

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**“IMPARCIALIDAD DEL JUEZ DE FAMILIA AL
DECRETAR PRUEBA DE OFICIO”**

PATRICIA SÁNCHEZ GÓMEZ

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES**

PROFESOR PATROCINANTE: IVÁN HUNTER AMPUERO

VALDIVIA-CHILE

2011

INFORME MEMORIA DE PRUEBA

IMPARCIALIDAD DEL JUEZ DE FAMILIA AL DECRETAR PRUEBA DE OFICIO

PATRICIA SÁNCHEZ GÓMEZ

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, tengo el agrado de informar la tesis de la estudiante Patricia Sánchez Gómez, titulada “Imparcialidad del juez de familia al decretar prueba de oficio”.

Para comenzar se debe indicar que el título con que se concibe la tesis está ajustado a su contenido medular, aun cuando hubiese sido más expresivo indicar que el objeto de su análisis es la jurisprudencia de los tribunales de familia. Esta crítica, sin embargo, no le resta ningún mérito. En efecto, la tesis de la estudiante Sánchez tiene la estructura de un genuino trabajo científico, puesto que plantea un problema jurídicamente relevante al que responde con una determinada hipótesis. La estudiante se pregunta acerca de si el juez de familia pierde su imparcialidad al decretar prueba, para lo cual utiliza como referencia la jurisprudencia dictada por el tribunal de familia de Valdivia en las causas sobre cuidado personal del menor. Se trata, por ende, de un trabajo de análisis de jurisprudencia.

Al respecto la estudiante efectúa una investigación que consiste en averiguar en esas causas bajo qué circunstancias y qué clase de prueba decretan los jueces de familia, cuestión que ameritó investigar tanto la audiencia preliminar como la sentencia definitiva. Bajo este contexto se preocupa de efectuar un trabajo previo de orden teórico, destinado a poner al tanto al lector de la naturaleza y contenido de la disputa doctrinal en torno a los poderes probatorios del juez civil. Luego, aborda a la imparcialidad judicial en relación a la actividad probatoria del juez. Esta parte de la tesis puede considerarse bien concebida, siendo su principal mérito efectuar un compendio más o menos exhaustivo de la principal doctrina nacional y comparada disponible. Por lo demás, deja al lector lo suficientemente impuesto del real problema que se quiere abordar con posterioridad.

El tercer capítulo de la tesis es el más importante de todos. En él se contrasta la jurisprudencia con las principales objeciones formuladas a la actividad probatoria del juez, junto con verificar si la decretación de prueba por parte del juez de familia ha respetado los límites que la doctrina ha propuesto. Se trata de un capítulo altamente analítico, que cumple de sobra el propósito inicial de la tesis. En efecto, la señorita Sánchez plantea el análisis de la jurisprudencia desde cada uno de los aspectos que naturalmente pueden cuestionarse a la actividad probatoria del juez. Así, se hace cargo de su relación con la carga de la prueba, con el carácter complementario de la prueba de oficio, de los tipos o clases de pruebas decretadas, de la valoración de la prueba, y el respeto a las fuentes de prueba previamente denunciadas por las partes. Existe un examen exhaustivo, fundamentado y bien construido, con criterios claros y acotados, que termina reafirmando su hipótesis inicial en torno a que el juez de familia no pierde su imparcialidad.

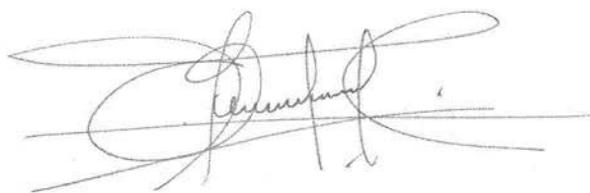
Cabe destacar, en esta parte de la tesis, que la estudiante además de sistematizar de buena forma la jurisprudencia, propone argumentos auténticos que implican una reflexión propia y autónoma.

La tesis de la estudiante Sánchez cumple con los umbrales de redacción y utilización del lenguaje propio de un trabajo de final de carrera. El tratamiento bibliográfico es exhaustivo y bien trabajado, y las citas se encuentran, en general, bien confeccionadas, salvo algunas excepciones. Es un trabajo ordenado, racionalmente expuesto y con un hilo conductor bien definido. Sus afirmaciones se encuentran adecuadamente fundamentadas.

Sin lugar a dudas se trata de una tesis que constituye un aporte significativo y una investigación cien por ciento genuina, sin que existan precedentes –al menos publicados a nivel nacional- de trabajos empíricos que se hagan cargo de objeciones que hasta el momento lindan en la pura teoría. Ese esfuerzo se merece una calificación sobresaliente que de no ser por algunas imperfecciones en las citas a pie de página y pequeños ripsos de redacción sería la máxima posible.

Todo lo anterior, este profesor es de evaluar con nota 6,9 (seis coma nueve) la tesis de la referida estudiante.

Se autoriza su empaste.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Iván Hunter Ampuero', with a large, sweeping flourish extending to the right.

Iván Hunter Ampuero

Profesor Patrocinante

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------	---

CAPÍTULO I

Potestades probatorias del juez

I.1. Alcances previos: juez y derecho de familia	2
I.2. La disputa en la doctrina respecto a las potestades probatorias del juez	4
I.2.a. Doctrinas contrarias a las potestades probatorias	5
I.2.b. Doctrinas afines a las potestades probatorias	6
I.3. Potestades probatorias del juez de familia	8
I.3.1. Consideraciones generales	8
I.3.1.a. Ligadas al iter procesal	9
I.3.1.b. Ligadas al fondo del asunto	9

CAPÍTULO II

Imparcialidad y facultades probatorias del juez

II.1. Consideraciones generales	10
II.2. Facultades probatorias del juez y pérdida de la imparcialidad	11
II.2.a. Imparcialidad y neutralidad	14
II.3. Imparcialidad en el ordenamiento nacional	15

CAPÍTULO III

Análisis causas de cuidado personal tribunal de familia de Valdivia

III.1. Consideraciones previas	16
III.2. Carga de la prueba y prueba de oficio	17
III.2.a. Casos en que el tribunal no decreta prueba	17
III.2.b. La falta de prueba y su relación con lo resuelto	18
III.3. Grado de autonomía de la prueba otorgada por el juez	19
III.3.a. Actividad oficiosa del tribunal ante la insuficiencia y/o ausencia de prueba	19
III.3.b. Actividad oficiosa del juez ante partes diligentes en su labor probatoria	22
III.3.c. Actividad oficiosa del juez como complemento necesario	23
III.4. Tipología de la prueba solicitada por el tribunal	24
III.5. Fuente de la prueba decretada por el juez y relación con los hechos de la causa	26
III.6. Valoración de la prueba	27
III.7. Imparcialidad	31
III.8. Consideraciones finales	33

CONCLUSIONES	35
--------------	----

BIBLIOGRAFÍA	37
--------------	----

INTRODUCCIÓN

Con el transcurso de los años, en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos se le han aumentado fuertemente los poderes a los jueces civiles y a los jueces de familia en particular, todo esto como consecuencia del nuevo modelo de estado que desde el siglo XX se manifiesta como más participativo en los ámbitos de la vida de los ciudadanos, producto del nacimiento de un estado social de derecho que deja atrás la noción individualista y privada del proceso propia del estado liberal. Dentro de estas potestades conferidas al juez civil durante el siglo XX se podían distinguir de modo general, las destinadas al manejo de los tiempos procesales (formales) y las relacionadas con el fondo del asunto (materiales). Es en estas últimas donde encontramos las potestades ligadas a la aportación de prueba de oficio, siendo las que más discusiones han generado en la doctrina a nivel mundial, encontrándose ésta claramente dividida y con nulas posibilidades de llegar a un consenso, sino sólo en ciertos y escasos puntos de la discusión. Aquí es donde las doctrinas contrarias señalan que dotar al juez de estas facultades para decretar prueba de oficio implica quitarle su calidad de tercero ajeno a los intereses en juicio, restándole totalmente la debida imparcialidad con la que debe contar éste. Frente a esta idea, el sector de la doctrina que aboga por la entrega de potestades oficiosas al juez, fundamenta esta posibilidad, entre otros argumentos, en primer lugar, en la protección de los derechos e intereses de los más débiles para que estos sean restituidos si han sido amenazados o vulnerados y en segundo lugar, en la protección del interés general involucrado en el conflicto de familia.

En vista de lo anterior, el propósito general de esta investigación es estudiar, analizar, comprender y determinar de qué forma el Tribunal de Familia de Valdivia utiliza la facultad que la Ley de Tribunales de Familia le otorga para decretar prueba de oficio, es decir, si en la práctica es utilizada dicha potestad y en su caso, de qué forma, para posteriormente determinar si efectivamente, tal como lo señalan los contrarios a dicha facultad, hay pérdida de la imparcialidad con la que el juez debe contar. Esto resulta interesante si tenemos presente la importancia de la labor de los jueces de familia y los intereses involucrados en los conflictos de los que conoce, junto con lo criticada que ha sido la posibilidad de que el juez aporte prueba de oficio.

Para ello, será imprescindible un breve estudio doctrinal acerca de las facultades probatorias de oficio, es decir, de las posturas acerca de éstas tanto en doctrina nacional como comparada, lo que se concentrará en el primer capítulo de este trabajo. Esto permitirá comprender de un mejor modo por qué ha nacido la discusión acerca de dichas potestades y cuáles son los argumentos que cada sector da para rechazarlas o ampararlas, donde el de la pérdida de imparcialidad aparece como el principal argumento de rechazo, elemento que configurará el análisis que se efectuará en el segundo capítulo. Finalmente, una vez realizados los estudios doctrinales anteriormente descritos, nos ocuparemos del estudio de la jurisprudencia del Tribunal de familia de Valdivia desde el año 2005 hasta la fecha, en las causas de cuidado personal. Este estudio se efectuará en el tercer capítulo y representará lo medular de esta investigación, pues ante lo planteado por la doctrina, parece pertinente determinar si esta disputa tiene relevancia en la práctica y si se ve reflejada en la jurisprudencia del tribunal de familia, es decir, analizar si el juez de familia pierde imparcialidad al hacer uso de su facultad de decretar prueba de oficio.

CAPÍTULO I

Potestades probatorias del juez

I.1. Alcances previos: juez y derecho de familia

Se ha sostenido por numerosos autores que el juez tiene un rol especial en el proceso de familia, distinguiéndolo de las funciones que ejecuta en otros órdenes jurisdiccionales, en este sentido, se ha afirmado en numerosas ocasiones que debido a esta particularidad debería haber cierta concesión de potestades probatorias al juez de familia. El mencionado rol estaría sustentado en dos causas, en primer lugar, producto de la evolución del derecho de familia, se ha trasladado la preocupación del Estado al ámbito del conflicto, razón por la cual el juez debe tutelar los derechos de los miembros de la familia y por ende, el interés general que lleva consigo la resolución del conflicto familiar; y en segundo lugar, “la construcción de verdaderas concepciones del derecho de familia a través de la utilización de conceptos jurídicos de contenido indeterminado, cuya completación le corresponde asumir a la judicatura en una tarea integrativa de los preceptos legales”.¹ Se observa durante el siglo XIX la aparición de un juez que deja su rol pasivo, de mero espectador, para convertirse en un juez director del proceso, mucho más activo, evolución común en todo juez civil, pero que se presenta con mayor intensidad en el juez de familia producto de la evolución del derecho de familia hacia espacios con mayor libertad.

“El derecho procesal, si bien puede concebirse de manera autónoma al derecho sustancial, nunca ha sido neutral a la naturaleza de los derechos e intereses objeto del litigio y en este sentido se ve impregnado de las profundas transformaciones del Derecho de Familia”.² Se observa entonces, como a pesar de la proclamada autonomía del proceso civil en cuanto al derecho material, no puede afirmarse que aquel deba ser neutro en cuanto a las distintas situaciones del derecho sustancial. No se puede, ni se debe confundir neutralidad con autonomía, ni menos pensar que el derecho procesal es indiferente a la naturaleza de los intereses en conflicto, pues la existencia de procedimientos adecuados para tutelar las necesidades de cada caso depende de la forma en que existe en el derecho sustancial.

Por otro lado, es menester referirse a la evolución que ha experimentado el rol del Derecho de Familia, evolución que ha significado que éste deje de trazar un modelo de familia determinado para la sociedad, pasando de tener una función didáctica a una terapéutica, cambio propio del paso a una concepción liberal del Estado, donde se observa por parte de éste una actitud considerablemente más neutra frente a los individuos, sin el afán de dirigir sus vidas, sino más bien enfocado simplemente a remediar los conflictos familiares. Se observa entonces, que el derecho de familia pasa a tener un rol distinto, donde ya no toma relevancia orientando o enseñando a la familia, sino que tiene importancia una vez que el proyecto de familia ha fracasado.

No cabe duda entonces, que el nombrado conflicto de familia ha pasado a ser la preocupación principal del Estado, pudiendo este inmiscuirse en él para certificar la adecuada satisfacción de los intereses en disputa, interferencia que es considerada lícita producto del interés general involucrado en dichos conflictos. Pero esta intervención no necesariamente debe

¹ Hunter Ampuero, Iván: "Las potestades probatorias del juez de familia", Legal Publishing, Chile, 2008, pp.9

² *Ibíd.*

ser igual en todos los conflictos, pues se ha estimado en la doctrina que es necesario hacer una graduación según cuan comprometido se encuentre el interés público, debiendo haber mayor intervención del juez en aquellos casos en que se encuentre comprometido en mayor grado dicho interés. Situación que es claramente graficada por el profesor Hunter, quien da el ejemplo de la ruptura de un matrimonio donde existan hijos menores y un cónyuge más desvalido. Al respecto señala que en dicho caso el juez deberá asumir un papel mucho más activo que en el caso de una ruptura matrimonial prematura donde ambos cónyuges son profesionales y no han tenido hijos, pues en esta última situación el conflicto de familia no compromete el interés público del mismo modo en que se compromete en el primer caso, no siendo necesaria la figura del juez activo, aun cuando se trate de materias de orden público.³ Es claro que en el segundo caso, donde los cónyuges parecen encontrarse en igualdad de condiciones, donde no hay uno desvalido y donde además no hay hijos, la disputa se trata simplemente de resolver cuestiones patrimoniales, por lo que no parece razonable un juez activo que origine más diligencias que las proponen los cónyuges, pudiendo incluso ser un juez que agrande el conflicto entre las partes, sacando a la luz detalles y problemas que éstas no han querido revelar.

No se debe creer que por lo anterior, la intervención del Estado sólo será necesaria ante un conflicto. No se trata de un ordenamiento donde se recurra al juez sólo para la protección de derechos e intereses cuando se presente una reyerta, tal como en el Derecho patrimonial, sino que a diferencia de éste, el juez de familia tiene obligaciones o deberes que no se presentan en otros órdenes, pues debe tutelar intereses muy diferentes que dicen relación con la protección de los más débiles y por consiguiente, con la tutela de los intereses generales involucrados en el conflicto de familia. Por lo tanto, hay que comprender el rol del juez de familia como algo diferente a lo que habitualmente se le ha otorgado en otros órdenes jurisdiccionales, donde el juez de familia, sin intervenir en la esfera de los derechos materiales, posee un grado de intervención mayor en el proceso, no sólo en cuanto al iter procesal, sino también en cuanto a la actividad material, haciéndose cargo de la calidad de la decisión y de la justicia de la misma.

