



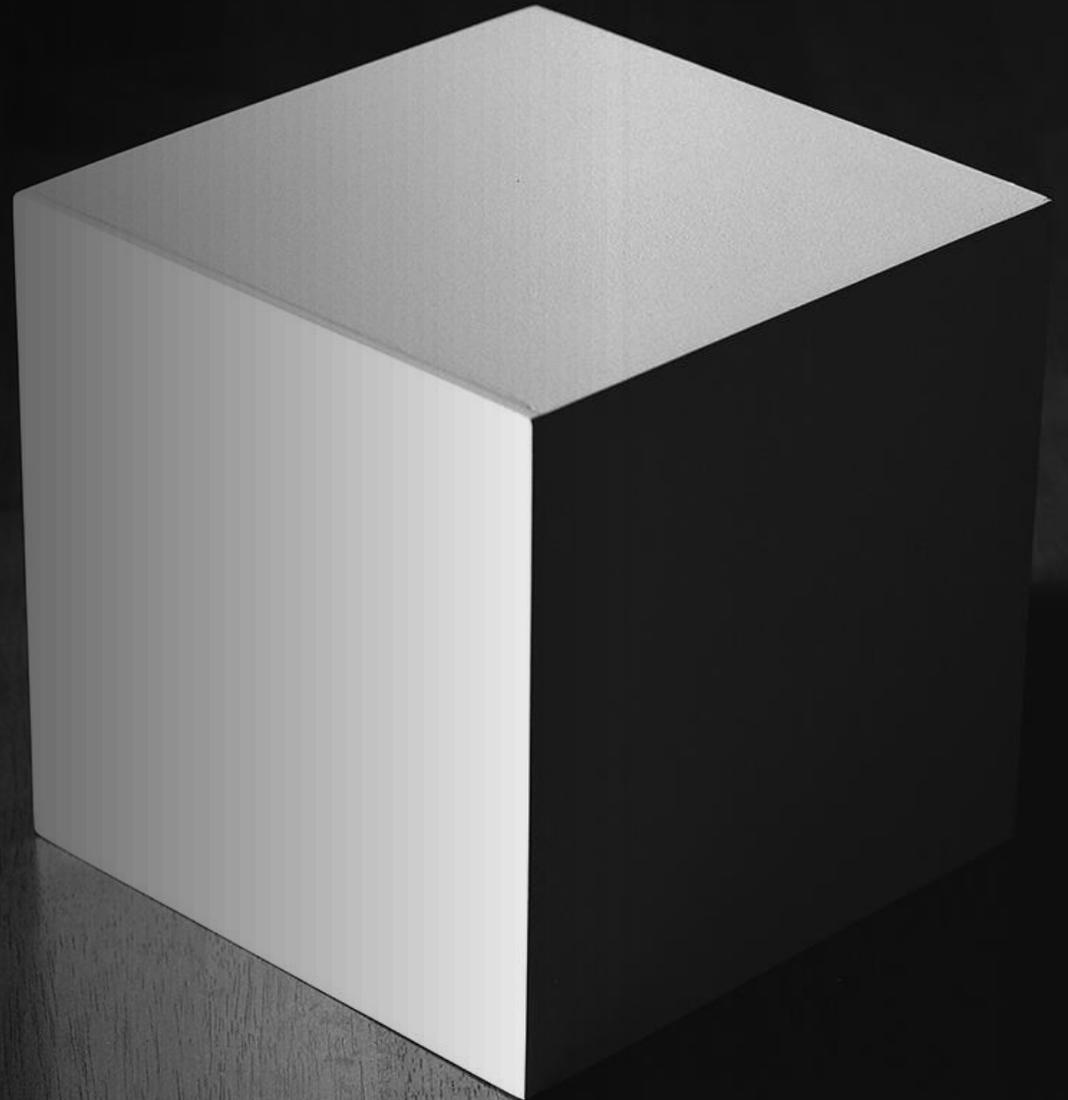
Desafíos del Derecho Probatorio de Familia en la experiencia Chilena

Claudio Fuentes Maureira

Profesor

Facultad de Derecho

Universidad Diego Portales



SON CLAVE EN PROBLEMAS DE FAMILIA Y NADIE CERTIFICA SU IDONEIDAD

Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos

bert

decidir el futuro de miles r

duplicado en los úl

regulación: basta

relación

cr

Problemas de la prueba pericial en familia



DESDE EL 2013
TELETRECE

EN REGULACIÓN: NIÑOS EN RIESGO

t13.cl @teletrece f teletrece t13 t13

Riesgos

- Riesgo n° 1: Sustitución rol de los jueces (fáctica no jurídica)
 - Reemplazo razonamiento judicial por pericial / el problema del Estado de Derecho
 - Diversas razones: poca formación, deferencia epistémica, transferencia de responsabilidad, “flojera”, etc.
- Riesgo n° 2: Error en la decisión:
 - + impacto y - control de la información producida en juicio = + posibilidad error judicial
 - ¿Qué tipo de problemas?
 - Ausencia estándares científicos
 - Mal comportamiento peritos

Elementos paradigma antiguo (CPC)

- Sistema antiguo los peritos son “auxiliares de la administración de justicia”, “imparciales”
 - Al servicio exclusivo de las necesidades de conocimiento del juez
 - Designado por el propio juez o impuesto por la ley (arts. 409 y 410 CPC)
 - Sistema de pre-calificación vía establecer quiénes y a falta de ellos en listas ante las Cortes de Apelaciones (ej. Art. 416 y 416 bis CPC)
- Prueba pericial como informe escrito (art. 410 CPC)
- Sana Crítica (art. 425 CPC), pero en contexto prueba legal (procedencia y sistema valoración general ej. art 422 CPC)

Elementos nuevo paradigma (LTF)

- Nuevos procesos: “peritos de confianza”, es decir, fuentes de información aportadas por las partes del caso (Art. 45):
 - Partes designan sin perjuicio de admisibilidad posterior.
 - Apertura a cualquier experto calificado en la disciplina respectiva (no listas).
 - Deberes de “imparcialidad” “ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio” - Art- 45 inc 3,
- Prueba pericial es perito que comparece a juicio - informe pericial es la declaración en juicio – Art. 46 inciso 2 y 48.
- Sistema Libre valoración prueba (art. 32 - Sana Crítica)

Admisibilidad.

