



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**LOS ACTOS JUDICIALES NO CONTENCIOSOS EN LA REFORMA DEL CÓDIGO
PROCESAL CIVIL.**

Una mirada desde el análisis económico del derecho.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de Chile

Autores:

Josefa Astorga Droguett

Ignacio Gallardo Astorga

Profesor Guía:

Nicolás Carrasco Delgado

Santiago, Chile.

2016.

Queremos dedicar esta memoria a nuestras familias, quienes nos acompañaron desde el principio en este largo camino, con su ayuda, comprensión y amor en todo momento. Gracias a ellos podemos decir que somos personas de trabajo y esfuerzo, sin los cuales no podríamos haber logrado nuestros objetivos.

Gracias también a nuestros amigos, increíble grupo de compañeros, unidos por el respeto y cariño mutuo. Sin ellos no podríamos siquiera haber dedicado estas palabras. Los queremos mucho y les deseamos lo mejor.

Dedicatoria especial a nuestras parejas, Javi y Coco, quienes nos acompañaron desde el día uno y nos alentaron a seguir adelante, sobre todo en los momentos difíciles, con su comprensión, cariño y amor.

Y a todos nuestros amigos, cercanos y seres queridos, que cuando menos lo esperábamos nos brindaron una palabra de apoyo.

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS	2
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I LOS ACTOS JUDICIALES NO CONTENCIOSOS	9
1. Aproximación histórica al concepto.....	9
2. Definición de los actos judiciales no contenciosos.....	11
3. Naturaleza jurídica.	14
3.1. Primera tesis: Los actos no contenciosos son actos jurisdiccionales. ...	14
3.2. Segunda tesis: Los actos no contenciosos son actos administrativos...	16
3.3. Tercera tesis: Los actos no contenciosos son sui generis.....	19
CAPÍTULO II: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	20
1. Concepto.....	20
2. Metodología.	23
3. Análisis económico del derecho procesal.	27
4. Examen de los costos del error y administrativos como pauta de eficiencia para el legislador.	31
CAPÍTULO III: LA EFICIENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR EN LA REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.....	37
1. Discusiones planteadas respecto de la eficiencia.	37
1.1. Criterio de Coase.....	38

1.2.	Criterios paretianos.....	41
1.3.	Criterio de Kaldor-Hicks.....	43
1.4.	Criterio de Posner.....	45
2.	Consideraciones de eficiencia en relación a los procedimientos no contenciosos en la reforma procesal civil.	46
2.1.	El Principio de Oralidad	49
2.2.	La Ejecución	53
2.3.	Los actos no contenciosos:	55
3.	La experiencia de la ley 19.903 sobre la posesión efectiva intestada.....	63
CAPÍTULO IV: UN NUEVO PROCEDIMIENTO PARA LOS ACTOS NO CONTENCIOSOS.		67
1.	El procedimiento de los actos no contenciosos en algunas legislaciones relevantes.	67
1.1.	España:	67
1.2.	Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica:	81
2.	Propuesta para nuevo procedimiento de actos no contenciosos:	86
CONCLUSIONES.....		101
BIBLIOGRAFÍA		111

RESUMEN

En el contexto de la reforma procesal civil, el presente trabajo tiene por objeto efectuar una descripción y análisis de la institución jurídica procesal de los actos judiciales no contenciosos contemplados en el actual Código de Procedimiento Civil, utilizando herramientas y conceptos provenientes de la disciplina de Análisis Económico del Derecho (AED). Para ello, en el capítulo I se exponen los antecedentes históricos, definiciones y naturaleza jurídica de los actos judiciales no contenciosos. Luego, en el capítulo II, se define y describe la metodología del Análisis Económico del Derecho y, específicamente, se describe el contenido y alcance del Análisis Económico del Derecho Procesal. Del mismo modo, con el objeto de entregar una propuesta de regulación sobre estos asuntos no contenciosos, se realiza un examen de los costos de error y costos administrativos como pauta de eficiencia para el legislador, donde se estudia la eficiencia como principio rector en la reforma del Código de Procedimiento Civil (CPC). Posteriormente, en el capítulo III se expone en detalle los distintos criterios de eficiencia que ha planteado la doctrina y se analiza la manera en que la Reforma Procesal Civil aplica dicho concepto, manifestado en aspectos tales como el principio de oralidad o la regulación de la ejecución. Asimismo, se describe la experiencia en la aplicación de la Ley 19.903 sobre posesión efectiva intestada como antecedente de un fenómeno abordado y planteado durante la investigación, como lo es la desjudicialización del sistema. Finalmente, en el capítulo IV, se explica cómo se ha regulado los actos no contenciosos en España y en el Código de Procedimiento Civil Modelo para Iberoamérica, culminando la presente investigación con una propuesta para una normativa eficiente que pueda ser aplicada por el legislador en el futuro. Con ella, se busca establecer un punto de equilibrio entre diversos factores como el tiempo, los recursos económicos y la calidad de la resolución emanada del organismo competente.

INTRODUCCIÓN

A partir de los años 90 el sistema procesal chileno ha experimentado una serie de reformas encaminadas a renovar y darle un nuevo rostro a una Justicia que por muchos años había perpetuado un modelo ya agotado, acrecentando la desconfianza ciudadana en la actuación de los Tribunales. De este modo, se ha buscado asegurar un sistema de justicia efectivo, en consonancia con el respeto y protección de las garantías procesales, con estándares de mayor transparencia hacia la ciudadanía y con la misión de resolver los conflictos con la mayor prontitud posible, asegurando y garantizando la efectiva tutela de los derechos e intereses sometidos al conocimiento del Tribunal.