El Derecho de Familia de nuestro país se hace cargo de las realidades de nuestra sociedad y las recoge para plasmarlas en la ley y hace ver que el matrimonio no es el único modelo para constituir una familia, pues entre otros, reconoce igualdad de derechos a los hijos nacidos tanto dentro como fuera de éste. Vemos entonces, como “el actual Derecho de Familia se ha construido en consonancia con los derechos individuales reconocidos a los miembros del grupo humano objeto de la regulación estatal, con una clara tendencia a la libertad e igualdad como presupuestos de la regulación (...) la tendencia evolutiva ha sido bien marcada centrándose en los individuos que la componen más que en la entidad familiar misma, es decir, hay una mirada del legislador desde la óptica individual más que al interés familiar del codificador decimonónico”.⁴ La regulación del Derecho creado por el Estado, solamente va a demarcar o fijar limitaciones, por lo que habrá un gran margen de libertad que es entregado a la iniciativa de los integrantes de la familia, quienes podrán decidir, en virtud de la autonomía de la voluntad como llevar a cabo su plan familiar, siempre dentro de los mencionados límites. Hay entonces un repliegue del ordenamiento jurídico en beneficio de las libertades individuales, existiendo una mínima

³ *Ibíd.* p.19.

⁴ *Ibíd.* p.18.

intervención del Estado, sin afán de establecer un modelo de relaciones de familia, sino que todo lo contrario, buscando dejar espacio para todos los tipos de proyectos de vida y para las diferentes convicciones acerca de la moral que se tengan.

I.2. La disputa en la doctrina respecto a las potestades probatorias del juez

Es necesario partir por hacer una referencia muy breve acerca de la evolución de la cuestión de las potestades probatorias del juez.

Junto con el Estado Liberal imperante durante el siglo XIX, se observa en el proceso una noción marcadamente individualista y privada del proceso, lo que significaba que “en el ámbito de la disciplina del proceso civil, el juez tuviese pocos poderes de control sobre los presupuestos procesales, de modo que existiesen más impedimentos”.⁵ Producto de esta ideología liberal se observa un Estado que jugaba un rol extremadamente secundario, un estado mínimo, donde su labor se reducía tan sólo a hacerse cargo del orden y la seguridad y a salvaguardar los derechos individuales. Esto en el proceso se traducía en un aparato jurisdiccional que debía abstenerse, donde se quería a un juez neutral al que se le prohibían todo tipo de facultades, ya sean de dirección formal o material del proceso, pues los intereses ventilados en éste se consideraban de naturaleza exclusivamente privada. Por consiguiente, si los intereses sólo eran de incumbencia de los particulares, el estado no tenía razón para inmiscuirse en el proceso, sino que debía abstenerse, dada la estricta separación entre Estado y Sociedad Civil.

Por otra parte, mientras el juez del siglo XIX se vio privado de todo tipo de facultades, en el siglo XX la situación sería totalmente distinta, pues como producto del fenómeno denominado “Publicización del proceso”, el juez dejaría su rol pasivo, por uno considerablemente más activo en el proceso, específicamente en la proposición de pruebas de oficio.

En efecto, como resultado de dicho fenómeno, se le otorgaron al juez potestades tanto destinadas al manejo de los tiempos procesales, como también aquellas relacionadas con el fondo del asunto (tema en que el se profundizará más adelante). En las últimas es donde encontramos la posibilidad de aportación de pruebas de oficio por parte del juez, producto de que los códigos procesales del siglo XX facultaban a los jueces en mayor o menor grado para proponer pruebas de oficio en el proceso, y es en torno a su existencia que se han generado los más variados debates y discusiones en la doctrina a nivel mundial, encontrándose ésta claramente dividida y con escasas posibilidades de llegar a un consenso, sino sólo en ciertas aristas de la discusión, discusión que no se ha presentado respecto de las potestades ligadas al manejo del iter procesal principalmente por no considerarse a éstas como atentatorias a la imparcialidad del juez.

Se identifican principalmente dos posiciones respecto al tema: en primer lugar están aquellos que no comparten la idea de dotar al juez de facultades para aportar prueba, pues estiman a grandes rasgos que esto significa despojarlo de su calidad de tercero ajeno a los derechos subjetivos, atentando de esta forma con la debida imparcialidad del juzgador; en segundo lugar está aquel sector de la doctrina que apoya la concesión de facultades probatorias para los jueces, negando lo que postulan los anteriores sobre el atentado contra la imparcialidad, y afirmando que dichas facultades aparecen como “necesarias para la función que cumple el juez

⁵ Verde, Giovanni: “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo”, en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp69

y la jurisdicción como mecanismos de composición de conflictos a través de la realización del Derecho en el caso concreto”.⁶

I.2.a. Doctrinas contrarias a las potestades probatorias

Como se dijo precedentemente, una parte de la doctrina ha postulado que otorgarle potestades oficiosas de aportación de pruebas al juez civil significa desprenderlo de su calidad de tercero ajeno a la litis como también, hacerle perder su debida imparcialidad.

Uno de los principales autores que adhiere a las doctrinas contrarias al otorgamiento de potestades probatorias al juez es Montero Aroca, quien en una de sus publicaciones señala que le corresponde a las partes determinar el objeto del proceso y la clase de tutela y por ende, al juez no le concierne facultad alguna respecto de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos. Continúa planteando que una cosa es que se verifique un aumento de potestades procedimentales del juez, como lo serían las relativas a la apreciación de oficio de la falta de presupuestos procesales o el impulso de oficio, pero otra muy diferente es que dicho aumento consista en aquellos elementos que pueden servir para determinar el contenido de la sentencia, como lo sería el caso de poder acordar medios de prueba, pues en este caso, a diferencia del primero, se estaría acabando con la imparcialidad del juez.

Por otra parte, dicho autor estima que la ampliación de las facultades del juez en el ámbito de la iniciativa probatoria, solamente tiene sentido si se parte de la idea implícita de que el abogado de la parte puede ser o negligente o ignorante. El sentido de estas normas entonces, responde a la desconfianza que se tiene respecto del abogado, desconfianza que tiene un claro asiento autoritario.⁷

Otra parte de la doctrina ha agregado al debate que se deben otorgar al juez reglas claras sobre lo que tiene que hacer si no logra la necesaria convicción, reglas que serían las referentes a la carga de la prueba, que en palabras de Alvarado Velloso constituyen “esencialmente, una regla dirigida al juez para que pueda juzgar un caso cualquiera cuando no existe prueba suficiente que le resulte convincente. De tal forma, y llegado el caso, habrá de preguntarse frente a un hecho determinado: ¿quién debía probarlo y no lo hizo? Y ese perderá el pleito”.⁸ Es claro entonces, que como el juez no cuenta con las facultades necesarias para formar su convicción al no poder ordenar prueba alguna y no puede fallar el asunto en base a su conocimiento privado, debe preguntarse quien debía probar el hecho y no lo hizo, es esta la parte que perderá el litigio.

Por su parte, Monteleone, quien se encarga de evaluar las proposiciones sobre las que se han basado las corrientes publicistas, se pregunta “¿por qué una sentencia es justa, o más justa, si el juez civil está dotado de preponderantes poderes procesales y concretamente del poder de disponer pruebas de oficio, y en cambio no lo es si la conducción del proceso está encomendada a

⁶ Op. Cit., p. 34.

⁷ Montero Aroca, Juan: “El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria” en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp.161 y 162.

⁸ Alvarado Velloso, Adolfo: “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento” en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 242 a 243

las partes y sólo a ellas está reservada la iniciativa probatoria?”.⁹ Frente a esta interrogante, considera que no se ha comprobado que porque un juez pueda disponer pruebas de oficio, la sentencia dictada por él tenga un grado de justicia directamente proporcional a la cantidad de poderes que posea, ni que las partes actúen y resistan en el juicio movidas por el deseo de injusticia únicamente.

En una postura no tan extremista, junto con seguir en el orden de considerar que otorgarle iniciativa probatoria al juez significa atentar con la imparcialidad, Ortells Ramos estima que si las partes han efectuado una labor diligente en cuanto a la proposición y práctica de los medios de prueba y su iniciativa por alguna u otra razón ha fracasado, por causas que no tienen que ver con su voluntad, el juez debe asumir la labor de hacer lo que sea necesario para practicar efectivamente los medios de prueba fallidos. Continúa expresando que “estas matizaciones al principio de aportación de parte no persiguen hacer del juez un investigador al modo del instructor penal, de tal manera que, si se quisiera proteger su imparcialidad, fuera necesario un cambio de la organización judicial para establecer una especie de instructor civil. Se pretende sólo que, si el juzgador lo estima conveniente para resolver acertadamente, utilice las fuentes de prueba que las propias partes, con su actividad procesal, le hayan puesto de manifiesto; o, incluso, menos que eso: que, a partir de ese conocimiento, el juez insinúe a las partes que su proposición de prueba ha quedado „corta“ y les convendría completarla”.¹⁰

No cabe duda de que tras estas posiciones doctrinales existe una defensa férrea al principio dispositivo, el que se intenta proteger aun cuando eso signifique ignorar la necesidad de resolver rápida y eficazmente el conflicto. Las anteriores posturas, partiendo de la base de considerar autoritarios y antiliberales los ordenamientos que consagran potestades probatorias a los jueces civiles, buscan “fortalecer la disposición privada de los bienes jurídicos que sustentan un determinado modelo económico y social, cuestión que sería incompatible con un rol activista del Estado en el orden jurisdiccional”.¹¹

I.2.b. Doctrinas afines a las potestades probatorias

Aquí se trata de aquellos que defienden la posibilidad de otorgar facultades de aportación de prueba al juez, y justifican esta posibilidad vinculándose a la corriente socializadora y publicista del proceso, pero claramente agregando nuevos elementos a la idea original.

El principal expositor de estas ideas ha sido Joan Picó i Junoy, quien se opone firmemente a las ideas propuestas por Montero Aroca. Lo que hace Picó es identificar los principales argumentos de quienes postulan la absoluta pasividad del juez civil, los que considera que carecen de la suficiente justificación. Parte analizando el argumento que estima que existe incompatibilidad entre la iniciativa probatoria del juez y el derecho a la prueba de las partes, pues la intervención del juez significaría interponerse en el ejercicio de dicho derecho. Frente a esto el autor considera que el hecho de que las partes tengan el derecho a la prueba no significa que

⁹ Monteleone, Girolamo: “El actual debate sobre las „orientaciones publicísticas“ del proceso civil” en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 181.

¹⁰ Ortells Ramos, Manuel: “Me inclino por un juez activo en la dirección del proceso” en *Hacia una nueva Justicia civil*, *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia* N° 7, año 4, 2005, pp. 49 y 50.

¹¹ Hunter Ampuero, Iván: “Las potestades probatorias del juez de familia”, Legal Publishing, Chile, 2008, p. 41

tengan por consiguiente el monopolio de la misma, sino que significa que poseen la libertad de emplear los medios que crean oportunos para lograr el convencimiento del juez. Existe por el contrario, compatibilidad entre ambas iniciativas y dicha compatibilidad sólo podría ponerse en duda si la actuación de oficio del juez significara ejercer el monopolio exclusivo sobre las pruebas.¹² Continúa el autor rebatiendo el argumento del carácter privado del objeto litigioso, en virtud del cual las partes deberían ser libres en su disposición. Al respecto Picó señala que las concepciones privatistas del proceso ya se encuentran superadas desde hace tiempo, pues ahora, en concordancia con la visión publicista, el proceso deja de ser una relación jurídica privada para pasar a ser el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Por ende, aun cuando efectivamente lo que se discute en el proceso tiene carácter privado, no puede decirse lo mismo del proceso, pues la forma en que éste se desarrolla pertenece establecerla al Estado. Por otra parte, Picó rebate el postulado que afirma que en el proceso se identifica sólo el interés de las partes en la obtención de una resolución favorable, es decir que éstas son las que mejor defienden sus intereses y que por lo tanto, ellas son las que mejor conocen los medios de prueba para acreditar la certeza de sus alegaciones fácticas. Frente a esto, el autor con claridad considera que simplemente por el hecho de que las partes estén mejor preparadas para aportar al proceso las pruebas no necesariamente significa que haya que excluir de esta posibilidad al juez. Respecto al cuarto argumento que es rechazado por Picó, éste señala que la iniciativa probatoria del juez significaría destruir la institución de la carga de la prueba. En base a esto, el autor estima que dicho planteamiento es dogmáticamente incorrecto, toda vez que la carga de la prueba no impide necesariamente que el juez de oficio pueda ordenar la práctica de determinado medio probatorio, porque dicha institución entra en juego y adquiere eficacia plena al momento de dictar sentencia y no antes de él, permitiendo que el juez sepa a que parte perjudicará la inexistencia de la prueba de tales hechos. Por último, rebate con energía la idea de la eventual pérdida de imparcialidad del juez al aportar prueba al proceso, argumentos que se analizarán en extenso en el capítulo que sigue.¹³

Por otra parte, existen quienes ponen el énfasis en el interés público que se observa en que el proceso civil sea justo y legal, lo que supone la necesidad de otorgar al juez poderes para que se investigue de forma adecuada la verdad de los hechos. Por otro lado, si se considera a la jurisdicción como deber del Estado producto del derecho de las partes a someterse a dicha jurisdicción, aparece como imperativo otorgarle al juez las facultades suficientes para dar cumplimiento cabal a su deber.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, el autor Giovanni Verde, sostiene primeramente, al refutar, en una de sus obras, los postulados de Montero Aroca sobre la pérdida de la calidad de tercero del juez al decretar prueba de oficio, que en realidad cuando el juez ejercita sus poderes de instrucción de oficio, no los está ejercitando a favor o en contra de una parte, sino más bien en función de la completa y correcta determinación de los hechos. Agrega la idea de que el proceso, como servicio sostenido por el Estado, puede reducirse a un instrumento de pacificación social del cual las partes disponen ad libitum, y que dicho proceso debe ser construido como instrumento de justicia, por lo tanto, el poder de intervención del juez será

¹² Picó I Junoy, Joan: *“El derecho a la prueba en el proceso civil”*. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 233 y 234.

¹³ *Ibid*, pp, 234 a 240.

mayor cuanto más contenido tenga el objetivo de “justicia” que se pretende conseguir. Por ende, se presenta como una posibilidad el hecho de que se le otorguen al juez potestades que incidan en el sector de la tutela, que deberían pertenecer al monopolio exclusivo de las partes o bien, que de algún modo inciden en dicho sector.¹⁴

No se puede dejar de mencionar en este acápite a Michele Taruffo, quien ha tratado en extenso el tema de la búsqueda de la verdad como fundamento para otorgar facultades probatorias al juez. En este sentido, sostiene que la facultad de las partes para otorgar prueba no puede considerarse como suficiente para poder lograr la decisión justa, mediante el descubrimiento de la verdad de los hechos. Es por esto, que existe la tendencia a otorgar un rol más activo a los jueces en la producción de pruebas, más allá de las presentadas por las partes.¹⁵

En nuestro país, uno de los autores que defiende el otorgamiento de potestades probatorias al juez es Bordalí, quien expone sus argumentos en primer lugar, en relación al rol del juez en el proceso civil, rol que debe respetar los principios de oportunidad y dispositivo, los que se manifiestan en que el aporte de material fáctico sobre la pretensión y resistencia es una labor que corresponde exclusivamente a las partes, a las que le corresponde delimitar el objeto del proceso. Al respecto, el principio dispositivo establece que las partes son libres para disponer de los intereses en conflicto y que además son libres para terminarlo cuando lo estimen conveniente. Según el autor, es aquí donde se agota el principio dispositivo. Es por esto que la aportación de pruebas queda fuera de dicho principio, pues se trataría de una cuestión de pura técnica jurídica, que nada tiene que ver con valoraciones ideológicas.¹⁶ Agrega además que el juez que aporta pruebas para lograr su convicción, no actúa de modo imparcial, sino que sólo estaría cumpliendo con su rol, para velar de que no se produzcan lesiones al derecho de defensa de las partes.¹⁷

I.3. Potestades probatorias del juez de familia

I.3.1. Consideraciones generales

En esta parte, corresponde luego del precedente análisis, hacer referencia a qué potestades oficiosas se encuentran consagradas en nuestra ley de tribunales de familia. Se puede distinguir en nuestra LTF dos grupos de potestades: por un lado, encontramos las ligadas al iter procesal, que poseen el carácter de formales y que significan únicamente que el juez puede tener el dominio absoluto de los tiempos procesales sin guardar relación con la actividad desarrollada por las partes; por otro lado, están las potestades materiales, en virtud de las cuales el juez se involucra en cuanto al ingreso y exclusión de la prueba, entre otros. Existen también potestades que no es posible encuadrar en la precedente clasificación y que dicen relación con facultades cautelares del juez y con procesos colaborativos propios del conflicto de familia, éstas son la potestad cautelar del artículo 22 de la LTF y la mediación y conciliación consagradas en la misma ley.

