, en afirmar que entre los intervinientes hubo violencia intrafamiliar, y por otra, en valorar la fuerza probatoria de los testigos de una de ellas, la que calificó de ‘creíbles’, lo que no debió ser aceptado por la juez a quo, ni menos ser considerada para formar convicción”.¹⁵⁵

Ahora, respecto a nuestro análisis, podemos concluir que la perspectiva expuesta con anterioridad, así como la orientación que siguen las sentencias citadas, tiene relevancia desde una perspectiva teórica que es completamente comprensible en cuanto a nuestro marco legal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en la práctica jurídica, el juez, quien es un experto en lo legal, se encuentra en una posición de “desventaja” en la comprensión de un informe experto, el cual se caracteriza por su naturaleza técnica.¹⁵⁶ Ésta es una realidad fáctica, si consideramos la posibilidad

¹⁵³ LESSONA, Carlos. Teoría general de la prueba en el derecho civil, Madrid, 1928, p. 524 y 525; En: BRISEÑO SIERRA, Humberto. Óp. Cit. p. 407.

¹⁵⁴ Sentencia de Iltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique, 2 de julio de 2010, ROL: 44-10, MJJ24188.

¹⁵⁵ Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, 20 de julio de 2012, ROL: 143-2012. Legal Publishing: CI/Jur/1479/2012.

¹⁵⁶ TARUFFO, Michelle. Loc. Cit.

de que en algunos casos el juez se encuentre limitado por carecer de dichos conocimientos especializados, y en estos casos, tal como señala Silva, la frontera entre las funciones del juez y el experto – consejero o perito - se vuelve progresivamente más difusa al aumentar la complejidad del litigio¹⁵⁷.

Dicho problema, en el caso de la valoración de la prueba pericial, puede ser abordado en la judicatura de familia gracias a la asesoría del consejero técnico, e inclusive, es precisamente este el telos de la creación de dicha figura en la judicatura de familia¹⁵⁸. Sin embargo, subsiste el dilema relativo a cómo se enfrenta el juez, ahora, a la información aportada por el consejero técnico, y si debe primar la valoración jurídica del magistrado por sobre la opinión técnica del experto – que no es vinculante -. Dicha tarea se vuelve compleja si consideramos la tecnicidad que también puede suponer el informe del consejero.

Además, al respecto de esta tesis, cabe dar cuenta del problema que surge respecto del principio de inmediación, el cual se encuentra consagrado en los artículos 12, 61, 64, 72 y 73 de la LTF y refiere a la exigencia de la presencia y dirección del juez durante todas las audiencias que se lleven a cabo durante el proceso, inclusive, al recibir la prueba¹⁵⁹. También tiene que ver con la idea de que la convicción del juez debe formarse sobre la base de las alegaciones y de la prueba que este recibe personalmente, es decir, sin intermediarios¹⁶⁰.

Si bien, el juez es quien debe presidir las audiencias y la puesta en práctica de la prueba ofrecida por las partes, en este caso, sería al momento de valorar la prueba en que el magistrado no actuaría en forma directa e independiente, sino que la formación de su convicción consideraría la intervención del consejero técnico, quien, al emitir su opinión le entregaría al juez sus propias conclusiones sobre el caso y la prueba rendida, generándose una vulneración del principio de inmediación.

2.4. Informe técnico del consejero como expresión de un “amicus curiae”

En un último término, en el proceso de determinación de la naturaleza jurídica del consejero técnico, nos parece conveniente contrastar sus características con las del amicus curiae, figura que

¹⁵⁷ SILVA VARGAS, Pablo Antonio; VALENZUELA RODRÍGUEZ, Juan José. Loc. Cit.

¹⁵⁸ HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. Óp. Cit. p. 145.

¹⁵⁹ NÚÑEZ ÁVILA, René, ROSSO CORTÉS, Mauricio, MATURANA MIQUEL, Cristián. Óp. Cit. p. 89.

¹⁶⁰ Óp. Cit. p. 90.

podemos encontrar regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 19 de la ley N° 20.600 que crea los tribunales ambientales¹⁶¹.

Este amigo del tribunal se presenta como un partícipe en los procesos judiciales e interviene en calidad de tercero ajeno al conflicto jurídico, no obstante que, a su vez, se encuentra interesado en el mismo en virtud de la trascendencia institucional del caso o el interés público que genera¹⁶², siendo esta la justificación de su afán de ofrecer, voluntariamente, su participación en el litigio¹⁶³.

La intervención del *amicus curiae* en los procesos judiciales, consiste en la emisión de una opinión fundada sobre el tema debatido¹⁶⁴ y que es considerada trascendental para la sustentación del proceso¹⁶⁵, convirtiéndose en una herramienta procesal¹⁶⁶ que permitirá al tribunal contar con más información para decidir.

Dicho esto, podemos evidenciar algunas similitudes con respecto a las características del consejero técnico, por ejemplo, en cuanto al grado de *expertis* que ciertamente debiese poseer este amigo del tribunal para que su opinión deba ser escuchada en el proceso¹⁶⁷ o respecto a que su opinión resulta una herramienta relevante más no tiene carácter vinculante para el juez¹⁶⁸. Sin embargo, podemos notar importantes diferencias entre ambos partícipes del procedimiento que nos permiten concluir que el consejero técnico no tiene el carácter de un *amicus curiae*, como, por ejemplo, el hecho de que la participación del amigo del tribunal es voluntaria y gratuita, lo cual contrasta al carácter de funcionario del tribunal que tiene el consejero.

3. Informe experto del consejero técnico: Un medio de prueba

Puede resultar complejo considerar que la participación del consejero técnico, al emitir opiniones expertas en un juicio, sea expresión de una naturaleza jurídica de *amicus curiae*, sin

¹⁶¹ GAJARDO, Ricardo. Fines y funciones del *amicus curiae*: Perspectivas para Chile. Tesis Doctoral. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2017, p. 28.