El punto de partida de este conjunto de reformas se da precisamente a fines del año 2000, con la puesta en marcha del nuevo sistema de jurisdicción penal, aplicándose gradualmente en diversas regiones del país hasta el año 2005, donde comenzó a regir en la Región Metropolitana, completando así su entrada en vigencia en todo Chile. Es precisamente esta reforma uno de los hitos más importantes pues se reemplaza radicalmente el sistema procesal penal vigente en el país, ampliamente criticado por su naturaleza inquisitiva y su discrepancia con los postulados del debido proceso, además de lo altamente ineficiente que resultaban los procedimientos. Luego, este proceso de cambios se vería ampliamente favorecido con la puesta en marcha de nuevas reformas, particularmente en la Justicia de Familia y Laboral, reafirmando el compromiso del Estado con la nueva Justicia chilena.

Es en este contexto que, a principios del año 2012, se presentó al Congreso Nacional el proyecto de ley que constituye la reforma al Código de Procedimiento Civil, el cual se encuentra vigente desde el año 1902. En dicho proyecto, se puede observar un espíritu modernizador y tendiente a la búsqueda de un óptimo de equilibrio entre los costos administrativos, el tiempo de tramitación y la calidad de las resoluciones que deben emanar de los órganos jurisdiccionales. Además se busca extender los principios que subyacen a los procedimientos anteriormente

modificados, como los principios de concentración, intermediación, publicidad y oralidad.

No obstante los grandes avances alcanzados con estas reformas, el análisis, desarrollo e implementación en el ámbito civil no se encuentra exento de críticas, no por su espíritu modernizador – donde existe consenso de la necesidad de cambios – sino que por las implicancias y efectos que puede tener la modificación de un sistema que ha regido sin cuestionamiento durante gran parte de la existencia del Chile republicano. De este modo, la reforma procesal civil está lejos aún de imponerse como un proyecto consolidado, sino que por el contrario, no son pocas las oportunidades en que en diversos foros, seminarios y encuentros de sus actores, tanto en el ámbito legislativo como en lo académico, se ha puesto bajo la lupa las distintas modificaciones que se extienden en ella. Precisamente, en este contexto, la presente Memoria abordará uno de los aspectos que ha suscitado gran suspicacia entre los entendidos y en el cual han sido pocos los puntos de encuentro: Los actos Judiciales No Contenciosos.

En la actualidad, son los juzgados civiles los encargados de conocer aquellos actos judiciales no contenciosos, cuyo procedimiento se conoce como “voluntario”, por corresponder a aquellas causas en las cuales no existe contienda, pero que la ley requiere que sea un tribunal el que se pronuncie sobre esas materias en atención a su importancia.

Por lo demás, si se realiza un análisis de aquellas causas de competencia de los tribunales civiles que ingresan a nuestro sistema, se advierte una marcada tendencia al aumento de ellas, sin embargo, en el caso de estos procedimientos voluntarios, se observa que entre los años 2001 y 2010 tuvieron un crecimiento menor¹. De esta forma, se considera que este tipo de procedimientos solo

¹ EMG, Consultores S.A. Estudio de estimación de ingreso de causas para el sistema de justicia civil bajo el actual régimen de funcionamiento. [En línea] <<http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Estimacion-de-Ingreso-Causas-Sistema-Justicia-Civil.pdf>> [Consulta: 05 enero 2014]

corresponden a una pequeña parte (8,1%) de un sistema judicial altamente congestionado².

En cuanto al proyecto que reforma al Código de Procedimiento Civil, se menciona expresamente, pero de forma muy breve, a los actos no contenciosos. En efecto, establece que dichas causas serán de conocimiento de los tribunales civiles, y se ordena la dictación de una nueva ley que regule este tipo de procedimientos.

De este modo, de mantenerse invariable la situación actual, no se observarán grandes cambios en relación a estos asuntos, lo que conlleva ineludiblemente un alto costo para los ciudadanos que por uno u otro motivo acceden a este tipo de procedimientos, precisamente por tratarse de asuntos de naturaleza administrativa entregados a un ya sobrecargado sistema judicial. Así lo ha señalado el foro.³

Por consiguiente, la elaboración de esta investigación es relevante en atención a la situación actual. La reforma al Código de Procedimiento Civil es una oportunidad única no sólo para reflexionar sobre las diversas instituciones del derecho procesal, sino que también para dar solución a los problemas que se evidencian en la aplicación de un procedimiento civil afectado por su obsolescencia. Ahora bien, al ser ésta una situación que tiene implicancias en el día a día de los Tribunales de Justicia, su análisis no puede y no debe ser limitado a lo que estrictamente la práctica del Derecho indica, sino que su estudio debe apoyarse en los instrumentos que otras disciplinas del conocimiento ponen a disposición a fin de hacer un diagnóstico completo de la realidad.

En este sentido, en los últimos años, la economía ha sido de ayuda para estudiar y analizar diversas materias de derecho como los contratos, la responsabilidad civil, el derecho penal, el derecho procesal, en materias de propiedad intelectual, derecho de familia, derecho concursal, sociedades y derecho

² *Ibíd.* 25p

³ MATURANA CRISTIAN. El anteproyecto de Código Procesal Civil. Revista de derecho procesal de la Universidad de Chile. (N° 21): pp 25 y ss. 2008.

laboral. El Análisis Económico del Derecho (AED), entrega herramientas para el análisis de normas e instituciones, así como también aporta en la elaboración de normas de carácter eficiente.

Considerando esto, la presente Memoria plantea el análisis de la institución jurídico procesal de los actos judiciales no contenciosos bajo la mirada del análisis económico del derecho.