- Requisitos generales de admisibilidad - Art. 31.
- Requisitos especiales de admisibilidad:
 - “garantías de seriedad y profesionalismo” – Art. 47.
 - “para apreciar un hecho relevante” - Art. 45.
 - “fueren necesarios conocimientos especiales de ciencia, arte u oficio” - Art. 45.
 - “acompañando antecedentes que acrediten la idoneidad profesional”. - Art. 45.

Declaración del perito vs informe pericial escrito

- ¿Art. 46 inc 1 vs Art. 49 inc 3? - ¿Antinomia?
- ¿Cuál es el “status quo”?
- *“frente al silencio de las partes rige la regla general, esto es, que el perito debe concurrir al juicio a defender su informe, lo contrario importa desnaturalizar el medio probatorio bajo el pretexto de ser éste un procedimiento desformalizado e infringir en última instancia las normas del debido proceso, no pudiendo estimarse como justificación plausible para eludir la obligación el que sea una práctica habitual y aceptada en los Tribunales de Familia incorporar sólo el informe del perito, por lo que la alegación de la denunciada por este capítulo será acogida y, en consecuencia, la prueba pericial consistente en el informe del psicólogo don Rodrigo Ruiz López, no puede ser valorada, por no haber sido incorporada en forma legal.”*
 - CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, Sentencia de 9 de abril de 2013, Rol 12-2013. El subrayado es propio.



Dos formas de rendir la prueba pericial

- *“a ver, los peritos siempre van a declarar, lo que pasa es que los peritos no entran a declarar cuando las partes o suspenden o hay propuestas de acuerdo y no declaran cuando el juez con muñequeo logra hacer que las partes lleguen a acuerdo. Pero los peritos siempre van”. – Abogada Privada ABC1*
 - *“En general nosotros, es muy muy excepcional que llegue un perito al cual nosotros podemos (...) interrogar, en general, eso no sucede. De hecho que en lo personal nunca lo he hecho. (...) para nuestra experiencia es normal, de partida, como trabajamos con instituciones públicas en la audiencia preparatoria se exime inmediatamente a los peritos de venir (...)”. - Abogada CAJ*
 - Véase Corte de Apelaciones de Concepción, Causa rol 3616-2014, Fallo de 24 de noviembre de 2014.
- 

Causales informales de eximición

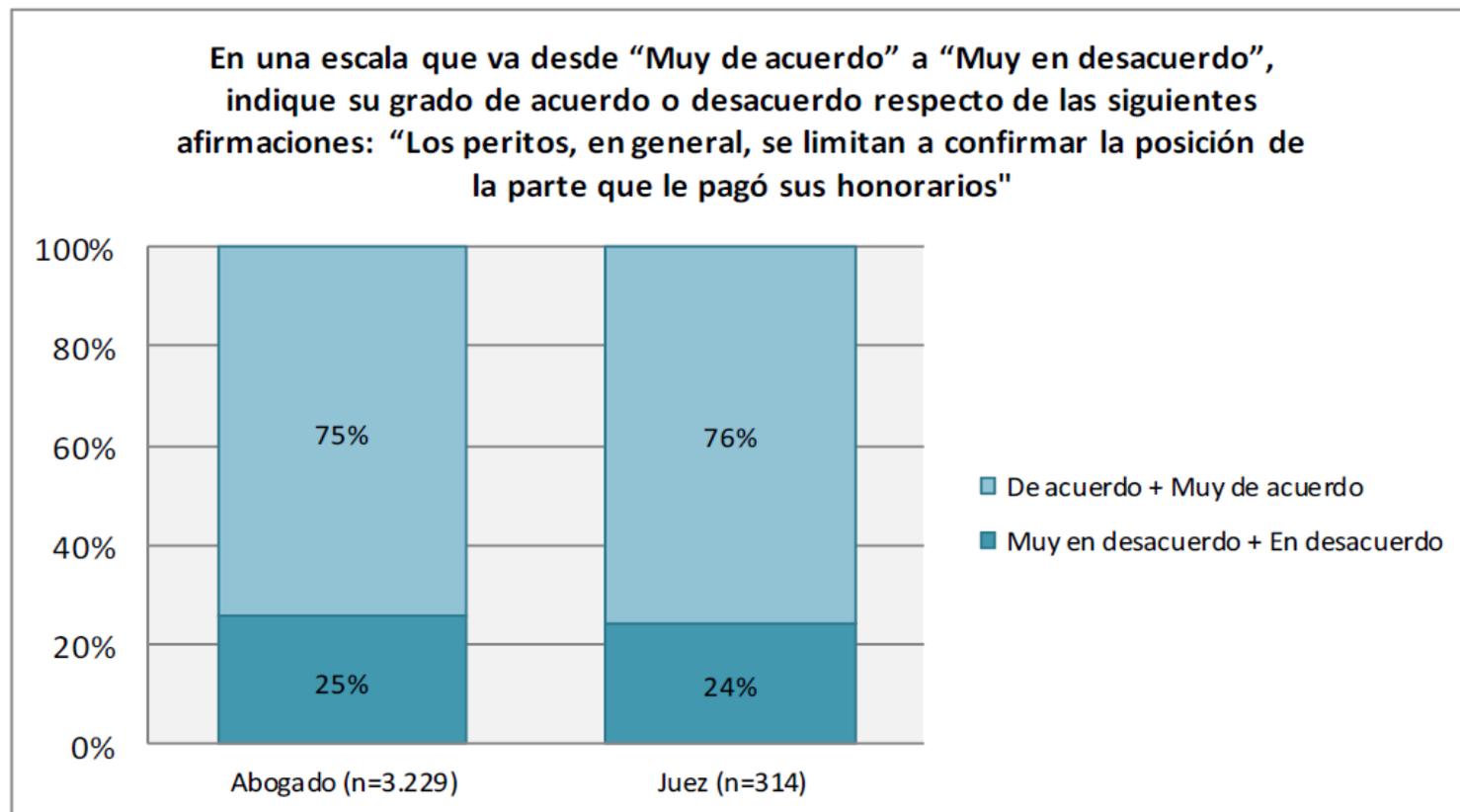
- **Abogada CAJ:** *“(...) los informes normalmente, los dideco, los informes del DAM en el caso de las protecciones en el cual ya existe un análisis y un diagnostico y sugerencias y finalmente, en el caso de los informes de los DAM, la verdad es que son los ojos del juez finalmente, porque es una institución seria que ha hecho un análisis de una familia y te dice cuales son los puntos que hay que trabajar y en los puntos en que hay que intervenir”*
- **Abogado Privado clientes perfil económico medio/bajo:** *“(...) como está en la nómina de la Corte el juez no lo cuestiona. Entonces por lo mismo dejan que no comparezca, pero cuando es particular y no está en la nómina tiene que ir”*
- **Jueza Nº1:** *“Sí, normalmente el criterio para eximir de comparecer es porque son funcionarios públicos”*
- **Jueza Nº9:** *“Reconozco esa práctica y si lo hago como parte del resto, reconozco también que la ley no lo exime de concurrir a declarar, debería concurrir a declarar se hace nada más y eso es apreciación personal no puedo decir que sea así, por la complicación que tienen las instituciones públicas de derivar constantemente a una persona a una asistente social a venir a declarar a los múltiples juicios que tiene en los juzgados de familia, es como reconocer en el fondo de que no hay recurso para que esa persona pueda venir a declarar a juicio como perito, ahora, la única excepción en este caso es el peritaje del SML en materia de ADN que lo reconoce”.*
- **Jueza Nº14:** *Cada vez más digamos, pero claramente hubo un tiempo en que pasó lo mismo que tú me preguntabas, durante mucho tiempo uno asumía incorporado el informe pericial como prueba a pesar de que no comparecieran los peritos. Hoy día yo en las cosas contenciosas lo encuentro inaceptable*