¹⁶² FERNÁNDEZ, Mariano. Acceso a la justicia, democratización del proceso judicial, y propuestas para una regulación general del “*Amicus Curiae*” en Políticas Públicas. Recomendación N° 17, Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento, 2005, p. 1.

¹⁶³ BAZÁN, Víctor. *Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional. Revista Derecho del Estado, no. 33, 2014, p. 5.

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ, Mariano. Loc. Cit.

¹⁶⁵ GAJARDO, Ricardo. Óp. Cit., p. 4.

¹⁶⁷ BAZÁN, Víctor. ¿De qué hablamos cuando hablamos de *amicus curiae*? Revista de Derecho Público, no. 71, 2009, p.135.

¹⁶⁸ Ibid.

embargo, en virtud de lo ya expuesto, podemos pensar que no es tan incongruente asociar, en la teoría, el informe del consejero a un medio de prueba, como la pericia, o a una forma de juzgar tal como lo hace el juez. Sin embargo, en virtud de las limitaciones constitucionales del artículo 76 de nuestra carta fundamental, que restringe la labor jurisdiccional a quienes han sido llamados legalmente a cumplir con dicha función, dejaremos de lado la tesis de que la naturaleza jurídica del consejero técnico y sus labores informativas sean la de juez. Por lo que, en los siguientes párrafos, haremos referencia a la tesis de la naturaleza jurídica de prueba del consejero técnico.

En la práctica, pensar que el informe del consejero técnico tiene la naturaleza de medio de prueba no resulta alejado de la realidad. Especialmente al considerar que el experto, al emitir opinión técnica, ya sea sobre los hechos de la causa o sobre los mismos medios de prueba, se encuentra aportando máximas de la experiencia de las que el juez carece y que, en definitiva, ayudarán al juez a decidir sobre un conflicto jurídico¹⁶⁹.

Al respecto, podemos también recordar nuestro concepto sobre la prueba el cual señalamos en el principio de este trabajo, donde conceptualizamos, en virtud de una concepción racional de la prueba¹⁷⁰, que esta será todo elemento que sirva para averiguar, comprobar y cerciorarse¹⁷¹ de la veracidad en las alegaciones de las partes, y que, por tanto, implicaría la posibilidad de extralimitarse de lo reglado¹⁷².

Esta idea de la prueba nos permite considerar que, dado que el informe experto del consejero técnico aporta máximas de la experiencia e información técnica al proceso permitiendo al juez formar su convicción sobre alguna de las posturas del conflicto y, en definitiva, fallar en uno u otro sentido, este debería ser considerado como un medio de prueba más y, por tanto, ser tratado como tal en cuanto a ser objeto de las regulaciones de la prueba.

En efecto, podemos señalar que tal como sucede con un medio de prueba aportado al proceso judicial, existe un proceso de valoración de la información técnica entregada por parte del consejero, al igual como si se tratara de algún medio de prueba reglado y tal como se aprecia respecto de la prueba pericial, es decir, mediante un proceso de razonamiento inferencial, donde el juez recibe la opinión experta del consejero, analiza internamente la información aportada y su utilidad respecto a

¹⁶⁹ ZUBIRIDE SALINAS, Fernando. Loc. Cit.

¹⁷⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi.

¹⁷¹ NÚÑEZ ÁVILA, René, ROSSO CORTÉS, Mauricio, MATURANA MIQUEL, Cristián. Óp. Cit. 228.

¹⁷² VÁZQUEZ, Carmen. Óp. Cit. 59.

la confirmación de la veracidad o falsedad de las proposiciones fácticas esgrimidas por las partes, y finalmente, puede fallar en base a ella y al resto de los medios de pruebas aportados al proceso.

Dicha posibilidad es factible si consideramos la libertad probatoria que existe en los procedimientos de familia. Como se señaló en la parte introductoria de este trabajo, la regulación de los medios de prueba que contempla la LTF deja abierta la posibilidad de incorporar al proceso cualquier medio de prueba que no se encuentre regulado expresamente en la ley, esto mientras se trate de un medio apto para producir fe, y junto con ello, el artículo 28 de la misma ley estima que para la adecuada resolución de los conflictos sometidos a esta jurisdicción, podrán probarse los hechos controvertidos mediante cualquier medio producido en conformidad a la ley.

CAPITULO IV: Consecuencias de la determinación de la naturaleza jurídica del consejero técnico

Con anterioridad, hemos expuesto la confusión presente respecto de las funciones que lleva a cabo el consejero técnico en comparación a otros partícipes del proceso, y explicamos que dicha situación se presenta como una consecuencia de una regulación legislativa un tanto vaga en cuanto a la determinación de las facultades del consejero para asesorar al juez en los procedimientos de familia.

Si bien la ley es enfática al señalar que las labores ejercidas por los miembros del consejo técnico son las de un auxiliar de la justicia, no debe desconocerse la posibilidad de que en la práctica puedan generarse roces que transgredan los límites existentes entre las competencias de este funcionario del tribunal y el resto de los partícipes en un litigio, siendo este el caso esbozado en el capítulo anterior, donde expusimos nuestra hipótesis sobre la naturaleza jurídica probatoria del informe técnico emitido por el consejero, tal como ocurre respecto de los informes periciales. De ser efectivo dicho planteamiento, esto conllevaría ciertas consecuencias y alteraciones a un sistema judicial que debiese funcionar en forma congruente, por lo que este relevante aspecto de nuestro estudio será abordado en el presente capítulo.

De esta forma, de considerar que el informe del consejero técnico tiene una naturaleza jurídica probatoria, una principal consecuencia de ello sería la correspondiente aplicación de toda norma reguladora de la prueba conforme a las disposiciones de la LTF, respecto de la emisión, forma y valoración del informe del consejero técnico. En este sentido, haremos referencia a las reglas de valoración probatoria que rigen en materia de familia, específicamente, respecto de los artículos 32 y 66 N°4 de la LTF.

