

DERECHO PROCESAL CIVIL

Claudio Fuentes Maureira

Profesor de Derecho Procesal y Litigación

DERECHO PROBATORIO DE FAMILIA

En las páginas que vienen se comentará un fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, referido a problemas de Derecho Procesal en una causa contenciosa de alimentos menores ventilada ante el juzgado de familia de dicha ciudad. En particular, se presentan problemas asociados a la aplicación de la regla contemplada en el artículo 63 bis de la ley tribunales de familia, intitulada Prueba no solicitada oportunamente, norma cuyo solo título denota su carácter probatorio.

La relevancia de la norma que motiva estos comentarios no es menor. Como es sabido, el procedimiento contemplado en la ley N° 19.968 divide con bastante claridad la discusión probatoria, al establecer que será en la audiencia preparatoria donde se discutirá acerca de la admisibilidad de la prueba y la audiencia de juicio donde se valorará. En otros términos, esto significa que sólo se podrá presentar en la audiencia de juicio aquella prueba que pasa el filtro de la audiencia preparatoria. En el presente fallo resulta

problemática la aplicación del artículo 63 bis, que contempla dos excepciones a esta regla general, las hipótesis de prueba nueva (o prueba de nueva noticia) y de prueba sobre prueba.

Adicionalmente se trata de un fallo de gran interés, pues permite observar problemas probatorios que sólo pueden darse en el contexto de los sistemas reformados, al tratarse de complejidades en la aplicación de una norma que fue incorporada con los procesos de reformas penal, laboral y familia, que no tiene símil en nuestro actual *Código de Procedimiento Civil* y que, más importante aún, ha sido recogida en el actual proyecto de reforma procesal civil en los artículos 289 y 290. En este sentido, una jurisprudencia clara a su respecto podrá ilustrar a los futuros litigantes y jueces de la reforma procesal civil en torno a su aplicación.

1. EL USO DEL ARTÍCULO 63 BIS Y SUS IMPLICANCIAS EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1.1. Hechos relevantes y recorrido procesal

En la causa RIT C-772-2011 fue labor del Juzgado de Familia de Coyhai-

que la adecuada resolución de una demanda de reducción de alimentos menores. En dicha causa, caratulada Carrillo con Ureñas, el Sr. J.A.C.V. demandó la disminución de los alimentos menores que pagaba en beneficio de su hija J.A.C.U., ya que su situación económica habría cambiado radicalmente, mientras que la de la madre habría mejorado, lo que se traduciría en que no contribuían en adecuada proporción a los gastos de su hija. A esto se agregaba que en otra causa había sido condenado a pagar una nueva pensión de alimentos, concluyendo que desde el año 2006, fecha en que se fijó la pensión original, las circunstancias habían cambiado.

En la audiencia preparatoria el juez de familia estableció como hecho controvertido, sustancial y pertinente que:

“la efectividad que las circunstancias que se tuvieron a la vista al momento de fijar alimentos vigentes al día de hoy, en causa RIT C-653-2006, en el mismo tribunal, han variado”¹.

Resulta pertinente indicar que en la audiencia de juicio se presentó un incidente en virtud del artículo 63 bis, respecto de la segunda excepción contemplada en este referida a “prueba sobre prueba”, presentándose evidencia destinada a discutir la veracidad del informe social rea-

¹ CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, sentencia de 18 de junio de 2012, rol N° 32-2012, considerando quinto, párrafo 2.

lizado por el DAM Coyhaique, en particular respecto de la efectividad de que la alimentaria estaba matriculada en un colegio que requería el pago de colegiatura.

Al pronunciar su sentencia el juez de familia accedió parcialmente a la demanda, en el entendido de que aceptó rebajar el monto de la pensión de alimentos, mas no en la cantidad de dinero solicitada por el actor, condenándolo a pagar la suma de 1,5 ingresos mínimos con incrementos, equivalente a \$273.000, la que se elevaría a 1,66 ingresos mínimos cuando recibiese bonos trimestrales.