Prueba pericial - ¿alquimia judicial?

- *“Este era un juicio de alimentos, yo iba por el demandado, y la parte ofreció perito particular y el perito particular no fue, y cuando la contraparte iba a incorporar la prueba pericial: “magistrado, el perito no está, hay vulneración a mi derecho a la defensa, porque no puedo contrainterrogar, (...) no le puedo preguntar nada, etc”. La jueza dio traslado, resolvió “ha lugar, sin perjuicio que se va incorporar como prueba documental”. Yo no quería que el peritaje se incorporara de ninguna forma, porque a mí no me daba ninguna fe y aparte me perjudicaba en ciertos puntos que yo lo quería contrainterrogar, porque no me quedaba claro porqué incluyó ciertas cosas, y yo no lo podía interrogar y yo sé que el juez iba a fallar sobre ese peritaje, entonces cuando me dice lo voy a incorporar como documental, tuve que incidentar de nuevo y dije “magistrado, nuevamente vulneración al derecho a la defensa, no entiendo cual es su distinción entre documental y pericial si para efectos de fallar para ud es lo mismo, si tiene la sana crítica” - Abogado Privado clientes perfil económico medio/bajo.*
- También en Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 275-2014, Sentencia de 25 de agosto de 2014; Corte Suprema, Rol 7795-2013, Sentencia de 7 de mayo de 2014.

La adversarialidad del modelo y sus consecuencias

Gráfico 9. Percepción de objetividad e imparcialidad por parte de peritos, según abogados y jueces

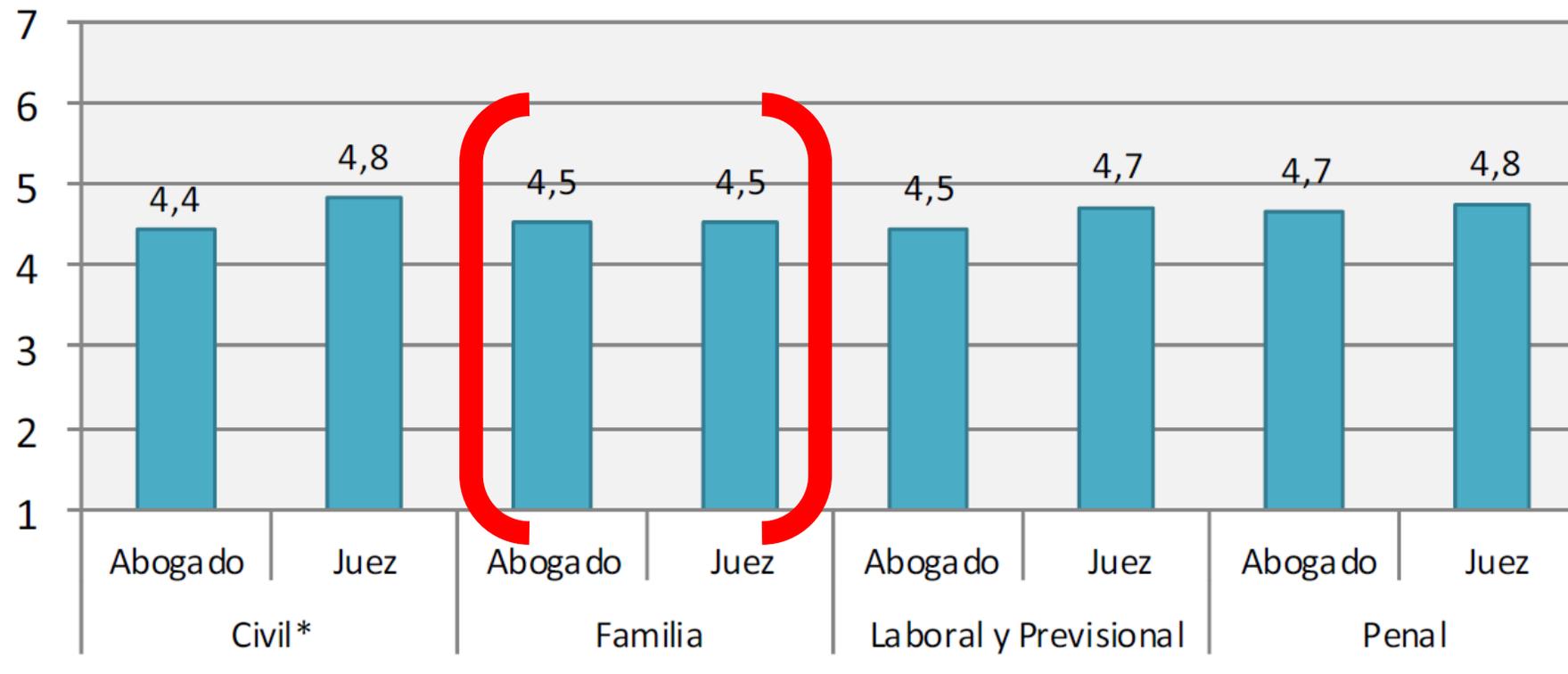


Fuente: Dirección de Estudios. Encuesta jueces y abogados 2017.

La calidad de l@s perit@s...