En un primer punto, se efectuará un análisis descriptivo de los actos judiciales no contenciosos, desde sus orígenes históricos hasta nuestro tiempo, además de realizar una delimitación conceptual y explicar las discusiones doctrinales acerca su naturaleza jurídica.

En un segundo punto, esta Memoria se vale de la coyuntura reformadora para efectuar una aplicación de los conceptos y metodologías del Análisis Económico del Derecho. Para ello, se describirá el concepto del AED, las metodologías que se utilizan en su aplicación y la extensión de esta disciplina al derecho procesal, efectuando luego un examen de los costos de error y administrativos de este tipo de procedimientos como pauta para el legislador.

En un tercer aspecto, a fin de lograr una propuesta legislativa, se analizará el concepto de eficiencia y cómo ha sido abordado este concepto en la reforma procesal civil, tanto en relación a los procedimientos no contenciosos como en otros aspectos planteados por ésta, a fin de demostrar que la búsqueda de la eficiencia constituye uno de los motores del proceso reformador. Asimismo, se describirá la experiencia en la aplicación de la Ley 19.903 sobre posesión efectiva intestada como antecedente de un fenómeno que será abordado y planteado durante la investigación, como lo es la desjudicialización del sistema.

Finalmente, se describirá el contenido de la legislación comparada relevante en esta materia. Culminando la investigación con el establecimiento de un modelo de procedimiento no contencioso, atingente a nuestro ordenamiento jurídico y acorde a las exigencias del análisis económico del derecho.

CAPITULO I LOS ACTOS JUDICIALES NO CONTENCIOSOS

1. Aproximación histórica al concepto.

Los actos judiciales no contenciosos se han conocido como “jurisdicción voluntaria”, y, a pesar que este concepto ya se encuentra técnicamente superado, muchos los utilizan como sinónimo, debido a que hacen referencia al mismo conjunto de actos.

Esta institución se encuentra mencionada por primera vez en el derecho romano. En particular, en el libro Iº de las instituciones de Marciano, cuya mención se recoge en el Digesto 1,16,2 pr.1.

“Omnen procónsules statim, quam Urbem egressi fuerum, habent iurisdictionem: sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos posunt tam liberi, quam servi, et adoptiones feri.

Apud legatum vero Proconsulis memo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem.”

Sobre este texto sencillo aparece montada toda la teoría de la jurisdicción voluntaria, en la que no reina en lo absoluto el más mínimo acuerdo doctrinal.⁴

Como se puede observar, en el texto de Marciano el término de la contraposición a la *iurisdictione contenciosa* corresponde a la *iurisdictione voluntaria*. El vocablo voluntario no alude en el caso presente a que el magistrado por propia voluntad pueda conceder o negar su participación, por lo que esta se constituye en los casos que está provista de deber, un *officium*, sino que apunta a que la participación del magistrado de ejercer *inter volentes*, es decir, entre personas que

⁴ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISO. 1990. Derecho procesal civil. Tomo II. Barcelona. Editorial José M. Bosch. 1289p.

espontáneamente, voluntariamente, reclaman o solicitan su intervención, y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad de que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado, y en caso contrario, cabía la vía de la jurisdicción contenciosa (...) Podría asimismo añadirse a la interior argumentación, que incluso en los tiempos más antiguos el magistrado no se comportaría en el proceso como un simple autómatas, sino que cabría señalar que la participación del magistrado consistía también en el asesoramiento en su caso, de los comparecientes, en los supuestos de jurisdicción voluntaria.⁵

En el derecho romano, eran objeto de la jurisdicción voluntaria actos tales como la adopción, la emancipación y la manumisión. Sin embargo, Petit estima que su campo de aplicación era mucho más extenso y que comprendía otros actos, como la constitución de los derechos reales en el procedimiento de la *in jure cessio* y, además, el nombramiento de tutores y curadores y las autorizaciones que otorgaba el magistrado para permitir enajenar o gravar los bienes raíces de los incapaces.⁶

El derecho antiguo español, siguiendo la tradición del derecho romano, también consideró necesaria la intervención del juez en ciertos actos en los que no se presenta contienda, con el objeto de velar por la persona y por los incapaces. Sin embargo, el legislador de la época no se preocupó por el aspecto procesal de dichos actos. Tal como señalan Vega y Solís⁷ basta con recorrer por orden cronológico el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, el Ordenamiento Real, las Leyes de Toro y la Recopilación en sus diversas ediciones, que son las obras jurídicas más importantes del derecho español antiguo, que contienen el derecho procesal de la época y no encontraremos disposición legal alguna que se refiera a los actos judiciales no contenciosos.

⁵ URRUTIA AGUILERA, PATRICIA. 2000. La jurisdicción voluntaria. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago. Universidad de Chile. 30-31p.

⁶ Citado por VEGA PIMENTEL, LUIS. SOLIS ROMERO, GLORIA. 1977. Un ensayo de distribución de la llamada jurisdicción voluntaria en los distintos órganos del estado. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales Universidad de Chile. 54p.

⁷ VEGA PIMENTEL, LUIS. SOLIS ROMERO, GLORIA. Op. Cit. 57p.

Sin embargo, posteriormente el legislador español regula los actos de jurisdicción voluntaria en la primera Ley de Enjuiciamiento Civil, de 31 de octubre de 1855, que contenía una regulación general de este tipo de actos, así como una normativa particular para cada uno de ellos.