1. Obligación del juez de fundamentar la sentencia respecto de la valoración de informe del consejero técnico

En los artículos 32 y 66 N°4 de la LTF se establece el deber de fundamentación de las sentencias, el cual se presenta como una garantía ante un sistema de libre valoración probatoria como la sana crítica ¹⁷³, el cual, como vimos con anterioridad en el presente trabajo, rige en los

¹⁷³ NÚÑEZ ÁVILA, René, ROSSO CORTÉS, Mauricio, MATORANA MIQUEL, Cristián; Óp. Cit. p. 240.

procedimientos de familia y refiere al sistema donde el juez, en el proceso de corroboración de su hipótesis, debe emplear las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados - según lo establecido en el mismo artículo 32 de la LTF- y dicho razonamiento debe quedar plasmado en la sentencia.

De esta forma, podemos visualizar la procedencia del deber de fundamentación que carga el juez en los procedimientos de familia, en virtud del contenido del artículo 32 de la LTF, la cual, prevé que “La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”. Dicha norma debe entenderse conjuntamente al artículo 66 N°4 de la LTF, el cual considera que uno de los contenidos de la sentencia debe ser “el análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión”.

Teniendo en consideración estas normas, podemos decir que este deber del juez consiste en la obligación de justificar debidamente la decisión que haya tomado para resolver el caso. En virtud de ello, el juzgador tiene que hacer referencia en el fallo a toda la prueba rendida en el juicio, dando cuenta de aquellos medios de prueba que le permitieron acreditar o desestimar los hechos controvertidos del conflicto, inclusive, hacer alusión a aquella prueba que haya sido desestimada.

Decíamos en un inicio que, el deber de fundamentación es una garantía en el proceso judicial, puesto que permite, por un lado, socializar el razonamiento del juez y, junto con ello, facilitar el control de la decisión judicial mediante la aplicación de los eventuales recursos que puedan proceder¹⁷⁴.

En esta misma línea, podemos decir que es a través de la fundamentación de las sentencias es que las partes conocen el razonamiento judicial utilizado por el juez al tomar una decisión, y también puede ser controlada la racionalidad de las inferencias¹⁷⁵ a las que llega el juzgador a la hora de valorar la prueba. En virtud de ello es que, como señalamos en un principio de este capítulo, el deber de fundamentación se presenta como un elemento esencial en sistemas de valoración probatoria

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ DE SALINAS, Fernando Zubiri. ¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto. Jueces para la democracia, 2004, no 50, p.56.

racionales o de libre apreciación, como la sana crítica¹⁷⁶, en cuanto el legislador permite una mayor flexibilidad al juzgador en la valoración de la prueba, sin embargo, el límite “consiste en la obligación que el juez tiene de convencer de alguna manera de la justicia de su decisión de los demás.”¹⁷⁷

En definitiva, lo que el magistrado debe manifestar en la sentencia, dice relación con el proceso reflexivo de valoración probatoria que lo llevó a fallar de una u otra forma. Por dicha razón, el juez tiene el deber de hacerse cargo del contenido de la totalidad de la prueba rendida, incluyendo el del peritaje. Ahora bien, si consideramos que el informe experto del consejero técnico no es un medio de prueba y que más bien, se limita a ser una mera forma de auxilio y consejo para el juez, entonces, no resultaría aplicable el artículo 32 de la LTF, y, por tanto, no existiría al respecto una obligación del magistrado de incluir dicha opinión técnica dentro la fundamentación de la decisión, por más que ella haya sido determinante para resolver la contienda.

Por su parte, en cuanto al informe emitido por los miembros del consejo técnico, en la búsqueda de transparentar su participación en la realización de sus labores de asesoría, la Corte Suprema estableció que sus intervenciones en las audiencias debían ser orales y públicas, debiendo quedar registro de ellas en el sistema de audio¹⁷⁸. Sin embargo, no existe norma donde se establezca el deber del juez de exponer en la sentencia la ocurrencia de la asesoría del consejero técnico, ni mucho menos se le exige señalar la valoración que tuvo lugar respecto de la información que fue aportada al proceso mediante esta asesoría, o si dicha asistencia profesional fue relevante en su proceso de valoración del resto de la prueba rendida.

Por nuestra parte, podemos interpretar que, en consideración de que la labor de asesoría técnica que presta el consejero conforme a las atribuciones contempladas en los artículos los artículos 5 letra a) y 64 inciso 6° de la LTF y el artículo 2 del acta 93-2005, satisfacen funciones de índole probatorias – conforme a los fundamentos esbozados con anterioridad – y, por ende, al ser recibida dicha información experta por el juez esta debe ser procesada internamente por el juzgador¹⁷⁹, y afrontar un proceso valorativo que guarda relación con los hechos que deben ser acreditados o desestimados a través del proceso judicial, entonces, dicho proceso de valoración de la valiosa

¹⁷⁶GERHARD, Walter. Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial, 1985, Bogotá, p. 356 y 358. En: LEPÍN MOLINA, Cristián. Breve estudio sobre la sana crítica, 2007, p. 11.

¹⁷⁷ COLOMBO CAMPBELL, Juan. Sistemas de valoración de la prueba. Nuevas Orientaciones de la Prueba. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, p. 180.

¹⁷⁸ CORTE SUPREMA. Procedimientos para Juzgados de Familia. Corporación administrativa Poder Judicial. Julio 2006. P.37.

información otorgada por el consejero debiese quedar plasmado en el fallo. Esto, toda vez que dichas máximas de la experiencia y conocimientos científicos aportados al proceso, junto con las conclusiones a las que el magistrado haya arribado en base a estos datos, pueden ser determinantes respecto de la decisión sobre la solución del conflicto¹⁸⁰.