¹⁴ Verde, Giovanni: “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo” en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 72.

¹⁵ Taruffo, Michele: “Investigación judicial y producción de prueba por las partes” en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XV, diciembre, 2003, pp. 210.

¹⁶ Bordalí Salamanca Andrés: “Los poderes del juez civil” en *Pensando en una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp.10 y ss.

¹⁷ Bordalí Salamanca, Andrés: “El debido proceso civil” en *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p.268.

I.3.1.a. Ligadas al iter procesal

La primera identificación con dichas potestades se observa en el artículo 13 de la LTF, donde se establece la actuación de oficio del tribunal, el cual señala que “promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar, de oficio, todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad”. Además de dicho principio, encontramos otras normas que consagran potestades del mismo tipo: el artículo 17, que dispone la acumulación necesaria, el artículo 21, que otorga la posibilidad al juez de declarar de oficio el abandono del procedimiento y el artículo 23, que señala que la primera resolución deberá notificarse por un funcionario del tribunal.

Tal como señala Hunter, estamos ante facultades ligadas a los tiempos procesales, donde se alberga la idea de la solución rápida y expedita del conflicto, aspecto que es necesario cuando hay menores involucrados, pues nuestro Estado debe cumplir obligaciones asumidas en virtud de la adhesión a la Convención sobre derechos del niño. Aquí se ejemplifica lo señalado en páginas precedentes acerca de la idea de que el juez debe jugar un rol más activo en el dominio de los tiempos procesales mientras sea más grave el estado de insatisfacción de los intereses de los niños y por consiguiente será menos activo cuando se trate de conflictos donde no haya presencia de menores o cuando no exista un interés general comprometido.¹⁸

I.3.1.b. Ligadas al fondo del asunto

En este punto, me parece adecuado seguir la configuración propuesta por Hunter, quién hace una distinción entre potestades materiales indirectas y directas.

En cuanto a las indirectas, estas se encuentran en el artículo 29 inciso 1° de la LTF que señala: “*Las partes podrán, en consecuencia, ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan, pudiendo solicitar al juez de familia que ordene, además, la generación de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un órgano o servicio público o de terceras personas, tales como pericias, documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado*”.

En este caso, se observa claramente como la aportación de pruebas nace de la iniciativa de la parte interesada, por lo que se estaría respetando el principio de aportación de parte, sin que sea posible reprochar dicha facultad del juez argumentando la pérdida de imparcialidad. Hunter decide encuadrar esta facultad bajo el rótulo de indirecta porque finalmente el juez decide si accede o no a estas pruebas en virtud de la facultad del artículo 31 de la LTF, por lo mismo, sigue siendo una prueba cuya introducción depende del uso de una potestad del juez. Se trataría de una potestad oficiosa ligada a la admisión de la prueba.

En cuanto a las potestades materiales directas, encontramos en primer lugar, la consagrada en el artículo 29 inciso 2° de la LTF, donde el juez puede de oficio, ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de los que tome conocimiento o que según su percepción resulten necesarios dado el conflicto familiar de que se trate; y en segundo lugar el artículo 45 inciso final de la misma ley, otorga la facultad al juez para que solicite de oficio informe de peritos a algún órgano público u organismo acreditado ante el Servicio Nacional de

¹⁸ Hunter Ampuero, Iván: "Las potestades probatorias del juez de familia", Legal Publishing, Chile, 2008, pp. 50 y 51.

Menores, cuando lo considere indispensable para solucionar de forma razonable y adecuada el conflicto. En estos casos el juez no posee más límites que la necesidad del medio de prueba para la resolución del conflicto.¹⁹

CAPÍTULO II ***Imparcialidad y facultades probatorias del juez***

II.1. Consideraciones generales

Como se señaló en el capítulo anterior, una de las más frecuentes objeciones que se ha hecho a la posibilidad de otorgar potestades probatorias al juez, es la eventual pérdida de la debida imparcialidad con que debe contar éste. Pero antes de entrar al fondo de dicha discusión se hace necesario analizar algunas consideraciones sobre la imparcialidad.

Acerca del tema, Bordalí, siguiendo la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha considerado que el requisito de imparcialidad tiene tanto una vertiente subjetiva, como una objetiva. Considerada subjetivamente, dice relación con el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial. En esta vertiente, comporta una garantía que admite que se aparte a un juez de un caso concreto cuando hayan sospechas objetivamente justificadas de pérdida de imparcialidad, por lo tanto, deben existir conductas exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que demuestren y permitan afirmar que el juez no estaría siendo ajeno a la causa o bien que exista el peligro de que por cualquier relación con el caso concreto no usará el criterio de juicio que se encuentra en la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento²⁰.

Se observa como esta arista subjetiva intenta considerar la convicción personal del juez, es decir, qué es lo que estaba pensando en su fuero interno, para de ese modo no permitir que exista a la cabeza del caso un juez que haya adoptado una decisión de forma previa o bien que lo haya hecho basado en prejuicios.

Por otra parte, la imparcialidad considerada objetivamente, “toma en consideración la relevancia de aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial de justicia. En esta perspectiva importa mucho la apariencia de imparcialidad de los jueces”²¹. A diferencia de la vertiente anterior, aquí ya no se trata de que el juez haya exteriorizado su convicción personal o que haya tomado partido previamente, sino que estaríamos ante un juez que no ofrece garantías que sean suficientes para excluir las dudas al respecto. Por esto, aquí importan las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan al juez, puede éste ser visto como un tercero ajeno a los intereses que están involucrados en el proceso²².

¹⁹ Ibid, pp.51 a 53.

²⁰ Bordalí Salamanca, Andrés: “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXIII, Valparaíso, 2º semestre 2009, p.272.

²¹ Ibid, p.273.

²² Ibid.

II.2. Facultades probatorias del juez y pérdida de la imparcialidad

El sector de la doctrina que rechaza la posibilidad de otorgar potestades probatorias al juez, proporciona como argumento más potente, la eventual pérdida de imparcialidad de éste. Sostienen que necesariamente, dicha actividad probatoria daría como resultado el inclinarse por una de las partes y que por lo demás, el juez activista en el aporte de prueba abandonaría su calidad de tercero ajeno a los intereses de las partes, pasando a desarrollar una actividad propia de ellas, como lo es la de aportar material probatorio. En consecuencia, se estaría rompiendo con la garantía de un juez imparcial.

Tal como en líneas anteriores se señaló, uno de los principales detractores del otorgamiento de facultades probatorias oficiosas al juez es Juan Montero Aroca, quien sostiene que el conferir dicha posibilidad al juez es incompatible con un proceso acusatorio, pues el sentenciador se adjudicaría una labor propia de las partes, perdiendo de ese modo la necesaria imparcialidad.²³ Así mismo, afirma respecto a lo expresado en el acápite anterior “cuando se trata de atribuir poderes probatorios al juez, lo que debe cuestionarse no es propiamente la imparcialidad judicial, sino si ello es posible atendida la necesidad de que el juez siga siendo tercero, con la exigencia de incompatibilidad de funciones entre parte y juez en el proceso. Debe tenerse en cuenta que si la incompatibilidad de funciones en el proceso es algo objetivo, que puede determinarse en la ley de modo general, es decir, sin referencia a un juez y a un proceso concreto, pudiendo la ley disponer en general qué es lo que no puede hacer el juez pues de hacerlo estaría asumiendo funciones propias de la parte, la imparcialidad es siempre algo subjetivo, que debe referirse siempre a un juez y a un proceso concreto”.²⁴

En efecto, en otra de sus obras, Montero distingue con claridad: “debe hablarse de desinterés objetivo, elemento que hace a la esencia de la jurisdicción y desinterés subjetivo o imparcialidad, propio del juez concreto”.²⁵ Continúa exponiendo: “la verdadera imparcialidad, en tanto que desinterés subjetivo, no puede simplemente suponer que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser parte en el proceso de que está conociendo, sino que implica, sobre todo, que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso”.²⁶ Lo que sostiene el autor, en resumidas cuentas, es que el juicio del juez sólo debe estar determinado por el cumplimiento de su función, es decir por la correcta actuación de derecho objetivo en el caso concreto del que está conociendo, sin que haya influencia alguna de circunstancias ajenas a su labor. En estos casos, el autor sostiene que por ser algo subjetivo, no cabría la posibilidad de constatar objetivamente la imparcialidad, para lo que utiliza el ejemplo de un juez que se encuentre ligado por parentesco, y señala al respecto que dicha relación puede influir en un juez, el que probablemente tomará su decisión sin poder obviar dicha circunstancia, pero esa misma relación puede no influir sobre la imparcialidad de otro juez. El asunto tiene que ver con la capacidad de actuar restringiéndose sólo al cumplimiento de modo estricto de la labor encomendada, sin servir a los intereses de una u otra parte.

²³ Montero Aroca, Juan: “El proceso civil llamado „social“ como instrumento de „justicia“ autoritaria” en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p.159.

²⁴ *Ibid.*, p. 157,158.

²⁵ Montero Aroca, Juan: “Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 181.

²⁶ *Ibid.*, p.187.

Pero a pesar de lo anterior, Montero expresa que pese a que la imparcialidad tiene que ser subjetiva, la ley intenta objetivarla, por lo que establece una serie de situaciones que pueden ser constatadas objetivamente y que de constatare, implican una sospecha de un juez parcial, independiente de que el juez sea capaz o no de conservar su equidistancia de las partes.²⁷

En la misma línea que las ideas planteadas por Montero Aroca, encontramos a Alvarado Velloso, quien afirma que el juez que procesa y sentencia, debe ostentar la calidad de tercero, para lo cual no ha de estar ubicado en la posición de parte, ya que no se puede ser acusador y juez al mismo tiempo y debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio. Agrega que la palabra imparcialidad significa varias cosas distintas a la falta de interés que se menciona generalmente, por lo que exige una definitiva: ausencia de todo tipo de prejuicios tanto respecto de las partes, como del objeto del litigio; independencia de cualquier opinión, por lo que ante cualquier sugerencia de la parte interesada debe tener “oídos sordos”; no identificación con alguna ideología determinada; completa ajeneidad frente a la posibilidad de soborno; evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, así como de fallar según su propio conocimiento privado del asunto, entre otros.²⁸ Es en el último elemento donde Velloso demuestra estar en contra de otorgar la posibilidad al juez de decretar prueba de oficio, pues en su juicio esto atentaría tal como en los otros casos enumerados, contra la necesaria imparcialidad de la que debe estar revestido el juez. Se observa como al igual que muchos otros autores, asimila la imparcialidad con la neutralidad, pues para él la difícil tarea de ser imparcial finalmente lo que exige es ser neutral frente a las diversas influencias externas que puedan presentarse, idea que es rebatida por parte de la doctrina, que señala que no debe confundirse imparcialidad con neutralidad, pues hacen referencia a cosas distintas, tema que será analizado más adelante.

Frente a estas posturas aparecen quienes sostienen que el entregar potestades probatorias al juez no acarrea necesariamente la pérdida de la debida imparcialidad. Respecto a la idea de que el juez al disponer prueba de oficio toma partido por uno de los litigantes, precisamente por aquel a quien la prueba irá a favorecer, han expresado que el juez no puede saber anticipadamente a cual de los litigantes favorecerá la diligencia probatoria, pues eso sólo se sabrá una vez concluida dicha gestión. En ese mismo sentido, suponiendo que el juez se torna parcial al disponer de la prueba de oficio, beneficiando a la parte para quien resulta favorable la prueba, tendría que entenderse que la omisión en disponer la prueba también compromete la imparcialidad del juez, toda vez que la falta de prueba beneficiará a la parte a quien aquella resultaría desfavorable en el caso de haberse practicado.²⁹

Por su parte, suele afirmarse que la dirección que hace el juez del debate probatorio impone como requisito necesario y esencial su imparcialidad, es decir, el orientarse siempre por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas a petición de parte u oficiosamente, como cuando valora los medios de prueba presentado en el proceso. Este deber es

²⁷ Ibid., p.188.

²⁸ Alvarado Velloso, Adolfo: “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento” en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p.231. Ver también del mismo autor: “La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil” en “Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil”, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 287, 288.

²⁹ Barbosa Moreira, José: “El neoprivatismo en el proceso civil” en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 210.

incumplido cuando el juez no decreta de oficio las pruebas que sean necesarias para la verificación de los hechos alegados.³⁰ Resulta claro como se sostiene que la imparcialidad se perdería al no decretar prueba de oficio cuando se hace necesario hacerlo para verificar de forma correcta los hechos, postura del todo contraria a quienes siguen defendiendo la idea de que el juez estaría siendo parcial al realizar tal actividad.

Asimismo, Michele Trauffo expresa que “si se piensa en un „buen“ juez, capaz de ejercer correcta y racionalmente sus poderes, entonces no hay ninguna razón para temer que se convierta en parcial e incapaz para valorar las pruebas por el sólo hecho de que haya sido él quien ordenó o sugirió su realización. Únicamente si se piensa en un juez incapaz y psicológicamente débil, puede temerse que pierda su imparcialidad en el momento en que decide sobre la conveniencia de que sea incorporada una prueba adicional, o que no sea capaz de valorar de manera equilibrada una prueba sólo porque ha sido él quien ha ordenado su incorporación”.³¹ En efecto, no debería existir diferencia entre la valoración de una prueba determinada por el juez y una propuesta por las partes, pues en condiciones normales el juez es capaz de determinar, por ejemplo, la credibilidad de un testigo propuesto por él, de la misma manera en la que lo puede hacer respecto del propuesto por las partes.