Así las cosas, nuestro proceso civil, instaurado por el Código de Procedimiento Civil del año 1906, no significó un cambio sustancial en cuanto a la forma de impartir justicia en el ámbito civil, al modelo que de facto funcionaba en Chile desde los tiempos de la colonia. Es más, el Legislador histórico no encontró mejor forma de solucionar el problema que recurrir, al momento de buscar fuentes de inspiración para la actividad de codificación, al modelo de la “añeja” y “técnicamente ineficiente” Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855⁸.

De esta manera, en el Código de Procedimiento Civil vigente en la actualidad, se encuentra en el libro cuarto, una regulación detallada respecto de los actos judiciales no contenciosos, existiendo un procedimiento de carácter general y procedimientos específicos para cada tipo de acto. Se debe tener presente, que en otros cuerpos legales también se regulan actos no contenciosos, por ejemplo la constitución de pertenencias en el Código de Minería, la ley 17.344 sobre el cambio de nombre o la ley 19.903 sobre la dación de la posesión efectiva intestada, entre otros.

2. Definición de los actos judiciales no contenciosos.

Los actos judiciales no contenciosos, también llamados actos de jurisdicción voluntaria son definidos en la legislación nacional, en el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil como *“aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes.”*

⁸ NUÑEZ OJEDA, RAÚL. 2005. Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). En: Revista de Estudios de la Justicia (Nº 6). 176p.

A pesar de contar con una definición legal, la doctrina nacional ha complementado este concepto de diversas maneras:

Alessandri: “Aquella que tiene el juez en virtud de expresa disposición legal y en que no se promueve contienda alguna entre partes.”⁹

Casarino: “Jurisdicción voluntaria o no contenciosa es aquella que se ejerce por el juez, a solicitud de una o de varias personas, en los casos especialmente previstos por la ley, que tiene como finalidad cooperar al nacimiento de determinadas relaciones jurídicas y que, en consecuencia, las resoluciones que en ella recaen no reconocen derechos ni imponen prestaciones entre las partes.”¹⁰

Mosquera: “Los actos judiciales no contenciosos consisten en aquella actividad del Estado, radicada en los Tribunales en virtud de expresa disposición de ley, siempre que no surja conflicto por oposición de legítimo contradictor, para que éstos emitan un dictamen a petición de un interesado para cumplir con los diversos fines perseguidos con su establecimiento.”¹¹

Urrutia: “La jurisdicción voluntaria consiste en especiales actividades del Estado, ejecutadas por los Tribunales de Justicia u otras autoridades a petición de un interesado, con el fin de constituir situaciones o estados jurídicos nuevos, complementar capacidad o solemnizando o autenticando ciertos actos para entrar en el ejercicio o goce de un derecho.”¹²

⁹ ALESSANDRI RODRIGUEZ, FERNANDO. 1942. Actos de jurisdicción voluntaria. Síntesis del juicio ejecutivo. 7p.

¹⁰ CASARINO VITERBO, MARIO. 1993. Medio siglo al servicio del derecho procesal. Valparaíso. Editorial Ederval. 62p.

¹¹ Citado por MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. 2001. La jurisdicción. Apuntes cátedra derecho procesal. 46p.

¹² Citado por GUZMÁN SANTA CRUZ, ROBERTO. Repertorio de conceptos del derecho procesal civil. Tomo II. Santiago de Chile. Editorial Carlos E. Gibbs. 54p.

Avsolomivich, Lürs, Noguera: "(...) mediante la actividad voluntaria, en cambio, se provee una necesidad del todo distinta; por ella el juez tiene la facultad de hacer ciertas declaraciones que los individuos no pueden hacer por sí."¹³

Quezada: "La facultad que, en casos expresamente determinados, otorga la ley a los tribunales para intervenir en asuntos en los que no hay litigio, pero sin necesidad de tutela, control o comprobación de ciertos actos jurídicos".¹⁴

La doctrina extranjera también ha definido los actos judiciales no contenciosos o de jurisdicción voluntaria:

Lagarmilla: "Jurisdicción voluntaria es, dentro del verdadero tecnicismo forense y científico, la que se ejerce por el Juez en todos los actos en que por su índole o naturaleza, o por la voluntad de las partes *no hay contienda o litigio*, o cuando se exige la intervención judicial para cualquier gestión que no suponga la negativa o resistencia de alguien."¹⁵

Prieto - Castro: "La llamada jurisdicción voluntaria es una actividad ejecutiva, realizada por órganos judiciales o no judiciales, encaminada a tutelar el orden jurídico mediante la constitución, aseguramiento, desenvolvimiento y modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general, o sea, frente a todos."¹⁶

Calamandrei: la entiende como "la administración pública del derecho privado ejercida por órganos jurisdiccionales."¹⁷

Chinea: "Es aquella función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas, y que siendo

¹³ Citado por GUZMÁN SANTA CRUZ, ROBERTO. Op. Cit. 53p.

¹⁴ Citado por OYARZÚN RIVEROS, MARÍA DE LA LUZ. 2004. Análisis de las modificaciones introducidas por la ley 19.903 al trámite de la dación de la posesión efectiva en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales Universidad de Chile. 18p.

¹⁵ LAGARMILLA, ALEJANDRO. 1920. La jurisdicción voluntaria. Montevideo. Editorial La bolsa de los libros. 6p.

¹⁶ L.PRIETO- CASTRO, FERRANDIZ. 1964. Derecho procesal civil. Segunda parte. Editorial revista de derecho privado. Madrid. 601p.