Al señalar que el informe del consejero técnico es un medio de prueba, automáticamente surgiría respecto del juez el deber de incluir las opiniones aportadas por el respectivo profesional en la sentencia. Situación que como señalamos con anterioridad, normativamente no se encuentra regulada y en la práctica, da lugar a que esta asesoría y su contenido pueda llegar a ser entregada al juez fuera de la audiencia, terminado ya el juicio, pero antes de dictar la sentencia, es decir, en desconocimiento de las partes ¹⁸¹, lo cual, teniendo en cuenta la relevancia ya señalada de la información aportada por el consejero, podría derivar en una vulneración de los derechos de las partes.

Así, nuestra Corte Suprema ha señalado acerca de este deber del juez que “Los tribunales y la doctrina han hecho hincapié en esta obligación de motivar o fundamentar las sentencias, por cuanto tal exigencia no solo dice relación con un asunto exclusivamente procesal, referido a la posibilidad de recurrir, que implica impugnar una resolución de manera de evitar errores y arbitrariedades - derecho consagrado en la Carta Fundamental, que importa la idea del racional, justo y debido proceso que debe alcanzarse en la sentencia- si no porque, además, se relaciona con un tema externo a la procesabilidad indicada, que se enmarca en la necesidad de someter al examen que puede hacer cualquier ciudadano de lo manifestado por el juez y que hace posible, asimismo, el convencimiento de las partes en el pleito, evitando la impresión de arbitrariedad al tomar estas conocimiento del por qué de una determinación”.¹⁸² Ciertamente, la ausencia de una debida fundamentación de la sentencia supone diversas consecuencias, entre ellas, como es señalado en la sentencia citada, se genera una vulneración del debido proceso como garantía constitucional y del derecho de las partes a impugnar la decisión.

1.1. Debido proceso: El derecho a defensa y a recurrir

En efecto, el deber de fundamentación de las sentencias encuentra su base a nivel constitucional. De este modo, en el inciso 5° del numeral 3° del artículo 19 de nuestra carta

¹⁸⁰ CASAS, Lidia; DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe; RIEGO, Cristián; VARGAS, Macarena. Óp. Cit. p. 9.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Sentencia de la Corte Suprema, 22 de febrero de 2022, ROL: 94190-2020.

fundamental se establece que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, y el artículo 76 inciso 1° del mismo cuerpo normativo consagra la prohibición de revisar los fundamentos de las sentencias dictadas en procesos judiciales. Ambos artículos de nuestra carta magna han sido considerados doctrinalmente como una expresión de la procedencia del deber de fundamentar las sentencias como una garantía constitucional que es parte del debido proceso¹⁸³.

Por otro lado, la procedencia del derecho de las partes a impugnar una decisión en materia de familia representa la consideración que tuvo el legislador en cuanto a la posibilidad humana de que el juez pueda equivocarse al decidir, ya sea fallando al aplicar la ley, al valorar la prueba, o al aplicar las máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados¹⁸⁴. Dicho esto, que se contemplen recursos para palear y corregir los eventuales errores que pueden ser cometidos por el juez al fallar representa una expresión del debido proceso, específicamente, respecto del derecho a defensa de las partes¹⁸⁵.

El motivo por el cual el juez debiese fundamentar debidamente sus sentencias dice relación con permitir que, tanto las partes como los tribunales superiores, conozcan las reflexiones llevadas a cabo por el magistrado para fallar, permitiendo al tribunal *ad quem* efectuar una revisión de la racionalidad en su decisión¹⁸⁶. Así, la Corte de Apelaciones de Valparaíso señaló que “El objetivo de esta exigencia legal es permitir la reproducción del razonamiento empleado por los jueces en su sentencia, de suerte tal que, quien la lea, quede en condiciones de rehacer el curso de las reflexiones de su autor, pudiendo reconocer la concatenación de las razones que han motivado a éste a convencerse de esta o aquella conclusión, única forma de asegurar el posterior control de las decisiones del tribunal”¹⁸⁷.

Por tanto, de no quedar plasmadas en el fallo las consideraciones y motivos que se tuvieron para fallar, o en caso de que el juez no las exponga claramente en la sentencia, entonces las partes no tendrían conocimiento cabal del raciocinio del juzgador, y, por tanto, no podrían ejercer su derecho a

¹⁸³ CEA EGAÑA, José Luis. Tratado de la constitución de 1980. Editorial Jurídica, Santiago, 1988, p. 309.

¹⁸⁴ MATURANA BAEZA, Javier. Sana crítica: un sistema de valoración racional de la prueba. Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 322.

¹⁸⁵ MOSQUERA RUIZ, Mario; MATURANA MIQUIEL, Cristián. Los recursos procesales. 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p.98.

¹⁸⁶ PACHECO RODRÍGUEZ, Dominique. Estereotipos, prejuicios y sesgos y su impacto en la valoración de pruebas declarativas en procedimientos penales y de familia. Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2021, p. 56.

¹⁸⁷ Sentencia de Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26 de junio de 2019, ROL: 958–2018.

recurrir en caso de que estas reflexiones, siendo desconocidas por las partes, fuesen erróneas o contrarias a derecho.

Dicha es la problemática que se presenta respecto de la opinión emitida por el consejero técnico, cuya valoración por parte del juez y las reflexiones que éste puede desarrollar basándose en el informe experto, tienden a ser desconocidas por las partes dada la inexistencia de normativa que obligue al magistrado a hacerse cargo de la información aportada al procedimiento por el consejero, lo cual, puede derivar en irregularidades respecto de las cuales ni las partes, ni los tribunales superiores podrían conocer, generándose la vulneración al derecho a recurrir y, junto con ello, al derecho a defensa de las partes.

Podemos señalar que, si el informe técnico emitido por el consejero técnico fuese considerado como un medio de prueba más, la opinión emitida por el experto, en un primer término, debiese ser emitida en la oportunidad regulada legalmente para ello, en el caso del procedimiento ordinario ante los tribunales de familia, la incorporación del informe del consejero debiese tener lugar en la audiencia de juicio, tal como ocurre con la prueba pericial, que es incorporada junto al resto de los medios de prueba.