Ante esta resolución el actor presentó recurso de apelación el cual fundamentó en dos argumentos. Primero, en el hecho de que la misma demandada habría reconocido en el juicio que todas las necesidades de la menor eran cubiertas por la totalidad de la pensión que él pagaba, lo que no sería correcto en función de que ambos padres deben colaborar en la manutención y, segundo, que el juez de familia en su fallo dio por cierto que el colegio en que su hija asiste supone un pago mensual de \$75.000, omitiendo el hecho probado con la “prueba sobre prueba” que consiste en que su hija se encuentra matriculada en un colegio gratuito y que nada paga a este respecto².

Por último, la Corte de Apelaciones de Coyhaique confirma parcialmente el fallo pronunciado por el tribunal de familia, pues rebaja

² CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE (n. 1), considerando primero, párrafo 1.

el monto de alimentos a la suma de 111% de ingreso mínimo mensual con incrementos.

Por lo anterior resulta relevante analizar tanto el razonamiento llevado a cabo por el juzgado de familia como por la Corte de Apelaciones de Coyhaique.

1.2. Admisibilidad y valoración de la prueba sobre prueba en el razonamiento del juez de familia y de la Corte de Apelaciones de Coyhaique

Como se indicó, en el transcurso de la audiencia de juicio la parte demandante presentó un incidente en que solicitó al juez hacer uso del inciso segundo del artículo 63 bis que indica:

“Prueba no solicitada oportunamente. (...) Si con ocasión de la rendición de una prueba surge una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el juez podrán autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hayan sido ofrecidas oportunamente y siempre que no haya sido posible prever su necesidad”³.

³ Se comparte la opinión de René Núñez, que cuestiona la técnica legislativa utilizada al momento de incorporar el artículo 63 bis, al mantenerse el artículo 62, el cual en su último párrafo hace una explícita remisión al artículo 336 del *CPP*. Este último regula

El juez de familia permitió la incorporación, a propósito del informe social del DAM Coyhaique, de prueba no ofrecida en la audiencia preparatoria, consistente en un certificado de alumno regular de fecha 28 de marzo de 2012, el cual consignaba que la hija en común es alumna de un establecimiento distinto al que el informe social indica y que se trata de un colegio particular subvencionado gratuito⁴. Con todo, no valoró la prueba sobre prueba e indicó:

“en razón de tratarse de un instrumento que no guarda relación con las proposiciones fácticas en que descansa la demanda de autos y por consiguiente, de valorarse, importaría que por esta vía se introdujeran nuevos hechos que no formaban parte del libelo pretensor, encontrándose precluida la oportunidad para hacerlo, desde que se traba la litis”⁵.

El razonamiento del magistrado presenta varias interrogantes que es pertinente resolver a la hora de aplicar correctamente esta regla, para lo cual, primero que todo, me haré cargo de diferenciar con claridad qué regula cada hipótesis del artículo 63 bis.

las mismas hipótesis del 63 bis. NÚÑEZ ÁVILA, René y Mauricio CORTÉS ROSSO, *Derecho procesal de Familia*, Santiago, Thompson Reuters, 2012, p. 243.

⁴ CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE (n. 1), considerando séptimo, párrafo 1.

⁵ *Ibid.*

En la primera hipótesis llamada de prueba nueva o de nueva noticia, ésta se coloca en el supuesto de que las partes encontraron, antes de la audiencia de juicio, pero ya transcurrida la audiencia preparatoria, medios probatorios que no existían o que no sabían de su existencia y, que por tanto, no fueron oportunamente ofrecidos⁶. *Contrario sensu*, si dichos medios hubiesen estado disponibles en la audiencia preparatoria deberían haber sido oportunamente ofrecidos, toda vez que se trata de prueba que busca acreditar el fondo del asunto⁷, sólo que no fue descubierta en el momento adecuado. El legislador, al permitir la presentación en la audiencia de juicio de estos medios, establece una clara excepción a la regla general y para ello exige que se cumplan con dos requisitos; el primero es que no se sabía de su existencia, siendo carga de la parte argumentar cómo era posible que desconociesen dicha prueba y, se-

gundo, que resultan esenciales para resolver la controversia.