¹⁷ Citado por JAEGER, PABLO. MATURANA, FRANCISCO. 1992. Los actos no contenciosos y su práctica forense. Editorial La Ley. Santiago.

ajena al específico cometido de los jueces que consiste en la resolución de litigios entre partes, aún se mantiene dentro de su competencia por la alta probabilidad de que estos procesos se conviertan en contenciosos; así como por la conveniencia de que ciertos actos de los particulares sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización”.¹⁸

Rocco: “La jurisdicción voluntaria viene a ser, por lo tanto, la intervención del Estado en la formación de relaciones jurídicas concretas, acreditando en forma solemne, la conveniencia o legalidad del acto realizado o que se va a realizar.”¹⁹

3. Naturaleza jurídica.

Largas discusiones se han producido en la doctrina en torno a este punto, y ellas provienen de la denominación poco acertada de estos actos, que, como ya se explicó desde el derecho romano se les denomina “actos de jurisdicción voluntaria”.

Y es porque el concepto de jurisdicción es un tema central dentro del derecho procesal: ¿En la jurisdicción voluntaria se ejerce verdadera jurisdicción? ¿Constituyen estos actos administrativos? ¿Estamos ante actos de naturaleza mixta?

3.1. Primera tesis: Los actos no contenciosos son actos jurisdiccionales.

Así se ha entendido por la doctrina procesalista tradicional y actualmente minoritaria, como bien señala Jaeger y Maturana, para estos autores el concepto de jurisdicción tiene una aplicación extensiva²⁰, y por ello se habla de jurisdicción

¹⁸ CHINEA GUEVARA, JOSEFINA. Jurisdicción voluntaria. 2007. Revista Derecho notarial. Editorial Feliz Barrera. 44p.

¹⁹ Citado por CASARINO VITERBO, MARIO. Op. Cit. 60p.

²⁰ JAEGER, PABLO. MATURANA, FRANCISCO. 1992. Op. Cit.

contenciosa, voluntaria y disciplinaria, como si fueran tres formas o manifestaciones de una misma función.

Esta línea argumentativa, señala que, si bien la principal labor de los tribunales es ejercer jurisdicción contenciosa, esta no es única y exclusiva. Así, son numerosos los actos en la vida civil que requieren de la autorización de un magistrado para producir efectos. La ley entrega esta facultad de autorizar actos, con el objeto de velar por los intereses de los incapaces o para proteger el interés público.

Mattirolo señala que la magistratura interviene constantemente para proteger ciertos intereses, para dar fuerzas y eficacia jurídica a determinados actos realizados voluntariamente por una o varias personas, para completar la capacidad imperfecta de sus autores y para testimoniar solemnemente la existencia legal de estos derechos.²¹

Otro argumento esgrimido por esta parte de la doctrina dice relación con que la jurisdicción es esencialmente una función destinada a dar solución a los conflictos de intereses, y por ende opera en el campo contencioso, pero que no es necesario que el conflicto se manifieste en acto, sino como mera probabilidad (...) La jurisdicción voluntaria es, ciertamente distinta en cuanto a sus objetivos y finalidades con respecto a la contenciosa, pero la diferencia no es esencial sino estructural.²²

Así lo entendió el legislador histórico en la sesión quinta, de fecha 12 de Agosto de 1870, respecto de la discusión sobre el artículo 2° del Código Orgánico de Tribunales, cuando, por unanimidad de los miembros participantes se acordó redactarlo de modo que expresara que los tribunales tenían, a más de la jurisdicción

²¹ Citado por VEGA PIMENTEL, LUIS. SOLIS ROMERO, GLORIA. Op. Cit. 54p.

²² RIVAS, ADOLFO . La jurisdicción voluntaria. En: Revista Estudios procesales. Editorial Instituto colombiano de derecho procesal. 359p.

contenciosa, jurisdicción voluntaria, pudiendo, por lo tanto intervenir en asuntos en los cuales no hubiera contienda alguna entre partes.²³

Doctrinariamente esta línea se ha seguido por De Merino, Satta, Carnelutti, Manuel Ibáñez Forcham, Micheli, Gómez Colomer y Ramos Méndez.

3.2. Segunda tesis: Los actos no contenciosos son actos administrativos.

Hay quienes señalan que la jurisdicción voluntaria, ni es voluntaria ni es jurisdicción. Primero, porque en todos los casos la intervención del tribunal está prevista en la ley, y, segundo, porque es administrativa, argumentándose que en la jurisdicción voluntaria el que solicita algo no pide nada en contra de otra persona y por lo tanto no es parte, que no existe litis o controversia²⁴.

Esta es la idea predominante en la doctrina actual, es seguida, con matices en Italia por Lugo, Rendenti, Allorio, Chiovenda, Calamandrei y Liedman entre otros; en Francia por Glasson et Tissier; en Alemania por Wock, Hellewing, Laband; en España por Prieto Castro y Guasp; y, en Chile por Hoyos, Pereira y Maturana entre otros.

Esta doctrina establece que estos asuntos son de conocimiento de los magistrados porque el legislador se los ha encargado, sin perjuicio que pueden ser conocidos por otros ministros de fe o de autoridades administrativas.

Jaime Guasp es enfático en establecer que mediante estos actos no se está ejerciendo *verdadera jurisdicción*, dado que en la jurisdicción voluntaria no hay ninguna satisfacción de pretensión procesal, porque no pueden plantearse cerca de ella pretensiones procesales verdaderas.²⁵ Señala, además que siendo la

²³ OYARZÚN RIVEROS, MARÍA DE LA LUZ. 2004. Op. Cit. 20p.

²⁴ GRILLO, RAFAEL; VERA, GUILLERMO y GRILLO, CARLOS. 2004. Derecho procesal civil III. Medios de impugnación y procesos especiales. Editorial Félix Varela. La Habana. 15p.