Gráfico 3. Evaluación global del desempeño de los peritos por parte de jueces y abogados

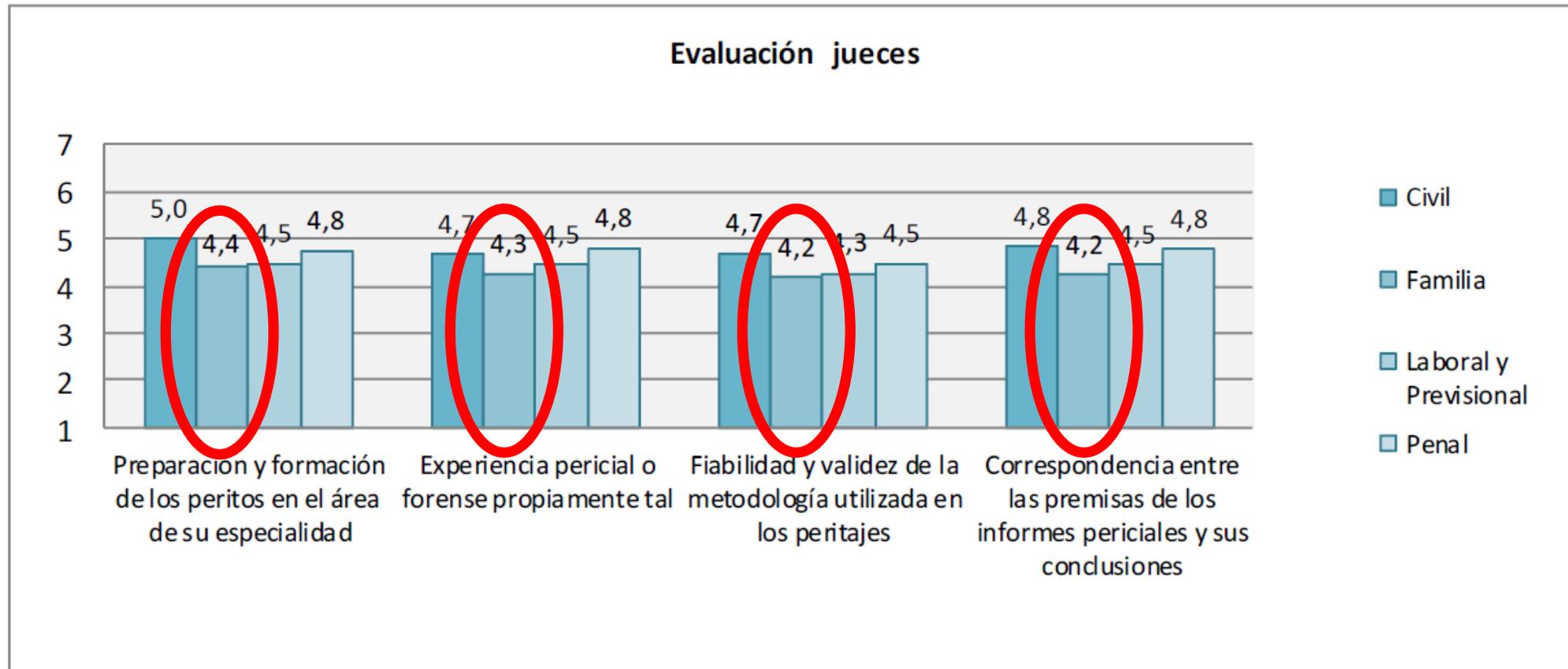
6. En una escala de 1 a 7, donde 1 es la nota más baja y 7 la más alta, en términos generales, ¿cómo evalúa la calidad del trabajo realizado por peritos?



Fuente: Dirección de Estudios. Encuesta jueces y abogados 2017.

La calidad de l@s perit@s...

Gráfico 7. Evaluación de aspectos específicos del desempeño de los peritos por parte de jueces, según materia



Fuente: Dirección de Estudios. Encuesta jueces 2017.



Dudas sobre las premisas del modelo...

- ¿ES UN PROBLEMA DEL MODELO?
 - ¿TIENE LÓGICA EN LOS JUICIOS DE FAMILIA EL PARADIGMA DEL PERITO DE PARTE?
 - ¿TIENE LÓGICA “PONER” TODOS LOS HUEVITOS EN LA CANASTA DEL CONTRAEXAMEN?
- 



INGLATERRA

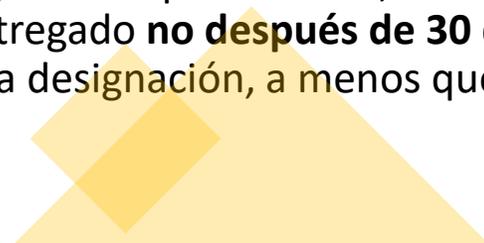
- 25.3
 - El deber primordial de los peritos al tribunal
 - (1) Es el deber de los peritos asistir al tribunal en las materias propias de su experticia.
 - (2) Este debe anular cualquier obligación hacia la persona que le dio instrucciones al perito o hacia la persona que le paga.

 - 25.9
 - (1) La prueba pericial será rendida mediante un informe escrito a menos que el tribunal diga lo opuesto.
 - (2) La corte no determinará que un experto debe declarar a menos que estime que sea necesario para los intereses de la justicia.

 - 25.11
 - (1) Cuando dos o más partes deseen presentar prueba pericial sobre un elemento particular, el tribunal puede determinar que la prueba sobre ese elemento sea presentada por un experto único.
- 

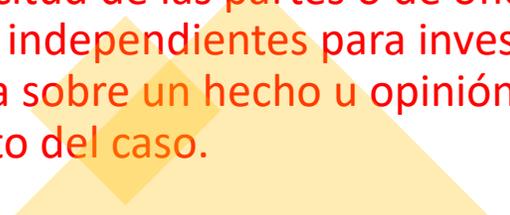


Estado de Florida, USA.