La segunda hipótesis regula otra circunstancia, que tiene relación con medios que a lo mejor se encontraban disponibles en la misma audiencia preparatoria, pero que no era posible prever que se necesitarían, ya que su objetivo, y esto es importante, no está en acreditar el fondo del asunto, sino que en esclarecer o dar luces acerca de otros medios de prueba presentados, respecto de los cuales se duda acerca de su veracidad, integridad o autenticidad. Éste es el caso de la prueba sobre prueba.

La adecuada distinción entre ambas hipótesis no es menor, por cuanto al momento de resolver el incidente de prueba no ofrecida oportunamente, el juez de familia debe determinar si la prueba es admisible, examen que variará si se trata de la hipótesis del inciso primero o del inciso segundo del artículo 63 bis.

En el caso del primer inciso del 63 bis, el sentenciador, además de verificar que el medio de prueba se desconocía y que se trata de un medio de prueba muy relevante, debe igualmente someterlo al examen de admisibilidad contemplado en el artículo 28 de la ley N° 19.968, es decir, determinar que el medio de prueba que se ofrece en la audiencia de juicio es pertinente, pues lo único que cambia es el momento en que se ofrece, pero se trata igualmente de un medio destinado a probar el fondo del asunto. Este examen de pertinencia se hace respondiendo una pregunta: ¿la prueba ofrecida permite a la parte

⁶ En el mismo sentido René Núñez indica: “Ese desconocimiento puede deberse a dos motivos: a) a que la fuente de prueba no existía con anterioridad (...) y b) que la fuente de prueba haya existido a la fecha de la audiencia preparatoria pero no haya sido conocida por la parte. A esto se llama *apueba de nueva noticia*”. NÚÑEZ ÁVILA y CORTÉS ROSSO (n. 3), p. 243.

⁷ Indica René Núñez respecto de las hipótesis contempladas en el artículo 63 bis: “Esta prueba puede tener *por objeto el tema de prueba referente al objeto del proceso o del debate, es decir, la cuestión principal* o tener por objeto el tema de prueba vinculado a la veracidad, integridad o autenticidad de alguna prueba referida a la cuestión principal”. *Ibid.*

acercarse en su objetivo de probar los hechos fundantes de su pretensión?

Por lo tanto, un juez de familia no sólo puede rechazar un medio de prueba bajo el primer inciso del artículo 63 bis debido a que se sabía de su existencia oportunamente sino que cuando éste no permite probar el fondo del asunto, aunque su existencia fuese un misterio para las partes.

En el caso del inciso segundo del artículo 63 bis, el análisis de admisibilidad es distinto. Al respecto, el artículo indica

“el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos”.

¿A qué puntos se está refiriendo? Por cierto, a la controversia relacionada exclusivamente con su autenticidad, veracidad o integridad. Es decir, la segunda hipótesis del artículo 63 bis no pretende incorporar prueba para acreditar los hechos fundantes de las pretensiones de las partes, sino que incorporar prueba para permitir al juzgador determinar si el medio de prueba cuya veracidad está en cuestión es o no creíble.

En consecuencia, el análisis de pertinencia es distinto en cada hipótesis⁸. En el primer inciso hay que

⁸ A propósito del artículo 336 del *CPP*, el cual inspiró la norma del artículo 63 bis, la doctrina indica respecto de la hipótesis de prueba sobre prueba: “La razón detrás de esta norma es que no es razonable ni conveniente pedir a las partes que prevean todas las posibles ocasiones en que los testigos van

ver si la prueba acredita o no el fondo y si resulta ser esencial para la adecuada resolución del conflicto⁹. En el segundo caso se trata de que la nueva prueba entregue información al juez que le asista en su análisis de credibilidad del medio de prueba originalmente presentado y dubitado.

A la luz de estas consideraciones pareciera ser que el juez de familia de Coyhaique comete un error en un su proceder.

Al respecto, éste se preocupa de que la prueba no ofrecida oportunamente incorpore un hecho nuevo, que no estaba establecido en el origen de la demanda y en los hechos controvertidos, esto es, que la niña está matriculada en un colegio que no requiere colegiatura. Por lo anterior, decide no valorar la prueba sobre prueba.