En un segundo término, al sujetar el informe del consejero a las normas aplicables a los medios de prueba, la valoración y reflexiones que recaigan sobre éste deberán quedar plasmadas en la sentencia, en virtud de la aplicación de los artículos 32 y 66 N°4 de la LTF. Con ello existiría un control mayor por parte de las partes respecto de la opinión que emite el consejero técnico y las conclusiones a las que pueda arribar el juez sobre este. Así, en caso de generarse una irregularidad respecto de la información aportada por el experto o de la valoración que efectúa el juez sobre dichas conclusiones, las partes podrían tener conocimiento sobre ello y ejercer su derecho a recurrir.

Junto con ello, la infracción de la obligación del juez de hacerse cargo de las opiniones técnicas del consejero en el fallo - por ser considerado este un medio de prueba -, daría lugar a la posibilidad para las partes de interponer un recurso de casación en la forma por no cumplir con los contenidos mínimos exigidos en la sentencia. En efecto, el artículo 67 numeral 6° letra b) de la LTF establece que “Procederá el recurso de casación en la forma, establecido en los artículos 766 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con las siguientes modificaciones:... b) Sólo podrá fundarse en alguna de las causales expresadas en los números 1°, 2°, 4°, 6°, 7°, y 9° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, o en haber sido pronunciada la sentencia definitiva con omisión

de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 66 de la presente ley.” A su vez, el artículo 66 de la LTF señala los contenidos mínimos que toda sentencia definitiva deberá contener, entre ellos, el N°4 de la norma señala como uno de los contenidos mínimos de la sentencia el “análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión”.

Si bien, podría ser considerado que, dentro de los contenidos mínimos de la sentencia contemplados en el artículo 66, la fundamentación de la sentencia también considerara los datos técnicos y máximas de la experiencia aportadas por el consejero técnico - en cuanto a auxiliar de justicia -. Sin embargo, no contemplándose una norma expresa al respecto, las partes no contarían con una forma de exigir que se incorpore la valoración del informe del consejero en la sentencia.

Al respecto, el año 2016, Vargas realizó un estudio consistente en la revisión de veinticinco causas, de distinta naturaleza, que fueron tramitadas ante distintos Tribunales de Familia de Santiago. La finalidad de dicha investigación era dar cuenta de la intervención práctica de los consejeros técnicos en las distintas causas que eran puestas bajo su conocimiento¹⁸⁸. Uno de los datos obtenidos de su análisis, fue que de las veinticinco causas estudiadas, solo en nueve de ellas el juez dejó constancia en la sentencia de la participación del consejero durante el proceso¹⁸⁹. Si bien, el autor de la investigación es enfático en señalar que la muestra analizada no es necesariamente representativa de la realidad seguida ante los Tribunales de Familia de Santiago, los datos que recoge nos son útiles para ejemplificar la situación respecto a la no consideración del informe del consejero dentro de las fundamentaciones de las sentencias.

2. Vulneración de los principios de publicidad, contradicción e igualdad de armas

Continuando con las consecuencias que conllevaría considerar que el informe del consejero técnico ante los tribunales de familia ostenta una naturaleza jurídica probatoria, podemos señalar nuevamente que, de aplicar las normas reguladoras de la prueba en materia de derecho de familia a la emisión de la opinión del consejero, existirían mayores garantías de transparencia sobre la información emitida por el experto.

Con anterioridad dimos cuenta de la intención de la Corte Suprema de regular la forma en que los miembros del consejo técnico efectuaban sus intervenciones en el proceso. Así, se estableció

¹⁸⁸ VARGAS SALAMANCA, Andrés. Óp. Cit. p. 69.

¹⁸⁹ Ibid., p. 77.

que la participación del consejero debía ser oral y pública¹⁹⁰. Sin embargo, en la práctica no todas las intervenciones del consejero serán públicas, e incluso, el consejo del experto al juez podría ser dado fuera del marco de una audiencia¹⁹¹, no quedando registro de la información entregada. Lo cual, es del todo predecible si consideramos que, en algunos casos, el magistrado desarrollará una importante confianza en las habilidades del consejero técnico¹⁹². Al respecto, podemos hacer referencia al estudio llevado a cabo por Vargas, quien dando cuenta de dicha problemática, señalaba que la labor de asesoría del consejero técnico no se limitaba a las audiencias, sino que, sus intervenciones, en la mayoría de los casos, tenían lugar fuera de estos espacios¹⁹³.

Sin embargo, la posibilidad de que el auxilio del consejero sea prestado fuera de la audiencia, plantea riesgos en cuanto a la vulneración de distintos principios establecidos en la LTF. Así, en un primer término, podemos hacer referencia a la vulneración del principio de publicidad que rige en los procedimientos seguidos ante estos tribunales especializados según lo establecido en el artículo 15 de la LTF, el cual señala que “Todas las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal son públicos”. Hablamos de un ideal que busca dotar de mayor legitimidad los procedimientos¹⁹⁴. Así, se ha establecido que la publicidad es una importante forma de control y fiscalización popular sobre el actuar de los magistrados¹⁹⁵.

En segundo lugar, podemos referirnos a la vulneración del principio de contradicción y de igualdad de armas. El primero, refiere a la exigencia “de que las partes cuenten realmente con acceso al proceso a fin de que puedan hacer valer libremente sus respectivas pretensiones y defensas”¹⁹⁶, es decir, que las partes puedan efectivamente ser partícipes en el proceso. El segundo principio dice relación con permitir el cumplimiento del principio de contradicción, ello mediante la entrega de herramientas equitativas a las partes, destinadas a permitir que, en forma igualitaria, puedan ejercer sus alegaciones, prueba, recursos, etc.¹⁹⁷ Ahora bien, en materia probatoria, el respeto de ambos principios, implica que ambas partes, en igualdad de condiciones, puedan presenciar y participar de la determinación de los hechos a probar, de la prueba que será rendida y durante la rendición de la

¹⁹⁰ CORTE SUPREMA. Procedimientos para Juzgados de Familia. Corporación administrativa Poder Judicial. Julio 2006, p.37.