- REGLA 12.363. EVALUACIÓN DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.
 - (1) El tribunal, según solicitud de una de las partes o de oficio **puede designar un experto para una examinación, evaluación, estudios o entrevista con la niña, niño o adolescente.** Las partes pueden acordar en un experto en particular para ser designado, que sea aprobado por el tribunal. (...)
 - (2) Después de la examinación, evaluación o investigación, cualquier parte puede solicitar adicionar una evaluación, examinación, entrevista, prueba o investigación por otro experto. **El tribunal en audiencia podrá permitir que (...) siempre que se provean buenas razones (...) o que estas evaluaciones adicionales sean en el mejor interés del niño, niña o adolescente.**
 - (b) Entrega de los reportes.
 - (1) A menos que se ordene de una manera distinta, el experto preparará y proveerá de un informe a cada parte y al curador ad litem, si es que se designó uno, en un tiempo razonable previo a la audiencia de prueba. (...) En cualquier evento, el reporte escrito deberá ser preparado y entregado **no después de 30 días antes del juicio o 75 días desde la designación, a menos que el tribunal aumente el plazo.** (...)
- 



CANADA

- **DEBER DE LOS EXPERTOS.**
 - **20.1 (1)**
 - Es deber de cada experto que entrega prueba en relación al caso:
 - (a) Proveer de una opinión que sea justa, objetiva y no partisana.
 - (b) proveer una opinion que solo se refiere a aquellas materias que se encuentran dentro del área de experticia del experto; y
 - **EL DEBER PREVALECE (2)**
 - En el caso de un experto propuesto por una parte, el deber de la subregla (1) prevalece por sobre cualquier obligación debida por el experto a esa parte.
 - **EXPERTO DESIGNADO POR EL TRIBUNAL**
 - (3) El tribunal podrá, por solicitud de las partes o de oficio, designar uno o más expertos independientes para investigar y reportar cualquier pregunta sobre un hecho u opinión que sea relevant para un elemento del caso.
- 

La audiencia reservada
en los tribunales de
familia



Normativa fundamental

- **Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 2**
- *1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de **expresar su opinión libremente** en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la **edad y madurez** del niño.*
- *2. Con tal fin, se dará en particular al niño **oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado**, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Principios fundamentales (4): No discriminación, Vida y desarrollo, Derecho a ser oído, Interés superior.*
- **Observación General Nº 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado /Participación**
- *16. El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. **Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación**. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.*
- *22. El niño tiene el "derecho de expresar su opinión libremente".*
 - puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado.
 - no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas.
 - tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.
- *42. El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza.*
- *43. La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral. **Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad.***

Normativa fundamental

- **Ley 19.968**
- **Artículo 16.-** Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído... El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento...
- **Artículo 69.-** Comparecencia del niño, niña o adolescente. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez. Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.
- **Artículo 79.-** Derecho de audiencia con el juez. Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente.
- **Ley Matrimonio Civil. Art. 105** Juicios de separación, nulidad , divorcio
- **Ley de Adopción. Art. 85.** Consentimiento
- **Ley de Cambio de Nombre N° 17.344.** Audiencia del menor en cambio de nombre.
- **ACTA N°237-2014. Auto Acordado que regula la implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos de Niños, Niñas y Adolescentes en tribunales con competencia en materia de familia**

La audiencia reservada. Prácticas y sus problemas

- 1. Exclusión de la participación de las partes y sus abogados
 - Solo juez y el NNA
 - Presencia del consejero técnico eventual - sólo si juez/jueza estima que será un aporte.
 - Curadores *ad-litem* intervención escasa por imposibilidad de intervenir en todas los casos.
- 2. Registros de audio igualmente reservados:
 - Durante el proceso
 - Después de pronunciada la sentencia.
- 3. Jueces no acostumbran consignar en las sentencias los dichos del NNA, ni de sus razonamientos o motivaciones
 - Sólo que se llevó a efecto la audiencia reservada

Escenario de Opacidad/ Incertidumbre.

Problemas y riesgos: Falta de control - Incertidumbre

- ✓ Uso de técnicas altamente sugestivas.
- ✓ La audiencia se puede transformar en una testimonial del NNA sin contradictorio.
- ✓ No es posible verificar el peso que el tribunal le da.
 - Ni por las partes, ni por el propio NNA/ curador *ad-litem*
 - ¿Cómo se sabe cuales son los deseos y preferencias del NNA?

¿ Son estas preocupaciones meramente teóricas?

1. Vargas y Correa (2011): Falta de claridad en los jueces respecto de la finalidad y la función de la audiencia reservada

Diversidad de criterios y objetivos de jueces

- Deseos y preferencias del NNA
- Evaluar las habilidades parentales de sus padres
- Aconsejar al NNA
- Interrogatorio

2. Fuentes (2015): Jueces manifiestan dudas sobre su conocimiento y entrenamiento para la audiencia reservada

¿ Son estas preocupaciones meramente teóricas?

- 6°. - Que en relación al menor de 12 años de edad, y dado al carácter reservado de sus declaraciones, en lo pertinente, el menor negó en todo momento el maltrato de los tres hermanos, y en lo que interesa la magistrada le realizó las siguientes preguntas fundándola de la siguiente forma:
- “tú estás en un tribunal, **eso es lo primero que te voy a decir, no puedes mentir** y segundo si estamos con Prisilla acá es para ayudar, todos estos dibujos que tú ves acá son de niños que al igual que tú han venido a conversar con nosotros, ¿has visto las noticias todas las cosas que están pasando?, **que a la Ámbar la mataron, la violaron, era una guagüita chiquitita y fue la familia la que hizo eso, así que se descontrolan y hacen cosas terribles, a esa niñita le pegaron tanto que la mataron y la violaron a otras niñitas anteriormente que les ha pasado lo mismo**, por eso es tan grave y por eso los vecinos cuando escuchan gritos y llantos tienen que denunciar, imagínate fuera así que uno escucha gritos y llantos uno dice no importa y después al otro día el niño amanece muerto y yo no le avise a los carabineros. **Entonces, (parte inaudible)**, y lo otro en una familia que pasan estas cosas tiene que decirlo, al profesor, a los carabineros, al doctor, al juez. **Entonces yo sé que en tu casa pasan esas cosas, no necesitas decirme que no, porque yo sé que si pasan.**” (...)
- 7°. - Que resulta evidente que en la forma que la magistrada realizó las preguntas transcritas son de **naturaleza sugestiva y atemorizante**, sobre todo que se formulan a un menor de edad, (...)
- 11°. - Que resultan plausibles los argumentos dados por el letrado en su apelación, en cuanto sostuvo que con posterioridad a la audiencia, el menor de 12 años, manifestó a sus padres: **“La jueza jugó con mi mente (...)”**. (...) es plausible, en razón a que en la audiencia reservada asistieron solamente el menor, la magistrada y la curadora ad litem, **en ausencia de sus padres y abogado recurrente defensor de estos últimos**.
- **Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia de 24-09-2018, Rol. 356-2018.**

- “Que lo anterior se ve reforzado por lo expresado por los propios niños en audiencia reservada y aún cuando esta Corte comparte que tales declaraciones no implican en modo alguno que la decisión de los sentenciadores se vea subordinada o limitada a dicha manifestación, **no es menos cierto que al ser coincidentes con otros antecedentes que emanan del proceso, y a los que se ha hecho referencia precedentemente, constituyen una prueba suficiente** de que existe una causa calificada, en razón del principio de interés superior del niño, para concluir que los menores deben quedar al cuidado de su padre”. - Corte Suprema, Sentencia de 9-04-2012, Rol. 8377-2011.