El razonamiento permite observar un confusión entre las dos hipótesis contempladas en el artículo 63 bis, porque pareciera considerar que la información incorporada por la prueba sobre prueba está desti-

a negar su firma, su letra, sus actos o en que simplemente van a mentir acerca de ellos. Además, no se trata realmente de pruebas sobre el fondo del caso y, en consecuencia, no habrían superado el test de relevancia de la audiencia de preparación, amén de que, por lo mismo, el perjuicio de la sorpresa respecto de la contraparte disminuye ostensiblemente”. Mauricio DUCE y Andrés BAYTELMAN, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004, p. 66

⁹ Si se compara el artículo 63 bis con el artículo 336 del *CPP* se observará que su redacción es idéntica, con la sola excepción del requisito de “esencialidad” que el legislador agregó en el primero caso del artículo 63 bis.

nada a acreditar un hecho fundante de la pretensión del demandante (le preocupa que un hecho no afirmado originalmente se dé por cierto), cuando la segunda hipótesis, aquélla bajo la cual fue ofrecido y admitido el certificado de alumno regular, apunta a cuestionar la veracidad de la prueba ofrecida por la contraria¹⁰. En otras palabras, la prueba sobre prueba no pretende necesariamente acreditar el fondo del asunto, ésa no es su finalidad primordial, sino que permitir que el juez tenga más información para decidir si a un determinado medio de prueba le dará credibilidad o no, de hecho, es posible que en muchos casos la prueba sobre prueba sea impertinente a la luz de la discusión de fondo, pues no busca acreditar los hechos que fundan la pretensión. No se trata, entonces, de que el juez bajo la hipótesis del inciso segundo deba escoger a qué medio de prueba le cree o con cual se queda, sino que si a la luz de este nuevo medio de prueba, el originalmente presentado le parece suficiente para dar el hecho por cierto.

Como consecuencia del razonamiento del tribunal es legítimo preguntarse bajo qué parámetros realizó el examen de admisibilidad de la

¹⁰ En el considerando séptimo del fallo se indica: “Que, para desvirtuar el mérito y contenido ideológico del informe pericial (...) la demandante ofreció prueba documental”. Asimismo, en el considerando octavo la Corte indica: “En autos, el Magistrado aceptó la rendición de una prueba sobre prueba, atendido que se daban lo supuestos de ley”, CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE (n. 1).

prueba sobre prueba. Si el juez de familia estimó al momento de escuchar el ofrecimiento de prueba sobre prueba que se iban a probar hechos no contemplados en la demanda del demandante, surge la pregunta, ¿por qué la admitió en primer lugar? Es decir, si se trataba de prueba que incorporaba hechos nuevos, estaba frente a prueba impertinente, como concluye finalmente cuando indica

“no guarda relación con las proposiciones fácticas en que descansa la demanda de autos”.

Por otro lado, si en un comienzo estimó que era pertinente, es decir, prueba sobre el fondo del asunto, esto parece reafirmar la falta de claridad en las diversas hipótesis del artículo 63 bis.

Pasando, ahora, a la decisión de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, es necesario mencionar algunos aspectos de su razonamiento antes de comentarlo.

El razonamiento de la ilustrísima Corte comienza por constatar en el considerando quinto cuál era el objeto del juicio y los hechos controvertidos sustanciales y pertinentes, previamente citados en este documento. Luego, respecto de la pretensión del demandante, indica que es necesario para determinar el monto del aporte que a cada padre le corresponde, examinar las necesidades de la menor y el monto de éstas¹¹.

¹¹ CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE (n. 1), considerando quinto, párrafo 4.

En el considerando sexto examina el acta de la audiencia en que originalmente se fijaron los alimentos menores, concluyendo que la colegiatura de la hija se encontraba comprendida dentro de la pensión de alimentos¹². Por lo anterior, discrepa del razonamiento del juez *a-quo*, disintiendo respecto a la impertinencia de la prueba sobre prueba, por cuanto estima que el punto de prueba originalmente establecido y que tenía relación con la variación de las circunstancias que se tuvieron al fijar al pensión, si consideraba en forma expresa los gastos de colegiatura¹³.