Naturalmente puede haber riesgo de que el juez se incline a considerar sus primeras impresiones sobre los hechos de la causa y que busque en las pruebas las confirmaciones de sus propios prejuicios, restándole valor a aquellas pruebas que los contradigan, pero no por esta razón han de quitársele los poderes de instrucción al juez. No radica allí la solución, pues dicho fenómeno puede darse de igual modo en un juez que no ejerce dichos poderes, o bien en un juez pasivo que se aferre a una versión de los hechos determinada, orientando sus decisiones hacia dicha versión.³²

El mayor detractor de lo planteado por las doctrinas que rechazan la iniciativa probatoria del juez, específicamente de lo planteado por Montero Aroca, es Joan Picó, quien de modo enfático ha refutado las objeciones planteadas por cierta parte de la doctrina. Junto con exponer las ideas contrarias, da claras y contundentes respuestas a dichos planteamientos. El tema en el que pone el acento es el de la imparcialidad, y ante la afirmación de que al tomar de oficio la iniciativa probatoria el juez estaría prejuzgando su decisión final, y por ende perdiendo su necesaria imparcialidad, efectúa diversas reflexiones que nos llevan a concluir que esta eventual pérdida de la imparcialidad que se afirma, no es más que una exacerbación de la garantía de neutralidad del juzgador. En primer lugar, sostiene que cuando el juez decide decretar de oficio una prueba, no se decanta a favor de una u otra de las partes, pues antes de practicar dicha prueba no se sabe a quien beneficiará o perjudicará, sino que el único objetivo es dar cumplimiento a la función que le es asignada en la Constitución, además de encontrar la convicción judicial para dar tutela efectiva a los intereses envueltos en el conflicto.³³ En segundo lugar, afirma que postular la protección de la imparcialidad para fundamentar la inactividad del juez civil en materia probatoria, y a su vez darle dicha potestad a jueces de otros órdenes, implica legitimar

³⁰ Devis Echandía, Hernando: “Compendio de la prueba judicial”, Tomo I, en <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/05/00918-compendio-de-la-prueba-judicial-tomo-i-heraldo-devi-e-chandia.html>.

³¹ Taruffo, Michelle: “La prueba”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 182.

³² Ibid., pp.182, 183.

³³ Picó I Junoy, Joan: “El derecho a la prueba en el proceso civil”, Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 242.

que dichos jueces puedan ser parciales al aportar prueba de oficio.³⁴ En tercer lugar, el argumento de pérdida de imparcialidad significa admitir que el juez sería parcial al practicar las medidas para mejor resolver. Si no se sostiene esto, por qué se relega la iniciativa probatoria del juez al momento posterior al período de conclusiones, cuando el permitir que esta se realice en etapas anteriores evitaría la dilación que dicha medida sobrelleva.³⁵ En cuarto lugar, advierte la contradicción que se produce al sustentar un juez pasivo en el aporte de material probatorio y activista en la práctica de diligencias probatorias. Si estamos hablando de defender la imparcialidad, esta puede perderse en ambos casos, por lo que no es consistente defender la participación del juez en la actividad probatoria y rechazarla en la iniciativa probatoria.³⁶ En quinto lugar, considera que la objeción hecha a que el juez podría dar un valor probatorio distinto a las pruebas que él propone, si bien es cierto que pueda darse esa situación de modo excepcional, puede sortearse con los recursos jurisdiccionales y una actividad probatoria con límites.

II.2.a. Imparcialidad y neutralidad

Un sector considerable de la doctrina estima que quienes señalan que un juez pasivo es un juez imparcial caen en una confusión, pues consideran la imparcialidad como sinónimo de neutralidad. Ejemplo de lo anterior, es lo ilustrado por Galán González, quien expresa, que una de las acepciones que cabe distinguir en el concepto de imparcialidad judicial es la que nos dice que significa la posición trascendente del juez frente a las partes, y es en relación a esta acepción, que la exacerbada exaltación del perfil de imparcialidad como sinónimo de neutralidad judicial, ha constituido el argumento erróneo utilizado por los que intentan limitar los poderes del juez en la dirección del proceso.³⁷

Esta situación es graficada claramente por Díaz Cabiale, quien estima que “lo que ha sucedido es que el concepto de imparcialidad del órgano jurisdiccional se ha sustituido por otro distinto, el de „neutralità“, que responde a un esquema procesal determinado. Así cuando se afirma que el órgano jurisdiccional al practicar actividad probatoria pierde la imparcialidad, lo que en realidad se quiere decir es que deja de ser neutral, perdiendo su condición de árbitro”.³⁸ En esta concepción queda claro como se observa la potestad jurisdiccional no ya con la finalidad de lograr una decisión justa del caso, sino que se ve sólo como un medio para resolver la contienda, siendo su única finalidad reestablecer la paz y solucionar el conflicto que ha llegado a sus manos. La „neutralità se aprecia como el valor que se predica de quien debe decidir respecto de la contienda, el duelo, como un juego. Finalmente el proceso se entiende como cosa de partes, respecto del cual el juez debe tomar una decisión sin que ello implique inmiscuirse en el ámbito de actuación de éstas.³⁹

En este mismo sentido suele sostenerse que ya no es correcto en los ordenamientos procesales actuales defender la noción de juez imparcial entendiéndola como juez neutral. No debe hacerse tal identificación, pues hoy se predica una relativización de la neutralidad en pos de

³⁴ Ibid., pp. 244, 245.

³⁵ Ibid., pp. 248, 249.

³⁶ Ibid., p. 251.

³⁷ Galán González, Candela: “Apuntes sobre el derecho al juez imparcial” en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N°10, 2004, p. 198

³⁸ Díaz Cabiale, José Antonio: “Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez”, Editorial Comares, Granada, 1996, p.416.

³⁹ Ibid., p.417.

la actividad procesal y material del juez. Si bien la imparcialidad es indisponible por el legislador, la neutralidad es disponible. Por lo tanto, al legislador le corresponde ver cuando configura a un juez activo y cuando a uno pasivo.⁴⁰

A mi juicio, considero que la finalidad de la potestad jurisdiccional no se agota en la simple resolución de conflictos, sino que va más allá de eso, pues el juez busca hacer justicia en el caso concreto y no sólo reestablecer la paz, sino que también es necesario buscar y encontrar la verdad mediante la prueba para poder tomar una decisión justa. Es por esto, que las facultades probatorias aparecen como necesarias para que el juez logre su convicción acerca de los hechos, lo que no significa en ningún caso que el juez esté asumiendo la labor que le corresponde a las partes, o que esté buscando favorecer a alguna de ellas. Es por esto, que no puede sostenerse que el juez pierda su imparcialidad al ejercer las facultades probatorias que le son otorgadas, toda vez que no toma partido por alguna de las partes, ni desciende de su posición de equidistancia.

II.3. Imparcialidad en el ordenamiento nacional

En nuestro ordenamiento no hay discusión acerca de la obligación de todo tribunal de contar con la necesaria imparcialidad para ejercer la función que le es encomendada, debiendo presentar siempre desinterés objetivo en el objeto del litigio. Dicha obligación se presenta como un derecho fundamental para los ciudadanos, que no está consagrado expresamente en la Constitución, pero que se extrae de la garantía de debido proceso y tutela judicial efectiva (artículo 19 n° 3 CPR) y de los tratados internacionales ratificados por nuestro país. Al respecto, se prevee en el Código Orgánico de Tribunales de nuestro ordenamiento, la posibilidad de recusar o alegar implicancia de un juez según variadas causales taxativas señaladas, las que protegen la imparcialidad desde un punto de vista subjetivo, es decir, “aseguran que el juez no tenga relación con las partes o con el objeto del juicio, y, por sobre todo, que su decisión de lo debatido se manifieste tan sólo al momento de la sentencia definitiva”.⁴¹ Cabe preguntarse entonces, si es que la actividad probatoria de oficio por parte del juez puede encuadrarse en alguna de las causales de implicancia o recusación. Sobre esto, Hunter afirma que no es posible, toda vez que decretar una prueba no significa dar su opinión sobre el punto que es sometido a la decisión del juez, en efecto, en el único momento que el juez de familia conoce de modo pleno el material probatorio, es una vez realizada la audiencia de juicio, momento en el que ya no puede ejercer actividad probatoria alguna, pues ésta sólo es posible en la audiencia preparatoria, donde no se puede dar ninguna opinión de fondo decretando prueba.⁴²

Ahora bien, respecto al juez de familia configurado en nuestra LTF, es necesario destacar que es un actor activo en el pleito, protagonista, con amplias facultades directivas y que cuenta con gran autonomía al momento de actuar, pues posee potestades de manejo de los tiempos procesales, potestades materiales de iniciativa, admisión y práctica de pruebas, potestad de iniciar el procedimiento de oficio, entre muchas otras.

La actividad probatoria del juez de familia se encuentra consagrada en el artículo 29 inciso 2° de la LTF, donde aparece como facultad o potestad y no como un deber del juez,

⁴⁰ Hunter Ampuero, Iván: "Las potestades probatorias del juez de familia", Legal Publishing, Chile, 2008, pp. 69, 70.

⁴¹ Ibid., p.75.

⁴² Ibid.

otorgándole a éste la posibilidad de decidir, en atención a la necesidad que pueda presentarse según el conflicto familiar de que se trate, si decretar o no de oficio una prueba.⁴³ De la lectura de este artículo queda claro que “el juez no desarrolla una tarea que pueda sustituir la actividad probatoria que preferentemente aborden las partes. El juez entonces no baja a la arena del conflicto para ejercer dentro del proceso actividades que corresponden, en grado preferencial, a las partes”.⁴⁴ No cabe duda que en el caso de establecerse como un deber u obligación el decretar prueba de oficio en determinadas situaciones, estaríamos ante una gran probabilidad de encontrarnos con un juez que dejaría de lado la necesaria imparcialidad, decantando por los intereses de una u otra parte.

En una de sus obras, Michele Taruffo, plantea ciertos límites a la actividad probatoria del juez, a pesar de estar de acuerdo con ésta. En efecto, señala que “el rol del tribunal no es tomar el lugar de las partes en la producción de la prueba, ni menos impedir que las partes presenten „su“ prueba. Si las partes son exitosas en el ofrecimiento de toda prueba disponible, el tribunal puede no hacer uso en absoluto de sus poderes. Es sólo cuando la actividad de una de las partes, o ambas, no resulta suficiente en la presentación de prueba para establecer la verdad de los hechos, que el tribunal debiera jugar su rol activo”.⁴⁵

Parece ser que el camino va por poner límites a la actividad probatoria del juez, donde este actúe sólo en ausencia de presentación de prueba de las partes, es decir, que realice una actuación por defecto, o bien, cuando la prueba presentada por las partes aparezca como insuficiente, y sea necesario decretar ciertas diligencias para lograr su convicción. Esto no quiere decir que el juez venga a sustituir la actividad propia de las partes, sino más bien, viene a complementarla, pues aunque el juez deba proteger los intereses en conflicto, en ningún caso puede el juez pasar por sobre las facultades de las partes.

CAPÍTULO III

Análisis causas de cuidado personal tribunal de familia de Valdivia

III.1. Consideraciones previas

Como se advirtió en un comienzo, el objetivo de la presente tesis es analizar causas de cuidado personal para poder finalmente advertir si el juez de familia pierde la debida imparcialidad con la que debe contar cuando hace uso de su facultad para decretar prueba de oficio. Para esto se han recolectado todas las causas de cuidado personal existentes desde Septiembre del año 2005 hasta Diciembre del año 2010, de las cuales se utilizarán treinta y una para el análisis que se hará a continuación. El resto de las causas recolectadas no se utilizarán por diversas razones, pues varias de ellas están aun en tramitación, otras presentaron desistimiento, otros casos presentaron sentencia sin haber prueba por ninguna de las partes, los expedientes se encontraban incompletos, faltando información relevante para el examen y otro gran porcentaje

⁴³ El artículo 29 inciso 2° de la LTF señala: “ El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”

⁴⁴ Op. Cit.

⁴⁵ Taruffo, Michelle: “Investigación judicial y producción de prueba por las partes” Revista UACH, vol XV, dic 2003, pg 211.

llegó a conciliación, donde no se pudo observar por parte del tribunal la oportunidad de decretar prueba de oficio, pues dicha conciliación se presentó en el 95% de los casos en la audiencia preparatoria, y en el porcentaje restante se presentó en la audiencia de juicio, donde se alcanzó a solicitar prueba por parte del tribunal, porcentaje pequeño de causas pero que igual serán útiles para su análisis, aunque no en lo que dice relación con la valoración de la prueba pues al haber conciliación en la audiencia de juicio no se alcanzó a llegar a la instancia de valoración.

El análisis se hará en base a cuatro criterios, cada uno de los cuales dará luces sobre la postura adoptada por el tribunal, la oportunidad en la que ejerce la potestad de presentar prueba otorgada por la ley, la valoración que le otorga a su prueba, el cómo motiva la sentencia, entre otros, lo que en definitiva nos servirá de base para establecer si este juez pierde su imparcialidad al usar su facultad probatoria, tal como es proclamado por aquellos autores que rechazan la posibilidad de que el juez cuente con tales potestades.

III.2. Carga de la prueba y prueba de oficio

III.2.a. Casos en que el tribunal no decreta prueba

Como dato previo, y que resulta sumamente importante destacar, es que aparte de los casos mencionados anteriormente donde no hubo prueba por parte del tribunal por haber llegado a conciliación, se encontraron dentro de las 32 causas analizadas, 4 donde el tribunal no utilizó la facultad otorgada por la LTF para decretar prueba de oficio.

Lo anterior no quiere decir que el tribunal no esté cumpliendo su labor como corresponde, sino que, a la luz de la prueba otorgada por las partes, el tribunal estima que no es necesario solicitar más prueba, pues lo entregado por demandante y demandado aparece como suficiente para que el juez pueda lograr convicción. Esto es lo que se desprende de la causa C-864-2006, donde el tribunal no fija prueba alguna, pues las partes además de otorgar una amplia gama de pruebas, éstas resultan ser útiles a la hora de probar los hechos. La prueba que en esta causa dan las partes no es usual en todos los casos, pues es raro observar partes tan diligentes que aporten tal número de material probatorio como causas anteriores entre las partes, solicitud de que se evalúe psicológicamente a las dos partes, que se oficie a la corporación de asistencia judicial para que se genere un informe social de ambos, informes psicológicos realizados por la parte demandada de forma privada, informe de personalidad del menor, entre otras pruebas. Todas las pruebas que ambas partes aportaron, no sólo son numerosas, sino que podríamos decir que son de “calidad”, es decir, son absolutamente idóneas para lograr el objetivo, cual es probar posteriormente los hechos que han sido determinados como hechos a probar y luego ser útiles para que el juez logre convicción.

Otra forma en la que se presenta esta situación, es la graficada en la causa C-347-2010, aquí prueba del tribunal como iniciativa oficiosa no hay, pues lo único que éste realiza es oficiar a ciertas instituciones porque las partes así lo han solicitado, pero prueba decretada por iniciativa del juez, distinta de la prueba de las partes, no hay. Tal como en los casos anteriores, las partes se muestran sumamente prestas a la hora de aportar material probatorio, por lo que al tribunal no le resta mucho que hacer al respecto, pues la prueba otorgada resulta suficiente para las etapas posteriores. Respecto al demandante lo que éste solicita es lo siguiente: entrevista de la magistrado con la menor en audiencia especial, oficio a la AFP a la que pertenece con el fin de

que se envíen las cotizaciones del mismo demandante del último año y un informe de habilidades parentales de la demandada junto con un informe psicosocial de la niña, ambos evacuados por un centro de diagnóstico ambulatorio mayor (en adelante DAM). Estas tres pruebas fueron solicitadas por el tribunal, pero porque la parte las había solicitado y no porque sea prueba de propia iniciativa del juez. Respecto a la parte demandada ocurre lo mismo, pues el resto de las pruebas decretadas por el tribunal, corresponden a pruebas que dicha parte le solicita a éste, que son las siguientes: se oficie al departamento de educación de la municipalidad de la ciudad donde vive el demandante, a objeto que remitan las seis últimas liquidaciones de éste.