- “Dicha circunstancia unida a la condición etárea de la menor, a que ésta identifica a una tercera persona como su padre –quien sería el padre biológico de la menor de autos- y a las características que rodearon la separación de sus padres, **principalmente algunos actos de violencia intrafamiliar coetáneos a dicha época que la niña todavía recuerda –según reveló en audiencia reservada-**, constituyen elementos fundamentales que debieron ser considerados especialmente por los sentenciadores, de manera de resguardar el bienestar psicológico de la niña. (...)”- Corte Suprema, Sentencia de 16-04-2012, Rol 8748-2011.

Naturaleza de la audiencia reservada: ¿testimonial o no?

¿Cuál es el problema?

*“Después de una debida consideración, fallamos que la audiencia reservada (Child’s in camera interview) durante juicios de cuidado personal **debe limitarse a una búsqueda razonable respecto de las preferencias del niño. (...) Sin embargo, cuando la audiencia reservada es usada para determinar la ocurrencia de los hechos de la causa esto invita diversos problemas de debido proceso. (...) Los tribunales históricamente han permitido la audiencia reservada reconociendo el trauma que un niño puede sufrir si es requerido que declare en público o frente a sus padres. (...) Con todo, esta sensible atención en el bienestar del niño no debería permitir a los tribunales ignorar aspectos de justicia fundamental en los procesos que afectan los derechos de cuidado de los padres. La entrevista reservada con el niño no está pensada para ser una forma confiable de averiguación de los hechos”.***

Corte de Apelaciones del Estado de Michigan, Caso Molloy v. Molloy, Sentencia de 4 de septiembre de 2001, 247 Mich. App. 348, p. 6.

Naturaleza de la audiencia reservada: ¿testimonial o no?

- **Testimonial**: Finalidad obtener información sobre hechos
- **Características:**
 1. En audiencia de juicio – publicidad (limitada, video conferencia o sala gesell)
 2. Contrainterrogarlo - limitada.
 3. Juez obligado a valorar, dar cuenta de razones.
- **Participación del NNA**: Finalidad facilitar participación del NNA en la toma de decisión- No probatoria
- **Características:**
 1. No requiere que sea una sola vez y una sola oportunidad. (Jueces se niegan por inmediatez y cautelares)
 2. Se requiere generar un espacio para que NNA manifieste su voluntad libremente y que sea valorada adecuadamente.
 3. Acento no en lo que NNA observó o escuchó, sino que captar su voluntad o parecer, para determinar que la decisión representa su mejor interés.

Las justificaciones a las prácticas actuales: Irreflexión/inmutabilidad (así es no más...)

- **1. Audiencia secreta vs. regla general publicidad (art.15 Ley N° 19.968)**
- **Razones:**
 - Naturaleza eminentemente privada de los conflictos de familia
 - Por encontrarse involucrado un NNA y su propio derecho a la privacidad
- **Sin embargo:**
 - Excepciones a publicidad por privacidad son un límite al acceso del público general, no respecto de las partes
 - Las partes tienen derecho a defensa y debido proceso.
 - Acceder a la información del caso y a las audiencias en las cuales se tomarán decisiones que afectarán sus derechos.

Las justificaciones a las prácticas actuales: Irreflexión/inmutabilidad (así es no más...)

- 2. **Otros valores relacionados con la situación del NNA respecto de la relación con sus padres y la necesidad de crear un escenario donde pueda manifestar su voluntad libremente.**
- **Razones:**
 - Evitar el “cara a cara” que supone la audiencia de juicio sería un obstáculo, facilitando un escenario de presión.
 - El acceso de los padres a los dichos del NNA podría afectar su relación debido a sus preferencias y dichos, y todo el objetivo es permitir una adecuada relación con ellos.
- Sin embargo:
 - Solución no es absoluta reserva, sino que la existencia de un mecanismo que evite dicho contacto directo con padres.
 - Sala gessel permite la observación de la audiencia por los padres, sin que el NNA sepa que está siendo observado
 - Posibilidad de que las partes, una vez concluida la audiencia, puedan tener acceso al registro de la audiencia.
 - La OC-12 indica que el objetivo es evitar un entorno hostil o intimidatorio
 - OC-12 habla de la "vestimenta" de jueces y abogados
 - "pantallas de protección visual", lo que puede entenderse como la posibilidad de que la audiencia sea observada por otros .

Las justificaciones a las prácticas actuales: Irreflexión/inmutabilidad (así es no más...)

- Otras objeciones:
 - NNA no estarían dispuestos a declarar si saben que el contenido de sus dichos pudiese ser eventualmente conocido por sus padres.
 - Si padres se enteran del contenido de su declaración estos puedan realizar presentaciones al tribunal, sosteniendo que el NNA ha cambiado de opinión, y, por tanto, este será objeto de presiones o represalias posteriores.
- Soluciones posibles:
 - Que las partes tomen conocimiento una vez dictada la sentencia. Reduciría riesgo de alegaciones fundadas en que NNA ha cambiado de opinión, reduciendo riesgo de presiones.
 - Permitiría un control *a posteriori* por la vía recursiva por las partes y al curador *ad litem*
- Y que pasa con futuras represalias o daños en su relación con sus padres?
 - También existe la posibilidad de que NNA sea objeto de **presiones o de una manipulación previa** al juicio (reserva no cubre esta hipótesis).
 - NNA como titular del derecho puede **optar por no declarar**. (¿Cómo sabemos si NNA opta por no declarar...)
 - Jueces por falta de entrenamiento, asesoría o comprensión, traten esta audiencia como un medio de prueba
 - Reserva absoluta puede afectar el derecho a defensa de las partes y debido proceso

Problemas de la reserva/secreto de audiencia. - Ausencia de control/ opacidad de la audiencia.