¹⁹¹ CASAS, Lidia; DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe; RIEGO, Cristián; VARGAS, Macarena; Loc. Cit.

¹⁹² FUENTES MAUREIRA, Claudio. Los dilemas del juez de Familia. Revista Chilena de Derecho, vol. 42, no. 3, 2015, p. 952.

¹⁹³ VARGAS SALAMANCA, Andrés. Óp. Cit., p. 78.

¹⁹⁴ NÚÑEZ ÁVILA, René, ROSSO CORTÉS, Mauricio, MATURANA MIQUEL, Cristián; Óp. Cit. p. 105.

¹⁹⁵ COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Segunda edición, Buenos Aires, 1957, p. 87.

¹⁹⁶ GIMENO SENDRA, Vicente. Introducción al derecho procesal. Tercera edición, Madrid, 2005, p. 268; En; NÚÑEZ ÁVILA, René, ROSSO CORTÉS, Mauricio, MATURANA MIQUEL, Cristián; Óp. Cit. p. 63.

¹⁹⁷ Ibid.

prueba podrán efectuar las respectivas observaciones a la prueba en conformidad a lo dispuesto en el artículo 64 inciso final de la LTF¹⁹⁸.

Podemos evidenciar como dichas garantías de los procesos llevados ante los tribunales de familia podrían verse afectadas durante el ejercicio práctico de las funciones de asesoría del consejero técnico, ya que si la intervención del experto llega a desarrollarse fuera del marco de la audiencia, ello implicaría, nuevamente, el desconocimiento de las partes de la información que es entregada al juez. En cambio, de ser considerado el informe experto del consejero como un medio de prueba, tal cual la prueba pericial, entonces, al enmarcarse su regulación dentro de las normas de la emisión de la prueba, la opinión técnica debería encontrarse siempre enmarcada al contexto de la audiencia de juicio conforme a las reglas de los procedimientos ordinarios de la LTF.

¹⁹⁸ Óp. Cit. p. 65.

CONCLUSIONES

La finalidad del presente trabajo era intentar responder a las dudas existentes sobre la real naturaleza jurídica del consejero técnico, funcionario del tribunal que, junto con cumplir diversas labores en los procesos seguidos ante los Tribunales de Familia - algunas de ellas ajenas a las atribuciones asignadas por el legislador -, cumple un papel esencial en el desarrollo de esta judicatura especializada.

La labor de asesoría del magistrado de los tribunales de familia satisface a una necesidad de auxilio en materias que son ajenas a quien es un experto en lo jurídico. El trabajo del consejero permite al juez desarrollar un mejor entendimiento de las situaciones que son presentadas ante su judicatura especializada, que suele traer consigo causas difíciles de abordar sin el auxilio de una visión interdisciplinaria.

Sin embargo, como se señaló con anterioridad, la falta de una regulación clara sobre la función asesora de los consejeros da pie al desarrollo de confusiones sobre cuáles son los reales límites y funciones de la labor que presta. Es por ello que, en la práctica de la actividad judicial ante los tribunales de familia, surge la duda sobre cual es la real naturaleza de estas asesorías.

En la búsqueda de respuestas a esta problemática, en los capítulos presentados con anterioridad pudimos evidenciar las importantes similitudes existentes entre el informe técnico del consejero y el informe pericial, y logramos concluir que nos encontramos frente a dos expertos en áreas ajenas a lo jurídico, que no son parte interesada en el litigio y cuya labor se encuentra orientada a aportar información al proceso, la cual es necesaria ante la incapacidad lógica del juez de poseer expertis en todas las áreas del conocimiento, por lo que ambos informes significan la incorporación al litigio de información desconocida y útil para lograr un fallo correcto que resuelva el conflicto adecuadamente conforme a los conocimientos científicos y máximas de la experiencia.

Determinada la similitud entre ambas figuras, hemos podido analizar la naturaleza jurídica del informe del consejero basándonos en las discusiones doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de la pericia. De este modo, expusimos la dicotomía de Carnelutti y Guasp sobre el peritaje como mero auxilio del juez o como un medio de prueba propiamente tal. También, dimos cuenta de la posibilidad de señalar al perito como un juzgador de los hechos del juicio o como un *amicus curiae*. Dichas teorías nos permitieron comprender las posibles opciones teóricas sobre la naturaleza jurídica del consejero

técnico y su informe experto, ante lo cual concluimos que, la hipótesis más ajustada a nuestro caso, era señalar que dicho informe cumple una función probatoria, en cuanto al efecto que tiene para el juez recibir dichas máximas de la experiencia, en cuanto le permiten conocer de mejor manera los hechos del caso, valorar correctamente el resto de la prueba aportada y, en definitiva, permite al magistrado formar su convicción y fallar, determinando cual es la teoría del caso que más se ajustaría a la realidad. Siendo este el efecto que genera la asesoría del consejero técnico en el fuero interno del juez es posible señalar que cumple una función probatoria.

En virtud de esta conclusión es que, con posterioridad, expusimos las consecuencias que tendría señalar que el informe del consejero técnico es un medio de prueba y no una mera herramienta de auxilio al juez. Logramos concluir que esta hipótesis abre la posibilidad de garantizar mayormente los derechos de las partes, en un primer término, en cuanto a la obligación que surgiría para el juez de fundamentar la sentencia en base a la información aportada por el consejero, cuando esta haya sido determinante para la resolución del conflicto.