²⁵ GUASP, JAIME. 1998. Derecho Procesal civil. Tomo II. España 4ta ed. Editorial Civitas. 736p.

administración cualquier actividad de realización de los fines de interés general, distinta tan solo de la actividad legislativa y de la actividad procesal, no queda otro cauce dentro de las figuras del derecho público, al que la jurisdicción voluntaria indudablemente pertenece, dada la presencia en ella de un órgano del Estado, que atribuirle un cometido estrictamente administrativo.²⁶

Chiovenda sostiene que “la jurisdicción voluntaria es una forma particular de actividad del Estado, ejercitada en parte por los órganos judiciales, en parte por los administrativos y pertenecientes a la función administrativa, pero distinta también de la masa de actos administrativos por ciertos caracteres particulares.”²⁷

Si se analiza la jurisdicción voluntaria desde un punto de vista funcional, podría señalarse que ésta cumple una función más social que jurídica, en que se busca legitimar u otorgar solemnidad a ciertos actos, que por su importancia, en protección de los intereses de los más débiles o por protección al orden público ha sido entregado su ejercicio a los magistrados, por ser ministros de fe e imparciales.

Calamandrei define la jurisdicción voluntaria desde su función administrativa, y señala que es “la administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales.”²⁸

Maturana reflexiona en el mismo sentido, señalando que los actos judiciales no contenciosos no importan más que el ejercicio de una función administrativa, cuyo ejercicio se ha entregado por mandato expreso de la ley a los tribunales. Agrega, que por su contenido, estos actos entran en la rama más vasta de la función administrativa que se suele llamar administración pública de derecho privado.²⁹

W. Kisch analiza la finalidad de estos actos: “el fin que el Estado persigue en la jurisdicción voluntaria es proteger y asegurar los derechos de los particulares,

²⁶ *Íbid.*

²⁷ Citado por CASARINO VITERBO, MARIO. Op. Cit. 63p.

²⁸ Citado por VEGA PIMENTEL, LUIS. SOLIS ROMERO, GLORIA. Op. Cit. 67 p.

²⁹ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. Op. Cit. 44p.

vigilar la conclusión de los negocios jurídicos, autorizarlos y darles forma e intervenir en la creación y en el ejercicio y liquidación de derechos y relaciones jurídicas. Ejerce pues una especie de administración de derecho privado en cuya gestión no solo aplica principios jurídicos sino razones de oportunidad y conveniencia y todo lo que exigen las necesidades prácticas.”³⁰

Finalmente, y acercándose más al tratamiento que nuestra legislación realiza de estos actos, Hugo Pereira Anabalón señala que “la intervención de los jueces en estas actividades no tiene carácter esencial, sino meramente secundario o accidental, pudiendo desaparecer en todo o en parte de la esfera de su competencia o transferirse a otros agentes públicos sin inconvenientes. Este su carácter secundario lo confirma la inexistencia en la Constitución Política de cualquiera referencia a los actos judiciales no contenciosos, cuyo artículo 73 solamente regula la verdadera jurisdicción que se ejercita en las ‘causas’ civiles y criminales y, por otra parte, el Código Orgánico de Tribunales, junto con reiterar en su artículo 1° la normativa constitucional, alude en su artículo 2° a los actos judiciales no contenciosos exigiendo la existencia de ley expresa que requiera la intervención de los tribunales en tales materias, lo que no ocurre en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, por pertenecerles de suyo, no necesita norma expresa para que, en cada caso, puedan intervenir.”³¹

En la presente memoria se adhiere a esta postura, dado que ésta entrega una visión realista y funcional de los actos no contenciosos que permite un mayor rango de probabilidades a la hora de analizar la regulación vigente y de proyectar cambios a futuro. Así mismo, esta visión resulta coherente con la realidad chilena, ya que en nuestro ordenamiento ya se ha entregado el conocimiento de estos asuntos a órganos administrativos. Tal es el caso de la tramitación de la posesión efectiva intestada, en que mediante la ley 19.903 se otorgó competencia al Servicio de Registro Civil e Identificación para su tramitación y resolución.

³⁰ Citado por VEGA PIMENTEL, LUIS. SOLIS ROMERO, GLORIA. Op. Cit. 70p.

³¹ Citado por MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. Op. Cit 45p.

3.3. Tercera tesis: Los actos no contenciosos son sui generis.

Estos autores intentan conciliar las doctrinas anteriormente planteadas, no reconociendo su fundamento en la naturaleza jurisdiccional ni en la administrativa.

Así lo ha entendido Fernández de Velasco cuando señala que “la sentencia (...) no afecta al tribunal; crea una relación que enlaza a las partes entre sí, y con los terceros; pero no al Tribunal. El acto administrativo afecta a la Administración; crea una relación que enlaza a las partes entre sí, con los terceros y con la administración. (...) Para mí, por lo tanto, y en resumen, no hay más diferencia entre el acto administrativo y el jurisdiccional, y es que en éste, el órgano queda al margen y como extraño de la relación impuesta; en aquél la Administración es el sujeto de la relación misma que ella crea.”³²

Casarino adhiere a esta postura, ya que explica que una vez dictada la resolución del tribunal, éste se desliga de la relación jurídica que puede crearse, es por esto, que no se trataría de un acto administrativo en estricto rigor.

³² Citado por CASARINO VITERBO, MARIO. Op. Cit. 64p.

CAPÍTULO II: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. Concepto.