❑ 3. Ausencia de fundamentación

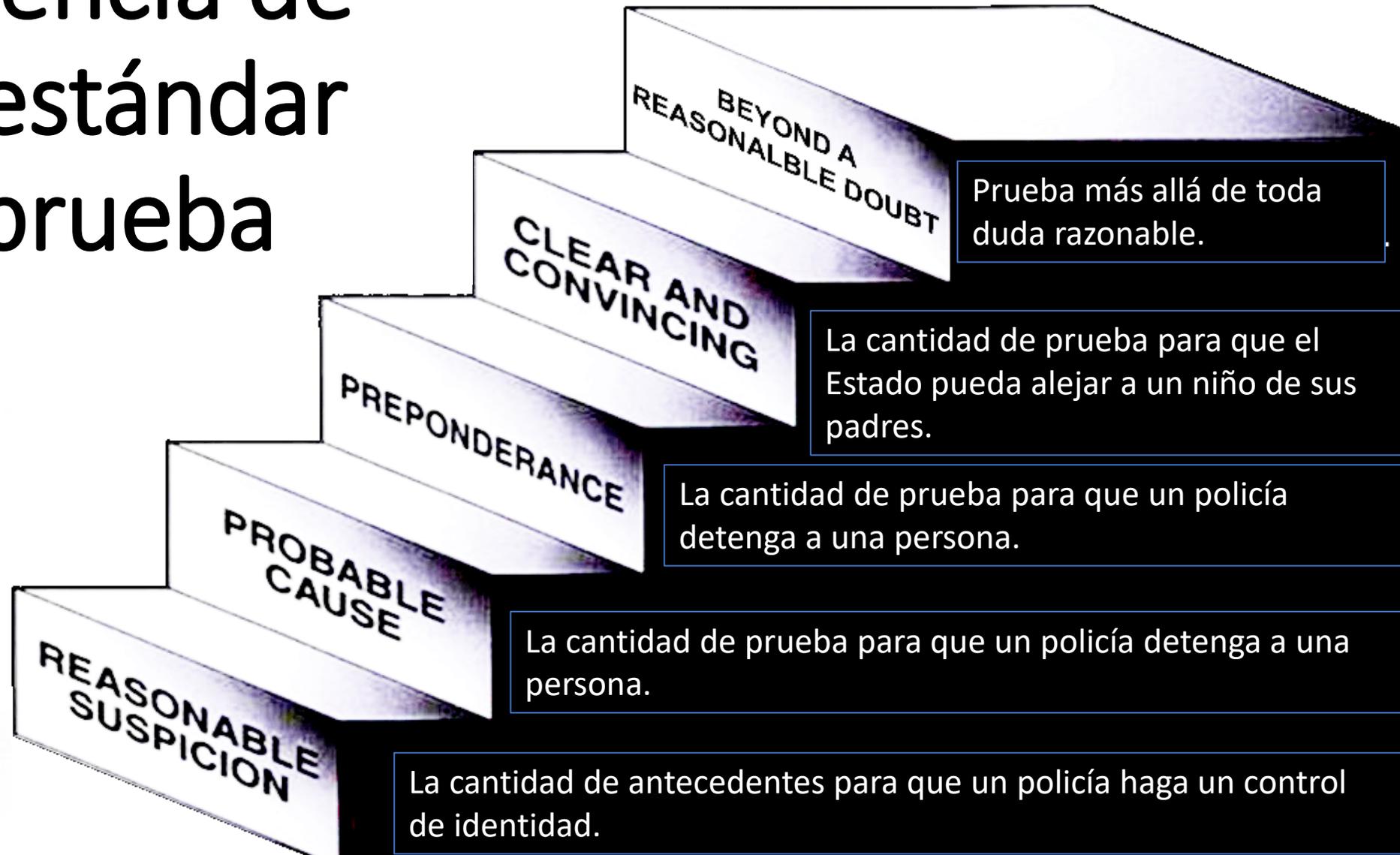
- ❑ Juez debe entregar algún tipo de razonamiento que justifique la decisión.
- ❑ OG 12 establece varias exigencias que en la práctica deberían traducirse en una justificación razonada.
 - ❑ Así, se indica que los Estados no pueden partir del supuesto que el NNA no tiene capacidad para ser oído, sino que todo lo contrario, por tanto corresponde al juez que desea desestimar la voluntad del NNA demostrar que no goza de dicha capacidad.
 - ❑ La obligación de tener en cuenta la voluntad del NNA no sólo exige la necesidad de evaluar su capacidad, sino que exige comunicar al NNA qué tanta influencia han tenido las opiniones que ha expresado. (evitar uso meramente formal de la declaración.)
 - ❑ Gracias a esta información el NNA puede apelar a la decisión. El razonamiento judicial no sirve solo para las partes, sino que al mismo NNA.
- ❑ **Conflicto en la práctica: entre el derecho del NNA a expresar en un ambiente seguro su opinión, y su derecho a recurrir- derechos que pertenecen a un mismo afectado**



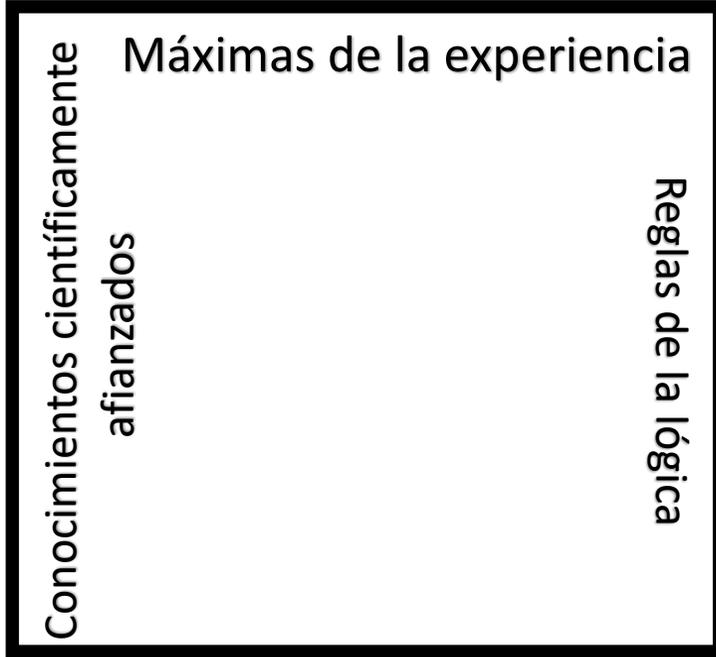
En resumen: fuente de importantes tensiones

- Confidencialidad de la entrevista vs el derecho de las partes de intervenir.
 - Uso indiscriminado o automático de la audiencia, olvidando que es un derecho del NNA y no una obligación.
 - Acceso a la información de aquello ocurrido en la audiencia como medio para ejercer derechos al mismo NNA, como el derecho a recurrir.
- 