Finalmente podemos señalar que, en caso de señalar que el informe del consejero técnico es una mera herramienta de asesoría para el magistrado, ello no implicaría que éste no tenga la posibilidad de incluir su valoración del informe del consejero técnico en sus motivaciones y fundamentos de la sentencia. En efecto, puede hacerlo precisamente porque el sistema de ponderación probatoria en los procedimientos seguidos ante los tribunales de familia es la sana crítica. Más bien, el problema tiene que ver con el caso en que dicho informe sirva al juez para complementar sus conocimientos y, en definitiva, sea un aporte a las máximas de la experiencia del magistrado, siendo útiles en el proceso de valoración de la prueba y en la determinación de la veracidad en la ocurrencia de los hechos alegados, y, ocurriendo ello, el magistrado, al no tener la obligación de hacerlo, decide no incluir dentro de las motivaciones de su decisión el informe del consejero técnico.

Como concluimos, la posibilidad de que el juez se encuentre obligado a incluir dicho informe técnico dentro de los fundamentos de la sentencia, por tratarse de un medio de prueba, permite evitar la vulneración de una serie de derechos y garantías del proceso que benefician a quienes acuden a esta jurisdicción: las partes del litigio.

Así, pensar en un tratamiento probatorio del informe emitido por los miembros del consejo técnico no solo es parte de una idea comparativa con respecto a la prueba pericial, sino que también responde al derecho de las partes a un debido proceso, a la prueba, a la defensa, a la posibilidad de

recurrir de la sentencia, a participar de un procedimiento regido por los principios contradictorios y de igualdad de armas.

El informe técnico como medio de prueba nos permite pensar en un mayor control de la actividad judicial y de las asesorías efectuadas por estos funcionarios expertos del tribunal, de exigir una mayor transparencia en los procesos, especialmente si consideramos la posibilidad humana de que se emitan opiniones sesgadas por prejuicios y estereotipos, o que sean erróneas desde la racionalidad de los conocimientos científicos empleados.

Especialmente, cuando el juez es orientado por un experto de su confianza, como ocurre normalmente con la figura del consejero técnico en los tribunales de familia, debe tenerse en consideración que esa decisión contempla la valoración previa de un tercero que no es llamado legalmente a juzgar. En virtud de ello, es esencial que la decisión tomada en base a dicha información pueda ser controlada por los litigantes en el procedimiento y por tribunales superiores.

Ahora bien, más allá de la existencia o no de una finalidad probatoria del contenido del informe del consejero técnico, si el deber de este asesor técnico es orientar al magistrado en la toma de sus decisiones, entonces, el juzgador debiese dar cuenta, en sus resoluciones y sentencias, de la participación del consejero prestando asesoría, ya sea que dicho el informe técnico haya sido concluyente en la toma de la decisión respectiva o, inclusive en el caso de que el parecer del magistrado sea opuesto al del experto¹⁹⁹. Al respecto, seguimos el postulado de Henríquez, quien estima que la asesoría del consejero técnico se encuentra únicamente dirigida al juez, y que, por ello, como contrapartida y con indiferencia de cuál sea la conclusión sobre la naturaleza jurídica del informe, este último siempre debiera pronunciarse sobre dicho asesoramiento²⁰⁰.

¹⁹⁹ HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. Óp. Cit., p. 146.

²⁰⁰ HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. Óp. Cit., p. 153.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABEL LLUCH, Xavier. El estatuto jurídico del perito. En: ABEL LLUCH, Xavier. Tratado pericial judicial. Madrid, La Ley, 2014.
2. ABEL LLUCH, Xavier. La prueba pericial. Bosch, 2009.
3. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Admisibilidad y ponderación de la prueba en segunda instancia y el deber de fundamentación de la sentencia Corte Suprema, 22 de febrero de 2022, Rol N° 94190 – 20. Revista Chilena de Derecho Privado, no. 38, 2022, p. 313 – 321.
4. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 19, no 1, 2012, p. 335-351.
5. BARRAZA GALLARDO, Luisa. *Debate parlamentario de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia*. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2007.
6. BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho procesal, vol. 4, México D.F., 1970.
7. BAZÁN, Víctor. Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional. *Revista Derecho del Estado*, no. 33, 2014, p. 33-34.
8. BAZÁN, Víctor. ¿De qué hablamos cuando hablamos de amicus curiae? *Revista de Derecho Público*, no. 71, 2009, p.134 - 151.
9. CARNELUTTI MISSIAGLIA, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Traducción Castellana, 1944.
10. CASARINO VITERBO, Mario. Manual de Derecho Procesal. Tomo IV, 5° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
11. CASARINO VITERBO, Mario. Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. 4° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
12. CASAS, Lidia; DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe; RIEGO, Cristián; VARGAS, Macarena. El Funcionamiento de los nuevos Tribunales de Familia Resultados de la Investigación. Universidad Diego Portales, 2016.
13. CEA EGAÑA, José Luis. Tratado de la constitución de 1980. Editorial Jurídica, Santiago, 1988.
14. CHAHÚAN SARRÁS, Sabas. Manual del nuevo procedimiento penal. Lexis Nexis, 2007.
15. COLOMBO CAMPBELL, Juan. Sistemas de valoración de la prueba. Nuevas Orientaciones de la Prueba. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981.
16. COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Segunda edición, Buenos Aires, 1957.