El concepto de análisis económico del derecho (en adelante AED) viene dado por la propia denominación de esta disciplina, debiendo entenderse como “la aplicación de los instrumentos analíticos de la ciencia económica a los fenómenos jurídicos”.³³

En este sentido, esta disciplina busca vincular elementos de dos materias que por largo tiempo fueron opuestas entre sí, pero que en los últimos sesenta años han sido complementadas a fin de lograr resultados eficientes en un plano netamente jurídico.

Desde el punto de vista de Richard Posner, Robert Cooter y Thomas Ulen, en sus textos “El análisis económico del derecho” y “Derecho y economía”, el AED consiste en una aplicación de conceptos y supuestos de la teoría económica al comportamiento del individuo con el objetivo de incentivar o desincentivar conductas determinadas, en donde se logren los objetivos trazados de la manera más eficiente posible.³⁴

Por otra parte, Mario Pinzón, entrega una definición más crítica del AED, concibiéndolo como “una metodología conservadora para abordar el estudio del derecho en donde sólo se tiene en mente la búsqueda de la eficiencia a toda costa, desconociendo cualquier parámetro de justicia o equidad.”³⁵

³³ CABANELLAS, GUILLERMO. 2006. El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. En: KLUGER Viviana. Análisis económico del derecho. Argentina. Edición: Heliasta. 21p.

³⁴ PINZÓN, MARIO. LOPEZ, LUIS. PEÑA, DANIEL. DE LA CRUZ DIONISIO. AMADOR LUIS. 2010. Colección Enrique Low Murtra. Derecho Económico. Tomo VI. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. 14p.

³⁵ *Ibíd.* 13p.

El desarrollo y aplicación de esta disciplina resulta posible si es que consideramos que la economía estudia el comportamiento de las personas en un contexto de mercado, el que es visto como un conjunto de fenómenos en que las normas funcionan como precios. De esta manera, se consideran las leyes como incentivos para el cambio de comportamiento de los individuos y como instrumento para el logro de políticas públicas.³⁶

Así, cuando hablamos del AED, debemos referir dos formas de interpretar el comportamiento humano: La primera, desde el derecho, que implica la determinación de lo justo o lo injusto mediante la comparación de una conducta con un ideal establecido en la ley. La segunda, desde la economía, como un análisis de los efectos de la conducta que realiza la economía, cuyos resultados se estudian a partir de criterios de eficiencia³⁷.

Por tanto, el análisis económico del derecho, entrega una visión en donde se tiene en cuenta el deber ser de una norma, sin perder de vista los efectos de ésta dentro del comportamiento humano.³⁸

Tal ha sido el éxito de esta disciplina que Richard Posner señaló, en su momento, que el sello distintivo del nuevo derecho y economía “es la aplicación de la economía al sistema legal por todas partes: a campos del derecho común tales como los daños, los contratos, la restitución y la propiedad; a la teoría y práctica del castigo; al procedimiento civil, penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la imposición de la ley y la administración judicial; e incluso al derecho constitucional, el derecho primitivo, el derecho naviero, el derecho familiar y la jurisprudencia.”³⁹

³⁶ BEJARANO, JESUS ANTONIO. 1999. El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. Revista de Economía Institucional N°1. Noviembre. 159p.

³⁷ PINZÓN, MARIO. LOPEZ, LUIS. PEÑA, DANIEL. DE LA CRUZ DIONISIO. AMADOR LUIS. Op. Cit. 15p.

³⁸ *Ibid*

³⁹ POSNER, RICHARD. El análisis económico del derecho. 2000. Fondo de cultura económica. México. 27p.

No obstante lo anterior, para obtener aquello, este ejercicio solo puede ser realizado bajo ciertas “premisas”, “postulados” o supuestos básicos”, que surgen a partir de la racionalidad humana. Es común, en las ciencias económicas, establecer dichas premisas a priori, a fin de que sus conclusiones sean lo más cercana a la realidad. Así para objeto de esta Memoria se establecerán dos premisas básicas como punto de partida.

En primer lugar, el *homo economicus*, concepto proveniente desde la microeconomía, el cual se entiende como “aquel (sujeto) que maximiza su utilidad, tratando de obtener los mayores beneficios posibles con el menor esfuerzo”⁴⁰. La idea subyacente es que el hombre siempre se verá enfrentado al problema de la escasez, por lo que sus decisiones estarán constantemente influenciadas por un criterio de racionalidad.

En segundo lugar, es menester aceptar que el AED gira en torno a la noción de eficiencia o bienestar agregado⁴¹, puesto que las normas jurídicas pueden ser entendidas como intentos institucionales de maximizar el bienestar agregado⁴².

Cabe señalar que, ha existido entre los diversos autores bastante discusión respecto a un criterio único de eficiencia, de modo que las escuelas contemporáneas de análisis económico del Derecho han buscado superar esta ambigüedad. Los criterios que interesan para esta memoria, y que serán desarrollados más adelante, son los criterios de eficiencia planteados por Coase, Pareto, Kaldor-Hicks y Posner. Tales criterios pretenden solucionar, entre otras cosas, las indeterminaciones conceptuales de la noción de justicia y equidad. En este sentido, más allá de apreciaciones críticas respecto de cada uno de ellos, cabe destacar su adecuada delimitación conceptual⁴³. Dentro de estos criterios, el que más interesa es el

⁴⁰ POSNER, RICHARD. El análisis económico del derecho. Op. Cit.. 20p.

⁴¹ Este punto será tratado con mayor profundidad en el Capítulo III de esta Memoria, en particular, las distintas acepciones del concepto de eficiencia y su vinculación con la Justicia.

⁴² SPECTOR, HORACIO. 2006. Justicia y bienestar desde una perspectiva del derecho comparado. Metas e instrumentos. En: KLUGER Viviana. Análisis económico del derecho. Argentina. Edición: Heliasta. 41p.