La misma situación se produce en la causa C-207-2006, donde el tribunal no ejerce actividad probatoria alguna, a pesar de que las pruebas traídas por las partes parecen a simple vista ser insuficientes. En este caso la parte demandante presenta como prueba certificados de nacimiento, médico y de estudios del menor y dos testigos, por su lado, la parte demandada no presenta prueba alguna. Ante este panorama el juez decide no utilizar su facultad probatoria, por lo que cabe preguntarse por qué razón no utiliza dicha facultad al estar ante una causa, que como muchas otras, tiene prueba insuficiente. La respuesta a dicha pregunta la encontramos en la misma causa, pues el demandante contesta la demanda allanándose a lo pedido por la demandante, y señala que está de acuerdo con que ésta mantenga el cuidado personal del hijo que tienen en común. No estamos ante una conciliación propiamente tal, pero sí ante un demandado que no presenta prueba pues está de acuerdo con lo pedido por la demandante. Frente a esto, el testimonio de los testigos y los certificados que entrega la demandante, otorgan la información necesaria para probar que la madre no posee inhabilidades para ejercer el cuidado personal de su hijo.

Vemos entonces, como es posible que ante la escasez de prueba el tribunal de todos modos decida no utilizar su facultad oficiosa, pues aunque sea escasa, dicha prueba es suficiente para probar lo que se debe probar en el caso concreto.

III.2.b. La falta de prueba y su relación con lo resuelto

Ahora bien, resulta interesante averiguar si es que el hecho de que el juez no decreta prueba alguna tiene relación con lo que posteriormente resuelve. Es decir, si en la motivación de la decisión adoptada, el juez señala que las partes han logrado probar todos los hechos de manera satisfactoria, o bien, si al resolver considera que falta prueba para adoptar la decisión, aun cuando él no aportó prueba para suplir dicha necesidad. Por otra parte, analizar si es que la decisión adoptada por el juez, es decir, lo resuelto en el caso, se encuentra en relación a la falta de prueba de éste o de alguna de las partes.

No se encontró causa donde el juez no decretara prueba de oficio y a su vez que al fallar estimara que falta prueba. En todos los casos donde no ejerció su facultad probatoria oficiosa, fue capaz de tomar una decisión únicamente con el material probatorio que rindieron las partes. Esto queda de manifiesto en la causa C-207-2006, sobre la cual se habló precedentemente, y donde tal como se señaló, sólo hay prueba agregada por la parte demandante y no se observa actividad probatoria del juez. Aquí a pesar de haber insuficiencia de prueba, el juez es capaz de tomar una decisión con el material existente, sin que la insuficiencia le haga estimar que no puede fallar por falta de prueba.

Por otra parte, en las causas donde el juez no utiliza su potestad probatoria, no se encuentra alguna justificación de por qué no utilizó su facultad, así como tampoco señala que la prueba de las partes es suficiente para dictar sentencia. Lo anterior se infiere, pues al haber prueba numerosa o contundente (respecto a la calidad) y no haber ejercicio de facultad probatoria por parte del juez, se entiende que no la utiliza por ser suficiente la prueba otorgada por las partes.

Finalmente, en todas las causas donde el tribunal no decreta prueba de oficio, se observa que su decisión en ningún caso está fundada en el hecho de no haber aportado prueba él mismo. Es decir, no se observa que al fallar su decisión esté en relación con la ausencia de prueba por su parte. Sí se observa que en ciertas ocasiones, y no sólo en las causas donde no otorga prueba, sino también en las demás, señala la insuficiencia de prueba de las partes, pero nunca justifica su decisión basado en el no ejercicio de su facultad probatoria de oficio.

III.3. Grado de autonomía de la prueba otorgada por el juez

Uno de los primeros factores a analizar es si la prueba presentada por el juez aparece como una prueba autónoma o si es más bien complementaria. Es decir, si la facultad probatoria del juez es ejercida en ausencia de prueba de las partes, en conjunto con esta pero sin ser complemento, o bien si la ejerce complementariamente a la otorgada por los sujetos. En el primer caso estamos ante un juez que suple la actividad de las partes cuando éstas no han sido diligentes en su labor, pues en ausencia o en escasez de prueba difícilmente podría fallar adecuadamente la controversia. El segundo caso, es aquel donde el tribunal ejerce su facultad probatoria oficiosa independiente de las partes, pues considera que es necesario traer al caso ciertas pruebas indispensables para lograr convicción, aun cuando las partes han sido acuciosas a la hora de presentar material probatorio. En el tercer caso, estamos ante la situación en la cual para complementar lo que las partes quieren probar, el juez la decreta al considerar que es necesario traer a la causa más información que podría ser relevante, pero que a su vez no aparece como indispensable para fallar.

Lo primero que se observa es que no existen casos donde las partes no efectúen actividad probatoria alguna, pues aunque sea insuficiente hay por lo menos alguna prueba que se pide en las audiencias preparatorias. De todos modos parece necesario aclarar que hablamos de causas que se desarrollan de modo completo, esto es, aquellas en las que se realiza una audiencia preparatoria en la que no se presenta conciliación y donde se fijan las pruebas a presentar por ambas partes y eventualmente por el tribunal, y donde se efectúa posteriormente la audiencia de juicio. Utilizo la expresión “de modo completo” y no la expresión de “modo normal”, porque a la luz de las causas analizadas, lo normal suele ser que se presente conciliación en la audiencia preparatoria, por lo que no hay ocasión de presentar prueba por parte de ninguno de los intervinientes.

III.3.a. Actividad oficiosa del tribunal ante la insuficiencia y/o ausencia de prueba

Como ya se adelantó, aquí estamos frente a casos donde las partes no presentan prueba alguna, o bien cuando presentan prueba que resulta extremadamente insuficiente, quedando al

descubierto la negligencia en su labor probatoria. Se observó que esta situación se puede dar respecto de ambas partes o bien de una sola.

Contrario a lo que pueda pensarse, estas situaciones sí se han presentado, tal es el caso de la causa C-584-2007, donde una de las dos partes -la demandada- no presenta prueba alguna, por lo tanto, se observa una labor más activa por parte del tribunal, en orden a suplir esa falta de prueba por parte de la demandada, lo que queda de manifiesto al solicitar el juez un informe social respecto de ésta, informe que no tuvo que solicitar en el caso del demandado, pues éste hizo previamente la solicitud de dicho informe. A su vez, dado que el resto de prueba ofrecida por el demandante, a pesar de ser numerosa, no aparece como suficiente para probar los hechos que se establecieron como hechos a probar, el tribunal solicita traer a la vista otra causa entre las partes referida a relación directa y regular, escuchar a la menor en audiencia especial con la presencia de una consejera técnica psicóloga y extracto de filiación del conviviente de la demandada. Lo anterior se deduce pues entre los hechos a probar se encuentran la situación psicosocial de la niña, la existencia de causal de inhabilidad que tuvieran las partes para ejercer el cuidado de la niña y la conveniencia o inconveniencia de someter a la menor a un cambio en su régimen de vida. Para probar estos hechos, aparece como sumamente necesario que el tribunal solicite informe social de la demandada y el extracto de filiación del conviviente de ésta con el objetivo de probar la existencia de inhabilidad respecto de ésta; y que por otra parte, solicite entrevista con la niña para probar el segundo y tercer hecho, es decir, establecer cuál es su situación psicosocial y para analizar si es conveniente cambiar el régimen de vida que lleva ésta, otorgándole el cuidado personal a su padre. Difícilmente podría haberse probado lo anterior con el certificado de nacimiento, liquidaciones de sueldo del demandante, contrato de trabajo del demandante, acuerdos anteriores en materia de alimentos, etc. Dichas pruebas podrían haber arrojado luces acerca de la facultad del padre para ejercer el cuidado personal de la niña, pero no para descartar a la madre o para establecer el estado psicosocial actual de la menor.

En otros casos, a diferencia del anterior, ambas partes aparecen como negligentes a la hora de aportar material probatorio, pues la prueba que otorgan aparece como insuficiente para que el juez logre convicción. Esto queda de manifiesto en la causa C-502-2005, causa en la que el demandante solicita el cuidado personal de sus tres hijos demandando a la madre de éstos que actualmente los tiene bajo su cuidado. En la audiencia probatoria se establece que los hechos a probar, al igual que en la causa anterior, serán la situación psicosocial de los niños, la existencia de causal de inhabilidad que tuvieran las partes para ejercer el cuidado de los niños y la conveniencia o inconveniencia de someter a los menores a un cambio en su régimen de vida. La parte demandante ofrece como prueba los certificados de nacimiento de los tres hijos y prueba testimonial de dos testigos, mientras que la parte demandada ofrece los certificados donde consta que los tres menores se encuentran estudiando y también el testimonio de dos testigos. Dichas pruebas aparecen como insuficientes toda vez que los testigos presentados por ambas partes declaran exclusivamente acerca de las habilidades parentales que presentan tanto el demandante como la demandada, pero no otorgan información acerca de la situación psicosocial de los menores o acerca de la conveniencia de permanecer o de cambiar el régimen actual de vida que tienen. Es por esto que el tribunal considera sumamente necesario incorporar como prueba, en primer lugar, un informe psicológico de los tres menores, el que servirá principalmente para

probar el primer hecho, cual es el estado psicosocial de los niños y también para establecer en parte si es que existe alguna inhabilidad de alguno de los padres para hacerse cargo de ellos. En segundo lugar, decreta un informe psicosocial de demandante y demandado y en tercer lugar, el tribunal estima conveniente concretar una audiencia especial con los menores. No resulta difícil advertir cómo la prueba decretada por el tribunal parece ser la más contundente para poder posteriormente probar los hechos que se desean probar, pues la otorgada por las partes aparece a todas luces como escasa para poder lograr tal objetivo.

Lo graficado anteriormente queda de manifiesto de forma contundente en la causa C-912-2005, en la cual no sólo la parte demandada no rinde prueba alguna, sino que además, el demandante sólo otorga un certificado de nacimiento del hijo respecto del cual se reclama el cuidado personal. Ante esta situación de absoluta escasez de prueba el tribunal ejerce de modo muy marcado la facultad que le otorga la LTF para decretar prueba de oficio, pues si no ocupara dicha facultad difícilmente podría lograr convicción pues no hay antecedentes que ayuden en la audiencia de juicio a probar los hechos que se establecieron como hechos a probar. Podría pensarse que en estos casos estamos ante partes que concurren al tribunal sin abogados que las representen, pero esto no es así, pues ambas partes aparecen representadas por sus respectivos abogados, por lo que la falta de diligencia a la hora de otorgar material probatorio no quiere decir que no concurren con abogado. Es más, de todas las causas analizadas no hubo ninguna donde se presentaran partes sin abogados, por lo que la falta de prueba es negligencia de ellos también.

Las pruebas incorporadas por el tribunal fueron las siguientes: un informe social efectuado por asistente social de la corporación de asistencia judicial, la cual debió declarar posteriormente sobre dicha diligencia; informe del director de la escuela donde estudia el niño respecto de sus antecedentes sociales y educacionales y de su rendimiento escolar en los últimos años; traer a la vista causas anteriores entre las partes y una audiencia especial para poder oír al menor. Queda claro, al observar los tipos de prueba decretadas por el tribunal, que son éstas las que van a lograr probar los hechos, pues con tan sólo un certificado de nacimiento otorgado por la parte demandante difícilmente se podrá probar la conveniencia de someter al menor a un cambio en su régimen y si es la madre que lo tiene actualmente bajo su cuidado posee alguna inhabilidad que permita creer que es pertinente otorgarle el cuidado personal al demandante, su padre.

Se observó que en la generalidad de los casos donde las partes aparecen como negligentes en su labor probatoria, las pruebas otorgadas por el tribunal exceden a las presentadas por las partes. Pudiera pensarse que es lógico, pero no es así, pues el tribunal podría conformarse con decretar una o dos diligencias probatorias que fueran suficientes, pero al ver la escasez de información otorgada por las partes se ve en la obligación de decretar numerosas pruebas para poder lograr convicción en el caso. Esta nutrida actividad probatoria por parte del tribunal también se observa en las causas donde dicha actividad oficiosa aparece como complemento, pero ocurre en una o dos causas, contrario a lo que ocurre ante la falta de prueba de las partes, pues el tribunal asume una labor oficiosa bastante más activa, decretando siempre un número mayor de pruebas.

III.3.b. Actividad oficiosa del juez ante partes diligentes en su labor probatoria

En este caso, a diferencia del anterior, estamos ante un juez que ejerce su actividad probatoria cuando las partes se han mostrado diligentes a la hora de aportar material probatorio. Aquí se observan dos opciones distintas por parte del tribunal: dispone escasa prueba pues las partes han cumplido su labor o bien no decreta prueba alguna. Esta última situación ya se trató en párrafos precedentes, por lo que aquí se hará referencia únicamente a los casos donde el tribunal dispone de escasa prueba.

Es el caso de la causa C-52-2007, donde el tribunal decreta escasa prueba ante un panorama de numerosa prueba ofrecida por las partes. Entre las pruebas relevantes ofrecidas por el demandante se encuentra informe socioeconómico e informe psicológico respecto a él, más el testimonio de dos testigos. Por parte de la demandada encontramos informe social y psicológico respecto de ella, constancia de separación entre las partes y de amenazas efectuadas por el demandante a su persona, y también testimonial de dos testigos. Ante el nutrido acervo de prueba otorgado por los intervinientes, el tribunal estima necesario sólo disponer del certificado de nacimiento del menor y traer a la vista otra causa entre las partes referente a relación directa y regular. Aquí se ve claramente como las partes se han preocupado de presentar el material necesario para acreditar los hechos a probar, restándole al tribunal analizar si es necesaria más prueba, ante lo que estima que sólo necesita considerar como se había establecido anteriormente la relación directa y regular y además solicitar el certificado de nacimiento para tenerlo como antecedente.

Esta misma situación se observa en la causa C-1052-2006, donde las partes aportan gran cantidad de prueba, restándole al juez una escasa posibilidad de ejercer su facultad oficiosa, pues las partes se han preocupado de otorgar suficiente prueba para probar los hechos. Entre lo aportado por el demandante se encuentran 2 testigos, certificado de nacimiento de los menores, solicitud de audiencia del juez con los menores el día de la audiencia de juicio, entre otros. La demandada por su parte, otorga el testimonio de dos testigos, certificado médico de los menores que acredita su preocupación por sus hijos, certificado del colegio de los niños. Ante este panorama, el tribunal, tal como en la gran mayoría de las ocasiones, solicita que se traigan a la vista dos causas anteriores existentes entre las partes, única y exclusivamente para corroborar la información dada por las partes respecto a que se fijaron alimentos y que además existe una separación judicial entre ellos. Una vez más vemos como el juez, a pesar de que las partes han sido acusosas y responsables a la hora de aportar material probatorio, decide que igualmente es necesario traer al caso prueba que posteriormente le permitirá lograr plena convicción para luego dictar sentencia.

En estos casos, podríamos decir que se trata de un tema de fiabilidad probatoria, pues pareciera ser que el juez ejerce su facultad oficiosa con el objetivo de comprobar y verificar que la prueba practicada por las partes reúne los requisitos necesarios para poder acreditar un hecho y principalmente para confirmar dicha prueba, pues se presenta duda respecto a la capacidad de dichas pruebas para probar los hechos que deben ser probados. Es decir, mediante el material probatorio aportado de oficio, el juez intenta confirmar si los datos entregados por las pruebas de las partes son certeros o no. Un ejemplo de esto, lo encontramos en la causa C-52-2007 mencionada al comienzo de este acápite, pues el juez determina que es necesario traer a la vista

una causa anterior entre las partes, y lo hace para corroborar el testimonio entregado por los testigos presentados por las partes, los que hacen referencia a que entre ellos se encontraba regulada la relación que cada uno mantendría con los hijos. Queda claro como aquí el tribunal corrobora la información otorgada, y verifica que las pruebas ofrecidas son capaces de acreditar los hechos que deben probarse. Lo mismo ocurre en la causa 1036-2007, donde el tribunal sólo solicita oír a los menores en audiencia especial, pues aquí las partes igualmente se encargan de probar de manera diligente los hechos. Se observa que la intención del tribunal es únicamente escuchar a los niños para corroborar que la información otorgada por las partes mediante la prueba rendida es verdadera, y que por lo tanto, servirá posteriormente para lograr convicción.