17. DE SALINAS, Fernando Zubiri. ¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto. *Jueces para la democracia*, no 50, 2004.
18. DELLA ROCCA, Fernando. *Instituciones de derecho procesal canónico*. Desclée de Brouwer, 1950.
19. DUCE JULIO, Mauricio. *La prueba pericial*. Ediciones Didot, 2014.
20. DUCE JULIO, Mauricio. La prueba pericial en los procesos orales. En *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*. Lexis Nexis, 2007. p. 383-428.
21. DUCE JULIO, Mauricio. La prueba pericial y su admisibilidad en el Proyecto de Código Procesal Civil. En: MATURANA, Cristián. *Cuaderno de Extensión Jurídica*. Santiago: Universidad de Los Andes, N°23, 2012.
22. FERNÁNDEZ, Mariano, Acceso a la justicia, democratización del proceso judicial, y propuestas para una regulación general del “Amicus Curiae” en Políticas Públicas. Recomendación N° 17, Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento, 2005.
23. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Editorial Marcial Pons, 2007.
24. FONT SERRA, Eduardo. *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*. La Ley, 2000.
25. FUENTES MAUREIRA, Claudio. Los dilemas del juez de Familia. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, no. 3, 2015, p. 935 – 965.
26. GARRIDO CHACANA, Carlos. *Recepción de prueba testimonial y pericial en procedimiento ordinario de Ley 19.968*, 2015.
27. GASCON ABELLAN, Marina. *Prueba científica, un mapa de retos*. España: Universidad de Castilla – La Mancha, 2013.
28. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz. *Anuario de filosofía del derecho*, 2002, p. 489 – 496.
29. GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al derecho procesal*. Tercera edición, Madrid, 2005. En: NÚÑEZ ÁVILA, René, ROSSO CORTÉS, Mauricio, MATURANA MIQUEL, Cristián. *Derecho procesal de familia*. Thompson Reuters, Santiago, 2012.
30. GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, no. 1, 2006, p. 93 – 108.
31. GONZÁLEZ LAGUIER, Daniel. *Questio facti*. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción. 2013.

32. GONZÁLEZ PILLADO, Esther e IGLESIAS CANLE, Inés. La Prueba Pericial en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista Xuridica Galega*, no. 27, 2000.
33. GUASP DELGADO, Jaime. Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil.(t. II, Vol. I). Madrid, 1947.
34. GUASP DELGADO, Jaime. Derecho Procesal Civil. 3ª ed. Madrid: Editorial Instituto de Estudios Políticos, 1968.
35. HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio. El Consejo Técnico de los Tribunales de Familia de Chile. Regulación, límites y proyección. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, 2017, no 9.
36. LEPÍN MOLINA, Cristián. Breve estudio sobre la sana critica, 2007.
37. LESSONA, Carlos. Teoría General de la Prueba en Derecho Civil. Enrique Aguilera de Paz Traductor, 1942, vol.1.
38. LÓPEZ PUIGCERVER, Carlos. Naturaleza jurídica de la pericia. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1951, no 1.
39. MATURANA BAEZA, Javier. Sana crítica: un sistema de valoración racional de la prueba. Thomson Reuters, Santiago, 2014.
40. MENESES PACHECO, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Ius et Praxis*, vol. 14, no 2, 2008, p. 43-86.
41. MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Quinta edición, Thomson – Arazandi, Navarra, España, 2007.
42. MOSQUERA RUIZ, Mario; MATURANA MIQUIEL, Cristián. Los recursos procesales. 3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.
43. NIETO MORALES, Concepción. Análisis y valoración de la prueba pericial: social, educativa, psicológica y médica: el perito judicial, 2015.
44. NÚÑEZ ÁVILA, René, ROSSO CORTÉS, Mauricio, MATURANA MIQUEL, Cristián. Derecho procesal de familia. Thompson Reuters, Santiago, 2012.
45. PALOMO VELEZ, Diego. El perito y la pericia: ¿Auxiliar del juez o verdadero medio de prueba? Una precisión y una propuesta de lege ferenda. *Semana Jurídica*, 2005.
46. PALOMO VELEZ, Diego. Reforma procesal civil: oralidad y poderes del juez: escritos reunidos, 2010.
47. PEREIRA ANABALÓN, Hugo. Naturaleza jurídica de la pericia judicial. *Gaceta Jurídica*, N°269, Santiago, 2002.
48. PICÓ I JUNOY, Joan. La dinámica de la prueba pericial. En: LLUCH, Xavier. Tratado pericial judicial. Madrid: La Ley, 2014.

49. PINTO MUÑOZ, Andrés. La prueba pericial en general y especialmente en sede laboral: análisis en el procedimiento de aplicación general. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2016.
50. RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. Limitaciones a la oralidad en la práctica de la prueba pericial en el proceso civil español. 1era ed. España: Universidad Pública de Navarra, 2007.
51. TARUFFO, Michelle. Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba. Publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003.
52. TARUFFO, Michelle. La Prueba. Marcial Pons, 2008.
53. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. El proceso en acción. Editorial Libromar, Valparaíso, 2000.
54. VALDÉS QUINTEROS, Diego. El perito y el dictamen pericial en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil chileno. Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, 2012.
55. VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015.
56. ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. ¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto. Jueces para la democracia, no. 50, 2004, p. 52-62.

MEMORIAS Y TESIS

1. BARRAZA GALLARDO, Luisa. Debate parlamentario de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia. Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2007.
2. FUCHS NISSIM, Andrés. Consideraciones teóricas y prácticas sobre la relación entre proceso prueba y verdad. Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2010.
3. GAJARDO, Ricardo. Fines y funciones del amicus curiae: Perspectivas para Chile. Tesis Doctoral. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2017.
4. PACHECO RODRÍGUEZ, Dominique. Estereotipos, prejuicios y sesgos y su impacto en la valoración de pruebas declarativas en procedimientos penales y de familia. Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2021.
5. RAMÍREZ HÓRMAZABAL, Gustavo y URRUTIA SALAS, Manuel. La pericia. Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1978.

6. VARGAS SALAMANCA, Andrés. La institución del consejo técnico y su rol en las causas de familia. Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2016.

JURISPRUDENCIA

1. Sentencia de la Corte Suprema, 22 de febrero de 2022, ROL: 94190-2020.
2. Sentencia de Iltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique, 2 de julio de 2010, ROL: 44-2010, MJJ24188.
3. Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, 20 de julio de 2012, ROL: 143-2012. Legal Publishing: CI/Jur/1479/2012.
4. Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26 de junio de 2019, ROL: 958 – 2018.