Para finalizar, refiriéndose a la prueba sobre prueba indica:

“Esta norma es amplia, en el sentido que se puede, en el fondo, impugnar, cualquier medio de prueba, en el presente caso, prueba pericial, en cuanto se coloca en tela de juicio la veracidad de una declaración que dicha pericia contiene, hecho concreto y verificable, en cuanto no se objeta la opinión del experto, sino que una errónea base de cálculo, otorgaba por los dichos de la demandante, ya que del mérito y contenido de la prueba sobre prueba, es imposible que el perito hubiera examinado documentos, los que de existir serían falsos, de

manera que habiéndose incorporado válidamente el documento consignado y transcrito anteriormente, se le atribuye el mérito de desvirtuar la pericia, en aquella parte que señala, como gasto de la demandada, una suma de \$72.000, por concepto de colegiatura mensual de la alimentaria, ya que debe tenerse por cierto que nada se cancela por ello”¹⁴.

Respecto del razonamiento de la Corte de Apelaciones es posible extender algunas de las críticas previamente indicadas respecto del juez de familia. En este sentido, buena parte del análisis de la Corte se centra en construir una argumentación destinada a demostrar por qué el pago de la colegiatura sí era un hecho pertinente respecto del fondo del asunto y, por tanto, la prueba no ofrecida oportunamente sí podía ser valorada. En otras palabras, la Corte comete el mismo error al tratar la hipótesis de prueba sobre prueba mirando al fondo del asunto controvertido y no mirando el valor probatorio de la prueba en duda. En este sentido, existe una contradicción entre el razonamiento y la frase con la que comienza el considerando octavo transcrito.

Un segundo punto destacable tiene relación con el párrafo transcrito de la Corte.

Previamente se indicó que la prueba sobre prueba no pretende acre-

¹² CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE (n. 1), considerando sexto, párrafo 2

¹³ CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE (n. 1), considerando séptimo, párrafo 2.

¹⁴ CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE (n. 1), considerando octavo, párrafo 2.

ditar de modo necesario el fondo del asunto, sino que dar luces al juzgador respecto de si el medio de prueba en cuestión es o no creíble. En el presente caso la Corte de Apelaciones no sólo entiende desvirtuado el informe pericial de la DAM sino que da por establecido dos hechos: que la niña asiste a un colegio distinto al que originalmente se indicó y que es gratuito.

Es importante a este respecto aclarar que la prueba sobre prueba no obliga al sentenciador a dar por cierto el hecho establecido por la prueba que cuestiona la veracidad de otra evidencia, sino que, simplemente, sirve como parámetro para valorarla con mayor propiedad.

En el presente caso, sin embargo, parece razonable que el tribunal haya concluido estos dos hechos nuevos en función de que al creer la nueva evidencia respecto del informe pericial, necesariamente debe descreer algunas de las afirmaciones contendidas en éste.

Con todo, pueden darse casos donde la prueba sobre prueba no permita concluir que un hecho diverso ha ocurrido, sino que sólo establezca dudas acerca de la credibilidad del primer medio probatorio, no siendo suficiente para probar otro hecho. Un ejemplo puede ser clarificador.

Piénsese que un testigo dice haber visto a Juan golpear a Pedro un día determinado. En el contexto del juicio por indemnización se presenta prueba sobre prueba, la que consiste en una carta donde el testigo declara abiertamente odiar a Juan y desearle lo peor. Esta información sólo permi-

te restarle valor al testimonio en contra de Juan, pero no permite afirmar que Juan no ha golpeado a Pedro.

Como se puede ver en la presente jurisprudencia, saber diferenciar con claridad cuál de las dos hipótesis del artículo 63 bis es aplicable, resulta fundamental tanto para el examen de admisibilidad de la prueba no ofrecida oportunamente como para su adecuada valoración. Errores al confundir ambas hipótesis pueden traducirse en que prueba que debía incorporarse es dejada fuera del conocimiento del tribunal.

BIBLIOGRAFÍA

- DUCE, Mauricio y Andrés BAYTELMAN, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004.
- NÚÑEZ ÁVILA, René y Mauricio CORTÉS ROSO, *Derecho procesal de Familia*, Santiago, Thompson Reuters, 2012.

CFM