III.3.c. Actividad oficiosa del juez como complemento necesario

Aquí estamos frente a una situación que se podría denominar como intermedia entre las dos anteriores, y esto porque no se trata de partes que han sido negligentes en su labor, pero tampoco han sido cuidadosas y meticulosas a la hora de otorgar material probatorio, pues han desarrollado una labor ligeramente incompleta, por lo que el tribunal, haciendo uso de la facultad que le otorga la ley para decretar prueba de oficio, debe complementar la prueba otorgada por las partes para poder posteriormente probar los hechos que se han establecido como hechos a probar.

Este caso es el más encontrado al analizar las causas de cuidado personal. Lo más frecuente es encontrar partes que otorguen un buen número de prueba, y además, es prueba de calidad, pero que a juicio del tribunal no es suficiente y falta completarla con algunas otras que servirán en las etapas posteriores para lograr un panorama mas completo para el juez.

Un caso que pareciera estar encuadrado en el supuesto anterior, es la causa C-14-2007, donde el tribunal no decreta numerosa prueba, pero la diferencia está en que esta vez ya no es porque las partes hayan sido diligentes en su labor, sino precisamente porque las partes no han otorgado prueba suficiente, pero que por eso no deja de ser importante. Aquí la parte demandante otorga como prueba certificados medico del niño, informe de un centro de tránsito y diagnóstico (en adelante CTD) realizado en causa anterior, certificados de estudios del niño, constancias en Carabineros que certifican violencia de la demandada ejercida sobre el menor. La parte demandada no ofrece prueba. Ante este panorama, donde a pesar de que no hay material probatorio por parte de la demandada, el tribunal estima que sólo es necesario, para complementar la prueba ofrecida por el demandado, ordenar traer a la vista dos causas anteriores entre las partes y además solicitar incorporar el certificado de nacimiento del niño. Se observa en la causa como a pesar de no haber numerosa prueba por parte del demandante, éste se encarga de cubrir de buena manera parte importante de los hechos, por lo que el tribunal simplemente complementa trayendo causas anteriores para analizar de modo más completo el panorama entre los intervinientes, de hecho el demandado aporta como prueba un informe del CTD de causa anterior, por lo que esto es complementado trayendo esa causa y otra para analizar de mejor forma quien se queda finalmente con el cuidado personal del menor.

En la causa C-699-2009 igualmente hay actividad probatoria por parte del tribunal a modo de complemento, pero a diferencia del caso anterior, las partes solicitan numerosa prueba, pero el juez estima que de todos modos es conveniente ofrecer algo más de material probatorio. Entre las pruebas más relevantes que otorga la parte demandante, se encuentran certificado de nacimiento

de los tres hijos de la demandante, informe psicológico evacuado por psicóloga, copia libreta de comunicaciones de uno de los menores, informe educacional correspondiente uno de los hijos, informe social de la demandante evacuado por asistente social, el testimonio de cuatro testigos, entre otros. Además solicita que se oficie al colegio al que asisten los menores, con el fin de que éste informe acerca de la asistencia a clases de éstos, de las notas obtenidas en los años anteriores, y para que se remitan los informes de personalidad de los niños, junto con los informes efectuados por la psicopedagoga del establecimiento. El demandado, por su parte, ofrece como pruebas certificado de pagos de mensualidades del colegio, certificados de estudios de los niños de los últimos cinco años, contrato de arrendamientos de la propiedad donde viven los niños junto al demandado, informe social y económico respecto de él, el testimonio de cuatro testigos, también solicita que se oficie a ciertas instituciones, pero son pruebas que en este caso tienen que ver con acreditar la buena situación económica que posee la demandante, pues a ella es a quien demandó reconvencionalmente de alimentos para los menores. Por parte del tribunal, se ofrece la siguiente prueba: evaluación psicológica a ambos menores e informe de habilidades parentales a demandante y demandado, ambos efectuados por el DAM, se dispone se practique evaluación psicológica de ambos padres, en atención a los puntos de prueba respecto del cuidado personal especialmente punto de prueba primero (que se refiere a la existencia de causal calificada que inhabilite a la parte demandada para ejercer el cuidado personal de sus hijos), roles parentales, además se practique una evaluación de personalidad (el informe deberá informar al tribunal el número de sesiones a las que asistieron para arribar a la conclusión profesional). Además de esto, el tribunal dispone audiencia especial para escuchar a los menores contando con la presencia de una consejera técnica y por último que se traigan a la vista dos causas anteriores entre las partes una de ellas referente a medidas de protección y la otra, donde se llegó a avenimiento y se le otorgó el cuidado personal de los menores al demandado.

Es posible observar en otros casos, que hay un aporte de material probatorio bastante similar por parte del tribunal y de demandante y demandado, en cuanto a la calidad y peso de la prueba ofrecida y no tanto en cantidad. Es lo que ocurre en la causa C-910-2005, donde se puede considerar como prueba relevante para probar los hechos, por parte del demandante informe psicológico y psiquiátrico de la hija mayor, más el testimonio de dos testigos; mientras que por parte de la demandada se aporta antecedentes psicológicos del otro hijo, más tres testigos; y el tribunal por su lado, solicita que se traiga a la vista causa anterior de violencia intrafamiliar, y que los menores asistan a la audiencia de juicio. Aquí se advierte como la prueba otorgada por las partes puede aportar a probar los hechos de la misma forma que lo hace la indicada por el juez, lo que no significa que posteriormente vayan a ser valoradas todas por igual, pero sí todas poseen la misma calidad por cuanto todas ellas arrojan antecedentes importantes para que el juez falle posteriormente.

III.4. Tipología de la prueba solicitada por el tribunal

En este punto, el objetivo es analizar qué tipo de prueba es la que decreta más a menudo el tribunal. Es decir, averiguar si es que existe algún patrón en cuanto al aporte del material probatorio por parte del juez.

Luego de una revisión completa a todas las causas que se utilizan para este análisis, se observa como el tribunal utiliza una amplia gama de tipos de prueba. Es así como encontramos que solicita informes psicológicos del o los menores involucrados efectuados tanto por organismos externos, como por las consejeras técnicas que son parte del tribunal, informe de habilidades parentales respecto de quienes tienen actualmente y de quienes reclaman el cuidado personal, así como también informes psicosociales y psicológicos respecto de los mismos (incluyendo test de Rorschach en algunas ocasiones), traer a la vista causas anteriores entre las mismas partes, o de una de ellas pero que dice relación con los hechos que se tendrán que probar, audiencia especial para oír al o los menores involucrados, incluyendo la presencia de una consejera técnica en la mayoría de las ocasiones, llevar a los menores a la audiencia de juicio para que estos sean oídos cuando la situación así lo amerite, en ciertas ocasiones solicitud al hospital para que practique test de drogas y alcohol a alguna de las partes involucradas en el caso (tanto demandante como demandado e inclusive convivientes o cercanos a éstos, que pudieren influir en el cuidado de los menores), informes sociales respecto de demandado o demandada, incluyendo en ocasiones al grupo familiar de éstos, informes del centro educacional donde asista el o los menores respecto de sus antecedentes sociales y educacionales y de su rendimiento escolar, ordena presencia de consejera técnica en la audiencia de juicio para que informe sobre los puntos de prueba. Además de éstas pruebas, en ciertas ocasiones oficia a distintas instituciones para que emitan informes, pero no lo hace por su iniciativa, sino que porque las partes le solicitan que oficie a dichas instituciones, por lo que no se podría hablar específicamente de prueba otorgada por el tribunal. Esto ocurre cuando las partes solicitan que se oficie a una determinada AFP para que emita las cotizaciones de alguna de las partes, solicitan que se oficie a un Centro de salud familiar (en adelante CESFAM) respecto de las atenciones que se le puedan haber estado brindando a alguna de las partes, para que éste informe los avances, oficio a instituciones bancarias para que informes la posesión de cuentas corrientes o créditos hipotecarios respecto de alguna de las partes. En otros casos, la prueba que se vio anteriormente como decretada por iniciativa del juez, es solicitada por las partes y luego ratificada por el tribunal al pedir que se oficie a ciertas instituciones. Esto se observó en algunos casos donde las partes solicitaban informe psicológico de los menores, informe de habilidades parentales respecto de una o ambas partes, informe psicosocial de éstas, que se traigan a la vista causas anteriores.

Por otra parte, se advierte que hay prueba que en ningún caso es decretada por el tribunal, sino que siempre es agregada por las partes, como lo son: prueba de testigos, certificados médicos de los menores, constancias de Carabineros respecto a hechos de violencia, certificados de estudios de los menores, boletas respecto de adquisiciones hechas para los niños en tiendas o supermercados, cartas escritas por alguna de las partes o por los menores con información relevante, copias de contratos de trabajo, liquidaciones de sueldo, declaraciones anuales de renta, informe social elaborado por la asistente social de la corporación de asistencia judicial y certificado de nacimiento del o los menores. En este último caso se observó que en dos causas era solicitado como prueba del tribunal, pero esto ocurrió únicamente porque las partes olvidaron adjuntarlo como prueba documental, pues en todas las demás causas es una de las partes la que lo presenta.

Finalmente, se concluyó que las pruebas más frecuentes decretadas por el tribunal corresponden a: traer a la vista causas anteriores entre las partes, o de una de ellas pero que dice relación con los hechos que se tendrán que probar.

A mi juicio, el hecho de que esta sea una práctica recurrente por parte del tribunal, es bastante beneficioso a la hora de aportar antecedentes importantes a la causa, esto porque se observa que en la generalidad de los casos, cuando está en disputa el cuidado personal de los hijos, suelen haber varias causas previas entre las partes. Es decir, salvo las situaciones donde la única vez que las partes recurren a tribunales es para debatir el cuidado personal, en los demás casos no es la primera vez que las partes recurren a la jurisdicción, sino que hay causas previas entre éstos, ya sea por alimentos, relación directa y regular, violencia intrafamiliar o medidas de protección. Por lo tanto, es necesario que dichas causas sean traídas a la vista, ya que pueden aportar información valiosa a la hora de que el juez intente establecer que es lo que verdaderamente ocurre alrededor del menor cuyo cuidado está en disputa. Otra prueba frecuente es la disposición de audiencia especial con los menores involucrados, generalmente con la presencia de una consejera técnica. Esta última prueba aparece prácticamente como privativa del tribunal, pues en ninguna ocasión fue solicitada por las partes y además como prueba recurrente. En efecto, de treinta y dos causas analizadas, en veinte de ellas el tribunal solicita entrevista especial con el o los menores involucrados. Pero respecto a traer a la vista causas anteriores, no aparece como prueba privativa del tribunal, pues también se observó que era solicitado por las partes en seis de las causas analizadas, éstas son las siguientes: C-284-2006, C-864-2006, C-508-2006, C-1036-2007, C-256-2010, C-207-2006.

III.5. Fuente de la prueba decretada por el juez y relación con los hechos de la causa

Aquí la idea es indagar de modo breve, si al decretar prueba de oficio, el tribunal lo hace en base a los antecedentes que aparecen en la causa, o si más bien lo hace alejándose de ésta. Lo que se quiere decir al hacer referencia a los antecedentes de la causa, es si el juez, al incorporar material probatorio, lo hace basándose en los antecedentes que constan en la demanda, en la contestación de la demanda, en la demanda reconvenicional y aun en la misma audiencia preparatoria o si lo hace tomando en cuenta antecedentes que no han sido ventilados en dichas oportunidades. Un ejemplo de esto se daría si el juez solicita un examen de drogas y alcohol a alguna de las partes o a algún integrante de sus entornos familiares, aun cuando no se ha otorgado ningún dato que diga relación con la posibilidad de que algún cercano a los menores consuma dichas sustancias. Otra situación se daría si el tribunal las veces que solicita que se traiga a la vista otra causa, lo hace sin que se haya expresado por las partes que existen entre ellas causas anteriores sobre otras materias, sino que el juez indaga y encuentra que existen procedimientos anteriores entre las partes, o respecto de una de ellas, y que pudiera influir en la decisión a tomar en el presente caso. Este caso se presenta en una sola causa, C-1694-2006, donde luego de examinar el procedimiento completo en ninguna parte se hace referencia a una causa anterior donde se acusa al padre de la menor de violencia intrafamiliar sobre su hija. Aquí el tribunal solicita que se traigan a la vista tres causas anteriores, dos de las cuales son referidas por las partes dentro de la audiencia preparatoria, pero respecto del caso de violencia intrafamiliar no consta en los antecedentes que se haya hecho referencia a ella.

Ahora bien, al examinar las causas, no se observa por parte del juez una conducta tendiente a alejarse de los antecedentes y datos ya ventilados, sino que lo hace siempre porque las partes han otorgado información que permite que el juez decreta prueba en base a dichas referencias. Es el caso de la solicitud de traer a la vista otras causas, pues contrario al ejemplo que se dio precedentemente, el tribunal las solicita siempre porque en la demanda o en la contestación de la misma las partes han expresado la existencia de éstas (salvo la única excepción que se señala). Esto se observó en las causas: C-14-2007, donde en la demanda, el actor hace presente que la madre del menor, de quien reclama el cuidado personal, tiene otras causas en el mismo tribunal por violencia intrafamiliar. Pero como en la audiencia probatoria el demandante no incorpora como prueba dichas causas, lo hace el juez.

En la causa C-860-2010, el tribunal solicita que se traiga a la vista causa anterior entre las partes sobre cuidado personal porque es el mismo demandante quien señala la existencia de esa causa en la demanda. Asimismo, el tribunal ordena que se certifique la existencia de otras causas entre las partes en materia de violencia intrafamiliar o que digan relación con el niño de autos, basándose en los antecedentes que otorgó la demandada en la contestación de la demanda, donde hace referencia a reiteradas constancias que debió dejar en Carabineros por negársele ver a su hijo, y constancia de haber abandonado junto al menor el hogar donde vivía con el demandante por conducta violenta de este último.

Del mismo modo, en la causa C-796-2008, el juez igualmente solicita que traiga a la vista causa anterior entre las mismas partes, precisamente porque la demandante la señala en la demanda como la causa donde se dejó provisionalmente al menor en manos de la abuela, por lo que ahora ella quiere recuperar el cuidado personal de su hijo tras haber solucionado los impedimentos que en aquel tiempo tenía para hacerse cargo.

Lo mismo ocurre en la causa C-438-2006, donde el juez requiere que se traiga a la vista causa anterior en el juzgado de menores entre las mismas partes, porque quedó de manifiesto en la demanda la existencia de ésta.

Se advierte cómo el juez no suele alejarse de los antecedentes ya entregados por las partes en la causa, sino que esto ocurre excepcionalmente una sola vez en los casos analizados. Por lo que la fuente de la prueba se encuentra en los mismos datos otorgados en la demanda, contestación de esta, demanda reconventional y en la audiencia preparatoria misma de modo oral.