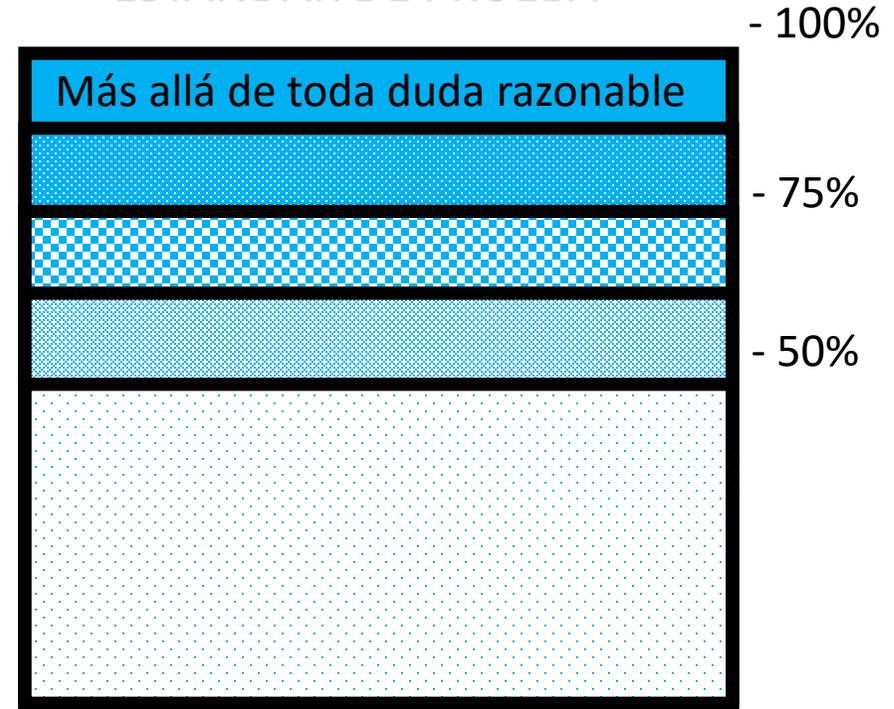
Ausencia de un estándar de prueba



VALORACIÓN DE LA PRUEBA



ESTÁNDAR DE PRUEBA



Estándar de prueba

¿Qué es el estándar de convicción?

- Ferrer: “Umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada”.
- “(...) puede ser definido o explicado como un umbral de suficiencia, esto es, un parámetro mediante el cual el juez está en condiciones, una vez que ha sido alcanzado o satisfecho, de dar por establecido aquellos hechos que la prueba o evidencia presentada por las partes apoyan”.
- **NO** se refiere al **cómo** valoro, **sino** al **nivel de persuasión/confirmación requerido por el juzgador para decidir.**

Estándar de prueba

¿Qué funciones cumple el Estándar?

- ¿Evidencia disponible es suficiente para dar por establecido un determinado hecho o hipótesis? (umbral de suficiencia).
- Poder simbólico.
- ¿Qué **margen de error** estamos dispuestos a tolerar? Siempre habrá uno...
- Permiten operar válidamente en contexto de incertidumbre.
- Requisito para una adecuada fundamentación de los fallos.

¿El problema? Casos de violencia intrafamiliar

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

Reconocemos la inexistencia de un parámetro legal al efecto. Sin embargo, ello no impide que el juzgador fije uno que resulte adecuado al sistema probatorio impuesto.

Como se trata de una decisión a favor del rigor científico (búsqueda de la verdad, de la certeza), estimamos que en la especie se puede exigir un estándar de prueba de probabilidad media, advirtiendo, no obstante, que la naturaleza especial de este tipo de conflictos, su carácter sancionatorio y las consecuencias jurídicas que conlleva la sentencia condenatoria, podría llevarnos a sostener igualmente un estándar de probabilidad alta.

El estándar de probabilidad media, que se traduce bajo la fórmula "más probable que no", implica una elección entre las diversas hipótesis fácticas en juego, prefiriendo aquella que cuente con un grado relativamente más elevado de probabilidad, en razón de las pruebas que lo apoyan, debiendo, en todo caso, existir un grado mínimo necesario de confirmación probatoria, que se puede significar en una cifra equivalente, a lo menos, al 51% de probabilidad.

En el caso que nos ocupa la hipótesis afirmativa, relativa a la ocurrencia de los hechos, no supera ese rango mínimo, de modo que no puede afirmarse racionalmente que el hecho está probado”.

CORTE DE APELACIONES DE ARICA, Causa ROL 73-2010, sentencia de 23 de agosto de 2010, considerando 4. El destacado es propio.

Criterio reiterado en CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Causa ROL 405 – 2017, sentencia de 4 de septiembre de 2017, considerando 13º (citado por Erzumendía (2020), p. 113).

¿El problema? Casos de violencia intrafamiliar

- TERCERO: “(...) dado que por tratarse el de la especie de un procedimiento de carácter sancionatorio, **el estándar de convicción**, sin llegar a los niveles más intensos que exige a su turno la norma procesal penal para la convicción de condena, **ha de ser, en todo caso, uno cercano (a lo menos) al que en doctrina se conoce como el de la evidencia clara y convincente**, es decir, intensificando el umbral exigido para adquirir convicción en materia civil propiamente dicha (de la probabilidad prevaleciente) (...)”.
- CUARTO: “Que sobre lo que se viene exponiendo, **debe tenerse presente que ni la citada Ley 19.968, como tampoco la Ley 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, regulan el estándar de convicción necesario para arribar a una convicción condenatoria en la materia en comento**, y la ley citada en primer término se limita a establecer el principio de libertad de prueba y una norma específica concerniente a la valoración o ponderación de la misma (artículo 32), prescribiendo que los jueces de familia apreciarán la prueba conforme a las reglas de la “sana crítica”. (...)”
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Causa ROL 425-2021, sentencia de 13 de julio de 2021. El destacado es propio.

¿El problema? La prueba del divorcio por culpa.

- *“tan grave en sus consecuencias patrimoniales y en el matrimonio, como la imputación de adulterio dirigida a la mujer requiere que se hagan mayores precisiones acerca de las circunstancias de tiempo y lugar en que ello ocurrió, no bastando decir que compartían cama si no se agregan antecedentes que demuestren fehacientemente el hecho que se imputa. El hecho de besarse y tomarse de la mano sólo demuestra eso, no las relaciones sexuales”.*
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Causa ROL 423-2009. Considerando 8º.



claudio.fuentes@mail.udp.cl



udp.academia.edu/CFuentes