III.6. Valoración de la prueba

La idea central en esta parte del trabajo es analizar qué tratamiento le da el juez a las distintas pruebas presentadas en la causa, más concretamente, determinar si da a la prueba incorporada por las partes un tratamiento distinto del que le da a la decretada por él, y más concretamente aún, comprobar si es que el juez privilegia su prueba por sobre la de las partes a la hora de valorarla y posteriormente de motivar en la sentencia. Para esto no sólo se verá qué valor le da a cada prueba expresamente, sino que se llegará a sacar conclusiones analizando de qué forma motiva su decisión en la sentencia.

Sin duda, el proceso de valoración de la prueba no deja de estar exento de complejidades, más aún, cuando el juez se encuentra ante la situación de tener que valorar tanto prueba entregada

por las partes, como prueba decretada por él mismo. A mi juicio, es aquí donde podremos observar de modo más claro y concreto, si es que se mantiene o no el deber del juez de contar con la debida imparcialidad que le es exigida. Finalmente lo que el juez debe hacer al presentársele posiciones contradictorias, es decidirse por alguna de las propuestas que le son ofrecidas, por lo que debe hacer una especie de selección de las pruebas obtenidas, para establecer cuáles de ellas son eficaces, es decir, realizar el proceso de valoración de la prueba. Así las cosas, “cuando los hechos son relativamente sencillos y se presentan los medios de prueba suficientes sobre cada uno de ellos, y cuando los medios de prueba realmente muestran la verdad o falsedad de los enunciados sobre esos hechos, entonces el proceso es sencillo y tomar la decisión puede ser una operación racional simple”.⁴⁶

Al revisar las sentencias de todas las causas con las que se contaba para el análisis, se advirtió que se daban tres situaciones distintas al momento de valorar la prueba y motivar la sentencia. Primero, se notó que había casos donde el juez utiliza en la misma medida la prueba decretada por él y la otorgada por las partes, pues al motivar su decisión las consideraba por igual; en segundo lugar, hubo casos donde el juez, pese a haber decretado prueba de oficio, a la hora de tomar una decisión sólo consideró el material probatorio entregado por las partes; y en tercer lugar, se encontraron causas donde el tribunal motivó su decisión únicamente en base a la prueba incorporada de oficio, tanto ante partes negligentes al aportar material probatorio, como ante aquellas que fueron diligentes en dicha actuación. Es necesario aclarar que los criterios aun siendo bastante similares con los desarrollados en el primer acápite del presente capítulo, no dan cuenta de la misma situación, pues en aquel caso se hacía referencia al grado de autonomía de la prueba del tribunal en la etapa de otorgar material probatorio en la audiencia preparatoria, aquí, por el contrario, se hace referencia a un momento posterior, el de valoración de la prueba.

La primera de las situaciones graficadas anteriormente se presenta en la causa C-14-2007, donde el juez al ponderar los elementos de prueba rendidos, estima como acreditados cuatro hechos, tres de los cuales están fundados en la prueba decretada por él referente a traer a la vista causas anteriores entre las partes. Sin embargo, posteriormente el tribunal señala que no se ha acreditado la existencia de inhabilidad de la madre para ejercer el cuidado personal del niño, pues si bien hay deficiencias, no son de envergadura como para cambiar el régimen existente, lo que concluye en base al informe de CTD otorgado por el demandado. Por otra parte, estima que el demandante presenta inconvenientes a nivel de personalidad y de su situación socio-económica, que no lo hacen apto para obtener el cuidado personal de su hijo, lo que obtiene basándose en el mismo informe y en la prueba decretada por el tribunal respecto de una anterior causa de violencia intrafamiliar, donde se fijó una medida de prohibición para el demandante respecto de su hijo. Por lo tanto, deniega la demanda y ordena que el menor siga bajo el cuidado de su madre. Aquí se observa como el juez, al momento de tomar la decisión valora por igual la prueba otorgada por él como la otorgada por el demandante, y a su vez, al motivar la decisión que toma, se basa en los antecedentes otorgados por las pruebas tanto suyas, como las de la parte demandante.

Esta misma situación ocurre en la causa C-2357-2006, donde el tribunal sólo decreta como prueba una evaluación psicológica de la menor con el CTD, las partes aportan testimonio de

⁴⁶ Taruffo Michele, “La prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2008, p.15.

dos testigos cada uno, más otros antecedentes como prueba documental. El tribunal concede la demanda y decide que el demandante, padre de la menor, debe mantener el cuidado personal de ésta. Al momento de justificar las conclusiones a las que arriba, señala que se ha tomado en consideración especialmente la prueba documental otorgada por el demandante y a su vez, los resultados de la evaluación psicológica y lo concluido por las profesionales del CTD que evaluaron a la menor cuyo cuidado personal se disputa, los que sugieren que la niña permanezca bajo el cuidado del padre, dado que éste presenta la capacidad de ejercer su paternidad con un buen trato hacia la menor y además por el arraigo que ha desarrollado la niña al permanecer con su familia paterna. Una vez más se observa cómo el juez motiva la sentencia señalando que ha tomado en consideración de igual forma la prueba otorgada por las partes, como la otorgada por él, sin darle mayor énfasis a alguna de ellas. En esta causa quizá aparece como prueba más contundente, de modo previo, la evaluación psicológica de la menor, pues arroja luces acerca de la conveniencia de quedar bajo el cuidado del padre o bien de la madre. Pero finalmente queda de manifiesto como la prueba que aporta el demandante es igualmente útil para que el tribunal tome una decisión.

Contrario a los casos anteriores, en la causa C-52-2007, al momento de motivar la decisión adoptada por el juez, éste lo hace sólo en base a la prueba traída por las partes, pues rechaza la demanda interpuesta, y señala que no existen inhabilidades por ninguna de las partes para asumir el cuidado personal del menor, lo que concluye a raíz de los informes psicológicos aportados por las partes. Continúa afirmando que la madre no sólo no posee inhabilidad para ejercer el cuidado personal, sino que por lo demás, posee numerosas cualidades para conservar su derecho, lo que señala que se extrae del informe psicológico presentado por la demandada. Por otra parte, el juez expone que no se aportaron otros antecedentes que pudieran justificar el cambio de régimen de vida del menor, en consecuencia, con la prueba rendida por las partes y por el tribunal, no se pudieron establecer causales de inhabilidad respecto de la madre para ejercer el cuidado personal del niño, ni tampoco motivos para hacer un cambio de régimen. Como ya se dijo anteriormente, el juez le da mayor valor en este caso a la prueba otorgada por las partes, pues pese a que él también aportó material probatorio en función de su facultad oficiosa, no lo utiliza en el momento en que valora la prueba y en el que motiva la sentencia.

La situación anterior se repite en la causa C-1036-2007, pero con una variante, pues en este caso no se toma en cuenta exclusivamente la prueba de las partes, pues el tribunal igualmente considera la prueba decretada de oficio por él, pero de todos modos, es la prueba otorgada por las partes la que es tomada en cuenta en un porcentaje considerablemente mayor. Así es como el tribunal rechaza la demanda interpuesta por el padre de los menores, por lo tanto, los menores seguirán bajo el cuidado personal de su madre. Se basa para tomar esta decisión: en primer lugar, en un testigo presentado por el demandante, el que señala que la madre era descuidada en el aseo y presentación de los niños, así como también respecto de su alimentación. Al respecto el tribunal estima que su declaración se refiere exclusivamente a aspectos domésticos y a pesar de ser reprochables, en ningún caso miran a la materia que está en juego: el interés superior del niño, ya que a su juicio pueden ser mejorados con la supervisión adecuada por parte del mismo tribunal. Así mismo, el juez toma en consideración el testimonio efectuado por los testigos de la demandada, todos ellos contestes en que ésta no se encuentra inhabilitada para ejercer el cuidado

personal de sus hijos. Luego el tribunal continúa argumentando respecto al informe pericial acompañado por el demandante y señala que se desarrolla desde la perspectiva del padre y los recursos que este posee para relacionarse con sus hijos y no examina la situación de la madre, y por otro lado, las conclusiones a las que arriba no manifiestan una situación que vulnera el bien superior de los niños. A continuación, se basa en el informe del médico de la demandada que es categórico en concluir que la enfermedad que la madre padece no le impide ejercer el cuidado de sus hijos, de lo que debe seguirse que tampoco en éste exista algún antecedente que permita presumir o conocer que este afectado el bien superior de los niños. Y por último, el tribunal toma en consideración de modo muy breve, la prueba otorgada por él respecto a la audiencia especial que solicito con los menores, los cuales en dicha oportunidad expresaron su voluntad de continuar viviendo con su madre.

Conforme a la tercera situación que se observó, en la causa C-256-2010, el tribunal, a pesar de que la parte aporta bastante material probatorio, incluidos testigos, al valorar la prueba y motivar la sentencia lo hace sólo en base a una sola prueba, la decretada por él, consistente en un informe psicológico respecto del menor y otro de habilidades parentales de demandante y demandado, ambos evacuados por el DAM. En efecto, el juez acoge la demanda y le otorga el cuidado personal del menor al demandante, su padre. Afirma que motiva su decisión teniendo especial consideración respecto de los informes de habilidades parentales y psicológicos evacuados por el DAM respecto de los padres y el propio menor, pues de ellos se extrae que es pertinente en este caso entregar el cuidado del menor al otro de los padres, que aquí resulta ser el demandante, padre del menor.

Esto mismo ocurre en la causa C-2370-2006, donde el juez nuevamente valora exclusivamente en base a su prueba. La diferencia que existe con el caso precedente es que aquí estamos ante partes que fueron negligentes en su labor probatoria, pues no hay prueba por parte de la demandada, y escasa por parte de la demandante, correspondientes a certificado de nacimiento, certificado de alumna regular, carné de salud, todos ellos de la menor. Por su parte, el tribunal solicita únicamente un informe de una consejera técnica al tenor de los puntos de prueba, el que concluye que efectivamente la menor vive con la demandante, que es su abuela paterna y que se aprecia que todo el grupo familiar acoge con cariño a la niña y se encuentran involucrados en su crianza. En la sentencia, se advierte fácilmente cómo el único medio de prueba utilizado para motivar la decisión, es el informe efectuado por la consejera técnica, pues el tribunal sólo esgrime como argumento para acoger la demanda y continuar con el régimen existente, que se ha acreditado que la niña desde hace algunos meses se encuentra al cuidado de su abuela paterna quien le ha brindado todos los cuidados necesarios para su desarrollo, la que encuentra en un ambiente protegido y acogedor.

En la causa C-284-2006, se mantiene la misma conducta que las anteriores, pero con una diferencia, pues el tribunal no sólo decide basado exclusivamente en su prueba, sino que al motivar su decisión descarta los testimonios de dos de los testigos (hijos mayores de las partes), y lo hace en atención a los informes psicológicos solicitados por él. En efecto, el juez acoge la demanda interpuesta por la madre, y señala que para acreditar los hechos se han tenido en cuenta los siguientes medios probatorios: la conveniencia de someter a la niña a un cambio en su régimen de vida, se sustenta en los informes especializados que se incorporaron en la audiencia

agregados, y en especial el peritaje psicológico realizado a la niña por la psicóloga, quien declaró que la demandante posee mayores recursos psicológicos para favorecer la autonomía de la menor sin que esto signifique descontrol, y que sus condiciones personales permitirían un mejor desarrollo integral de la niña, reconociendo que esta quiere a sus padres y que el demandado le ha entregado un contexto familiar estable, con vínculos significativos para su desarrollo, pero las características de rigidez, control, y baja capacidad empática del demandado puede implicar un obstáculo para el desarrollo de la menor. Las conclusiones de esta profesional en cuanto a las características personales del padre concuerdan con lo concluido por la psicóloga y psiquiatra que evaluaron al demandado. Continúa afirmando que respecto de la declaración de los testigos, lo expuesto por ellos ratifica que el demandado es una figura importante en la vida de la niña y por el cual sin lugar a dudas, siente un gran afecto. No se considerará la declaración de los hijos (los mayores) de las partes en cuanto se refieren a conductas de la madre y de su pareja, que en su opinión podrían constituir un riesgo para la niña, en atención a que los informes psicológicos y sociales elaborados por los profesionales de la Oficina de Protección de los Derechos de los niños (en adelante OPD) y el CTD acreditan que la demandante junto a su pareja reúnen las condiciones de vivienda, económicas, afectivas y vinculares necesarias para un normal desarrollo de la menor, teniendo presente que los informes psicológicos contemplaron la aplicación del test de Rorschach, lo que según el juez los hace aún más completos y asertivos. Queda de manifiesto como el tribunal no considera al momento de valorar la prueba, el material probatorio incorporado por las partes, sino que sólo valora la prueba que él solicitó, y además motiva la sentencia sólo en base a esta, e inclusive desechando testimonios en razón de los antecedentes arrojados por los informes realizados por ciertas instituciones.

III.7. Imparcialidad

En congruencia con todo lo expresado, es necesario analizar que ocurre con la imparcialidad con la que debe contar el juez ante la actividad probatoria ejercida por éste en las causas de cuidado personal.

Como primer alcance, en los casos donde el juez ejerce su actividad oficiosa ante la insuficiencia o ausencia de prueba de las partes, podría pensarse, tal como señalan las doctrinas contrarias a las facultades probatorias del juez, que éste desciende de su posición de tercero para asumir la labor de las partes, perdiendo su imparcialidad. Esto no es así, pues contrario a lo que pudiere pensarse, el juez no asume la labor de las partes favoreciendo a una de ellas al tomar su lugar, sino que simplemente hace uso de la facultad que le entrega la ley para decretar prueba de oficio, facultad que en estos casos aparece como sumamente necesaria dadas las circunstancias de escasez de prueba para lograr convicción.

Lo anterior puede ser predicado igualmente en el caso en que el juez decreta prueba de oficio aun cuando las partes han sido diligentes. Es más, en estos casos, con mayor razón, no podría hablarse de pérdida de imparcialidad, toda vez que ambas partes han sido diligentes a la hora de probar los hechos, por lo que difícilmente podría el juez intentar beneficiar con su prueba a alguna de ellas, ya que se han preocupado de probar de manera eficiente los hechos, no pudiendo el juez distorsionar la realidad presentada por las partes para beneficiar a uno u otro. En efecto, al analizar lo resuelto por el juez en estos casos, su decisión es tomada sopesando

generalmente del mismo modo toda la prueba existente, sin decantar por alguna de las partes basándose sólo en la prueba decretada de oficio.

Nuevamente podemos replicar la idea de que no existe pérdida de imparcialidad en los casos en que el juez ejerce actividad probatoria como complemento, siendo necesario agregar que en estos casos el juez utiliza su facultad para tener mayor seguridad sobre la veracidad o falsedad de los enunciados fácticos a la hora de tomar una decisión, dado el interés general involucrado en las causas de cuidado personal. En ningún caso se observa que debido a su actividad oficiosa, la decisión adoptada aparezca como injusta por considerar para decidir, prueba que sólo beneficie a una de las partes.

Por otra parte, en cuanto a la fuente de la prueba aportada por el juez, tal como se dijo anteriormente, no se observa que el juez se incline a alejarse de los antecedentes ya ventilados en la causa, sino que decreta prueba basado en la información que ya han dado las partes. Esto reafirma la tesis de que el juez no pierde su imparcialidad, puesto que no aporta prueba a su arbitrio sin tener en cuenta lo que ya ha salido a la luz en la causa, sino que siempre lo hace en base al camino que ha sido trazado por las partes, es decir, siempre basado en los antecedentes existentes, por lo que queda de manifiesto que no intenta favorecer a alguna de las partes, sino que su objetivo principal es probar de modo adecuado los hechos, y tomar posteriormente una decisión de modo justo. Es necesario recordar que en un solo caso el juez se apartaba ligeramente de los antecedentes y solicitaba traer a la vista una causa anterior entre las partes sobre violencia intrafamiliar. Pero a mi juicio no puede tildarse al juez de imparcial por esta situación en particular, pues analizando la causa en su globalidad, el hecho de traer a la vista dicha causa aparece como imperativo, pues la información aportada por esta es muy importante a la hora de decidir a quién se le otorgará el cuidado personal. Por lo tanto, en este caso no estamos ante pérdida de la imparcialidad, toda vez que el apartarse de los antecedentes sólo es en beneficio de velar de modo correcto por el interés superior del menor, pues el tema de la violencia intrafamiliar es bastante delicado como para dejarlo pasar y no traerlo a la causa que se está analizando.

Finalmente, el aspecto más importante para observar si se pierde o no la imparcialidad, es la valoración de la prueba. No habría cuestionamiento acerca de la imparcialidad en los casos donde el juez valora por igual todas las pruebas, ya sean otorgadas por él o por las partes. Del mismo modo, no se pensaría que hay pérdida de imparcialidad cuando valora y motiva privilegiando la prueba aportada por las partes. Pero sí podría pensarse que hay pérdida de imparcialidad al valorar de distinto modo la prueba aportada por el juez, respecto de la aportada por las partes, esto es, en los casos en que el juez privilegia su prueba por sobre la aportada por éstas. Esto se ve con claridad en la causa C-284-2006, donde el juez acoge la demanda interpuesta por la madre de los menores basado exclusivamente en su prueba, en efecto, al motivar su decisión descarta los testimonios de dos de los testigos (hijos mayores de las partes), y lo hace en atención a los informes psicológicos solicitados por él como prueba de oficio. Aquí podría sostenerse que hay una clara pérdida de imparcialidad por parte del juez, pues no sólo decide únicamente en base a la prueba decretada de oficio, sino que además no toma en consideración la prueba otorgada por las partes. Pero a mi juicio no hay pérdida de imparcialidad, sino que dadas las circunstancias del caso, y producto de la información otorgada durante todo el

caso, aparece como lógico que el juez le otorgue tanta importancia al informe que solicitó, pues es más concluyente y de mayor envergadura la opinión de profesionales que el testimonio de los hijos mayores, el que puede estar sesgado por las circunstancias que les ha tocado vivir, y precisamente por ser partes directamente involucradas en el problema existente entre sus padres. En este caso no se trata del testimonio de hijos que hayan sido víctimas en el caso, sino que ellos han vivido una vida normal, pero han ido tomando partido por alguno de sus padres durante el conflicto, lo que queda de manifiesto en sus testimonios, donde hablan mal de su madre. En este caso el testimonio de dichos hijos mayores aparece como sumamente parcial, pues no se trata de niños pequeños que suelen describir la situación bastante apegados a la realidad, pero estos testigos, al tener más edad y estar involucrados en el conflicto me parece que no son del todo verdaderos en sus palabras o aun cuando lo sean, su juicio aparece nublado por la cercanía con su padre. Es por esto que el tribunal le da tanta importancia al momento de tomar su decisión al informe que aporta de oficio.

III.8. Consideraciones finales

A modo de resumen, podemos decir que la facultad que la ley le entrega al juez para que aporte material probatorio cuando lo estime necesario, es utilizada de modo frecuente por éste. Se ve como no se trata de una potestad que esté consagrada para pasar desapercibida, sino que ocurre todo lo contrario, pues se puede decir que en la generalidad de los casos, los jueces explotan de modo adecuado la posibilidad que extraordinariamente les otorga la ley para entregar material probatorio a la par con las partes.

A su vez, se observa cómo a pesar de que los jueces poseen esta amplia facultad, no hacen un uso arbitrario de ella. Esto se ve claramente al relacionar dicha facultad con la imparcialidad, pues en ningún caso, los jueces pierden este requisito esencial por hacer uso de la potestad que se les entrega, sino que lo hacen siempre respetando ciertos parámetros y teniendo como fuente los antecedentes entregados por las partes.

Hay un uso de variados tipos de prueba por partes de los tribunales, aunque a mi juicio podría ser aun más diverso, pero aparece como suficiente ante la diligencia con que las partes asumen su rol probatorio. Tal como se dijo precedentemente, a pesar de haber diversificación en la tipología de prueba empleada, la más recurrente y prácticamente infaltable es la prueba de traer a la vista causas anteriores entre las partes, a la que le sigue la solicitud de audiencia especial con los menores involucrados.

Por otra parte, se vio que el ejercicio de la potestad probatoria de oficio, se presenta de diversas maneras, ya sea como complemento, ante la ausencia de prueba por las partes o ante la diligencia de éstas en su labor probatoria. En todos estos casos, a pesar de ser diferentes, el ejercicio de la potestad probatoria del juez aparecía como necesario, pues el hecho de que en las causas de cuidado personal se encuentren involucrados intereses generales e intereses de los menores, hace que deba intentarse probar los hechos por todos los medios posibles para no dar lugar a errores a la hora de tomar una decisión.

Finalmente, se puede decir que la facultad consagrada en la LTF, es muy bien utilizada por los jueces, no dando lugar a críticas respecto del actuar de éstos a la hora de aportar material probatorio. Contrario a lo que pudiere pensarse, es una facultad muy utilizada, y de un modo

adecuado, respetando siempre los derechos de las partes y no inclinándose por ninguna de éstas de modo previo. Existiendo también una valoración muy igualitaria tanto de las pruebas otorgadas por las partes, como de las aportadas por el juez. Por lo tanto, si se trata de hacer una evaluación de cómo funciona en la práctica dicha facultad, se puede decir que se observa como algo positivo, que logra que el juez efectivamente logre convicción en el caso y que bajo ningún supuesto el juez sacrifica su imparcialidad por aportar material probatorio, sino que dicha actividad le permite resguardar los importantes intereses involucrados en causas tan delicadas como lo son las de cuidado personal.

CONCLUSIONES

A Lo largo de la presente investigación, se han analizado las facultades probatorias oficiosas entregadas al juez y las críticas de las que han sido objeto. Este análisis nos permitió llegar al objetivo central, que consistió en examinar y comprender el uso que hacen los jueces de familia de dichas facultades, específicamente en las causas de cuidado personal.

Por lo tanto, y en virtud de los antecedentes recogidos y del análisis jurisprudencial efectuado, se puede concluir lo siguiente:

1. El estado está legitimado para involucrarse en el conflicto de familia, toda vez que debe certificar la adecuada protección del interés general involucrado en dichos conflictos. Intervención que se gradúa dependiendo cuan involucrado se encuentre el interés general.
2. La posibilidad de otorgar facultades probatorias de oficio al juez es un tema debatido, existiendo detractores y defensores de esta posibilidad.
3. Quienes rechazan la posibilidad de otorgar facultades probatorias de oficio confunden imparcialidad con neutralidad, haciendo sinónimos términos que no lo son.
4. La finalidad de la potestad jurisdiccional no se agota en la simple resolución de conflictos.
5. Las facultades probatorias aparecen como necesarias para que el juez logre su convicción acerca de los hechos, lo que no significa en ningún caso que el juez esté asumiendo la labor que le corresponde a las partes, o que esté buscando favorecer a alguna de ellas.
6. La actividad probatoria del juez debe contar con límites.
7. Los jueces hacen uso en casi todas las causas de la facultad para decretar prueba de oficio. Únicamente no se utilizó dicha potestad en 4 de las 32 causas utilizadas.
8. El juez otorga prueba tanto en conjunto con las partes, ya sea como complemento o ante la diligencia de éstas en la actividad probatoria, como en ausencia de actividad probatoria de las partes.
9. En las causas donde las partes son negligentes en su labor probatoria las pruebas aportadas por el tribunal superan en número a las entregadas por las partes.
10. En las causas donde el juez aporta prueba ante partes diligentes, estamos ante un tema de fiabilidad probatoria, donde el juez corrobora y confirma la prueba otorgada por las partes.
11. El traer otras causas a la vista aparece como la prueba más utilizada por el juez, junto con solicitar audiencia especial con el o los menores involucrados, la que inclusive aparece como privativa del tribunal.
12. La fuente de la prueba aportada por el tribunal es hallada en los antecedentes ya entregados por las partes a lo largo del procedimiento.
13. El juez no valora en todos los casos del mismo modo la prueba otorgada por él y la aportada por las partes, pues en ciertos casos da mayor importancia a la primera, en otros a la segunda y en otras ocasiones valora por igual ambas pruebas.
14. El juez no pierde su imparcialidad al aportar prueba de oficio en ninguna de las formas en que ejerce esta facultad, ya sea en conjunto con las partes o sin actividad probatoria de ellas.

15. El juez no pierde su imparcialidad al valorar la prueba, independiente de cual de ellas privilegie en dicha valoración.
16. El juez no pierde imparcialidad al aportar prueba de oficio aun cuando descarte prueba presentada por las partes.

BIBLIOGRAFÍA

Textos legales

1. Constitución Política de la República de Chile.
2. Ley de Tribunales de Familia.

Textos doctrinales

1. ACCATINO SCAGLIOTTI, DANIELA: “Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?” en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XV, diciembre, 2003, pp. 9 a 35.
2. ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento” en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp.217 a 247.
3. _____ “La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil” en *Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil*, Editorial jurídica de Chile, 2007, pp.283 a 292.
4. BALBONTÍN RETAMALES, ALBERTO: “Las atribuciones del juez en el proceso civil” en *Gaceta Jurídica* N°150, año 1992, pp.7 a 13.
5. BARBOSA MOREIRA, JUAN CARLOS: “El neoprivatismo en el proceso civil” en *Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil*”, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp.199 a 215.
6. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: “El debido proceso civil” en *La constitucionalización del derecho Chileno*, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp.251 a 295.
7. _____ “Los poderes del juez civil” en *Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil*”, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 1 a 22.
8. _____ “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33-2, 2009.
9. CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS: “La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil”, editorial Trivium, Madrid, 1992.
10. CALAMANDREI, PIERO: “El carácter dialéctico del proceso” en *Proceso y Democracia*, Ara Editores, Lima, 2006, pp.128 a 149.

11. _____ “Justicia y Política: Sentencia y Sentimiento” en *Proceso y Democracia*, Ara Editores, Lima, 2006, pp.51 y 71.
12. CAPPELLETTI, MAURO: *El proceso civil en el derecho comparado*, Ara Editores, 2006.
13. CARNELUTTI, FRANCESCO: *La prueba civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.
14. CIPRIANI, FRANCO: “El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes”, en *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
15. CORRAL TALCIANI, HERNÁN: “Claves para entender el derecho de familia contemporáneo”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, N° 1, 2002.
16. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, Zavalia Editores, sexta edición, 1988.
17. _____ “Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil” en *Estudios de Derecho Procesal*, Zavalia Editores, Buenos Aires, 1985, pp.203 a 213.
18. DÍAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO: *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del juez*, Editorial Comares, Granada, 1996.
19. FERRER BELTRÁN, JORDI: *La valoración racional de la prueba*, Editorial Marcial Pons, 2007.
20. GALÁN GONZÁLEZ, CANDELA: “Apuntes sobre el derecho al juez imparcial” en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N°10, 2004, p. 198
21. GUASP DELGADO, JAIME: *Juez y hechos en el Proceso Civil*, Bosch, Barcelona, 1943.
22. HUNTER AMPUERO, IVÁN: “Las potestades probatorias del juez de familia”, Editorial Legal Publishing, Chile, 2007.
23. JIMÉNEZ ASECIO, RAFAEL: *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.
24. MENESES PACHECO, CLAUDIO: *La iniciativa probatoria del juez civil*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2001.
25. MONTELEONE GIROLAMO: “El actual debate sobre las „orientaciones publicísticas“ del proceso civil” en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp.173 a 197.

26. _____ “ Principios e ideologías del proceso civil. Impresiones de un „revisorista“ ” en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp.97 a 107.
27. MONTERO AROCA, JUAN: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
28. _____ *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
29. _____ “El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria”, en *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp.129 a 165.
30. _____ *El derecho procesal en el siglo XX*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
31. ORTELLS RAMOS, MANUEL: “Me inclino por el juez activo en la dirección del proceso” en *Hacia una nueva justicia civil, Boletín jurídico del Ministerio de Justicia N°7*, año 4, 2005, pp.41 a 51.
32. PALOMO VÉLEZ, DIEGO: “Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?” en *Revista de Derecho de Universidad Austral de Chile*, Vol. XVIII, N°1, Julio, 2005, pp.171 a 197.
33. PICÓ I JUNOY, JOAN: *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Bosch Editor, Barcelona, 1996.
34. _____ *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Bosch Editor, Barcelona, 1998.
35. SALAS VIVALDI, JULIO: “La pasividad del juez en el proceso civil ¿mito o realidad? En *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica LexisNexis, 2006, pp.143 a 163.
36. SIMONS PINO, ADRIÁN: “Poderes jurisdiccionales: el dilema entre el juez activo y el juez autoritario” en *Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil*”, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp.205 a 226.
38. TARUFFO, MICHELE: “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XV, diciembre 2003.
39. _____ *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

40. _____ “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en *Revista Ius et Praxis*, año 12, N°2, pp.95 a 206.
41. _____ *Páginas sobre Justicia Civil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009.
42. _____ “La prueba”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 182.
43. VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS: “Los principios del proceso civil” en *Revista Justicia* N°93, III-IV, 1993, pp.599 a 643.
44. VERDE, GIOVANNI: “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo” en *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 67 a 80.

Referencia electrónica

1. AGUILÓ REGLA, JOSEP: *Imparcialidad y concepciones del derecho*, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3192069>
2. CIPRIANI, FRANCO: “En el centenario del reglamento de Klein” en *El proceso civil entre libertad y autoridad*, Italia, 1995, disponible en: www.derecho-azul.org.ar/congresoprocesal/cipriani.htm
3. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: “Compendio de la prueba judicial”, Tomo I, disponible en: <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/05/00918-compendio-de-la-prueba-judicial-tomo-i-hernando-devis-echandia.html>
4. DONAIRE SÁNCHEZ, PEDRO: *Los límites a los medios probatorios de oficio en el proceso civil*, disponible en: <http://www.derechocambiosocial.com/revista009/pruebas%20de%20oficio.htm>
5. FASCHING, HANS WALTER: *Liberalización y socialización del proceso civil*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/13/art/art2.pdf>
6. GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL: *La fundamentación de las sentencias y la sana crítica*, disponible en: <http://www.slideshare.net/ARISO/la-fundamentacion-de-las-sentencias-y-la-sana-critica>
5. HUNTER AMPUERO, IVÁN: “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia” en *Revista de Derecho Universidad Austral*, Vol. XX, N° 1, Julio 2007, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n1/art09.pdf>

6. RAMÍREZ CARVAJAL, DIANA: *Facultades probatorias del juez en el Estado Social de Derecho*, disponible en: <http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/Ponencia%20Carvajal.pdf>
7. SARTORI, JOSÉ ANTONIO: *Valoración de la prueba y el mundo jurídico*, disponible en: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Valoracion-De-La-Prueba-Y-El/1549892.html>
8. SOSA, MARÍA MERCEDES: *El rol del en el proceso de familia*, disponible en <http://www.juscorrientes.gov.ar/informacion/publicaciones/docs/roljuezprocesoflia.pdf>
9. VALDÉS HUECHE, REMBERTO: *El proceso. La imparcialidad. Sistema inquisitivo y acusatorio. La concepción unitaria del proceso. La Constitución Política y los tratados de Derechos Humanos*, disponible en: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/05b4b1004fbf763cba25bb46ce4e7365/8.pdf?MOD=AJPERES>