⁴³ CARRASCO, NICOLAS. 2016. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. [En línea]

desarrollado por Richard Posner, quien persigue sobre bases económicas y filosóficas, formular un criterio que permita el desplazamiento de los bienes a manos de aquellos que estén dispuestos a pagar una mayor cantidad de dinero para obtenerlos. La riqueza sería todo lo que existe en el mercado, medida en términos monetarios, y la disposición a pagar se calcularía por lo que las personas estarían dispuestas a desembolsar por adquirir tales bienes, o bien, por desprenderse de ellos.

Finalmente, en el desarrollo de la investigación tendrán aplicación los artículos 8 y 14 del Código Civil, en cuanto a que ellos consagran, por un lado, la presunción de conocimiento de la ley y, por otro lado, su obligatoriedad tanto para chilenos como extranjeros. Este punto, se puede entender subsumido dentro de la segunda premisa sobre la eficiencia en cuanto provoca la reducción de costos y aumenta la seguridad jurídica, favoreciendo así tanto el tráfico jurídico como económico.

2. Metodología.

El AED busca responder dos interrogantes básicas sobre el sistema legal y sus reglas: Por un lado, qué efectos tiene la aplicación de una norma jurídica en el comportamiento de los agentes y, por otro lado, cómo se pueden dictar normas legales que contengan criterios de eficiencia tanto para los individuos como para el Estado.⁴⁴

La primera interrogante, se responde mediante el análisis económico del derecho positivo (AED positivo), el cual se entiende como aquel “intento de explicar

<https://www.researchgate.net/publication/289505114_El_AED_como_herramienta_procesal_en_la_sociedad_post-crisis> [Consulta: 26 abril 2016]

⁴⁴ CARRASCO, NICOLÁS. Análisis económico del derecho de la tutela cautelar. Aplicación a la legislación civil y de quiebras en Chile. 2011. Tesis para optar al grado de Magister en derecho con mención en derecho económico. Universidad de Chile. 27p.

las reglas y los resultados legales tal como son, en lugar de cambiarlos para mejorarlos”⁴⁵.

Esta metodología “supone que los sujetos actúan como entes que tienden a maximizar su beneficio, de tal manera que considerarán la norma jurídica promulgada como un precio implícito en la toma de sus decisiones a los efectos de realizar o no la conducta involucrada en el supuesto jurídico.”⁴⁶

De este modo, mediante la aplicación del AED positivo, se busca dar respuesta a las siguientes interrogantes “¿cuáles son los efectos de una norma?, ¿qué costos acarrea la consecución del objetivo perseguido por la norma?, ¿qué efectos produce en el mercado o en la situación económica de los destinatarios afectados?, ¿se han conseguido los efectos queridos por la norma?”⁴⁷, entre otras.

La segunda interrogante, se responde mediante el análisis económico del derecho normativo (AED normativo), cuyo objetivo es “propender a cambios legales o tender a una adjudicación judicial motivada por la búsqueda de la eficiencia. Ello importa que se valore la eficiencia de mejor manera que otras premisas como, por ejemplo, la equidad o la justicia.”⁴⁸ En este sentido, “el análisis económico del derecho entrega una perspectiva del derecho instrumental que permite efectuar un análisis crítico de instituciones y leyes, desde el punto de vista de la eficiencia”⁴⁹.

Como puede observarse, esta metodología se aleja de la visión meramente conductual de la economía, dando un paso más allá, aportando en la producción de normas y políticas públicas eficientes. “Los instrumentos de la economía permiten pronosticar los efectos de las políticas sobre la eficiencia. Este criterio de eficiencia

⁴⁵ POSNER. Op. Cit. 28p.

⁴⁶ CARRASCO. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis Op. Cit. 2p.

⁴⁷ PINZÓN, MARIO. LOPEZ, LUIS. PEÑA, DANIEL. DE LA CRUZ DIONISIO. AMADOR LUIS. Op. Cit. 39p.

⁴⁸ CARRASCO. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis Op. Cit. 2p.

⁴⁹ IRARRÁZABAL, Felipe. Introducción al Análisis Económico del Derecho. Apuntes de cátedra Análisis económico del derecho. Universidad de Chile. 1p.

es relevante para la elaboración de las leyes, ya que siempre es preferible el logro de cualquier política a un costo menor.”⁵⁰

Ahora bien, distintas son las consecuencias que conllevan la aplicación de una u otra de las metodologías antes descritas. A continuación, se analizarán las implicancias de éstas tanto en la legislación como en la labor de adjudicación.

- a. “Análisis Económico del Derecho normativo en relación a la legislación: “Refiere la búsqueda de una reforma legal en atención a criterios de eficiencia. En otras palabras, se pretende la creación de un nuevo estatuto en alguna área jurídica en particular, basado en formulaciones de eficiencia. La herramienta de utilidad aplicable en la especie es la reforma legal de *lege ferenda*.”⁵¹
- b. Análisis Económico del Derecho positivo en relación a la legislación: “Dice relación con el examen y descripción de las consecuencias económicas que trae consigo una normativa determinada de fuente legal o similar. La herramienta de utilidad aplicable a la especie es el estudio de *lege data*.”⁵²
- c. Análisis Económico del Derecho normativo en relación a la labor de adjudicación: “Persigue la aplicación de criterios de eficiencia por parte de los jueces al momento en que ellos realizan su labor de adjudicación. Desde esta perspectiva, el análisis económico normativo no solamente resulta utilizable por el órgano que decidirá –el juzgador-, sino que también por los operadores jurídicos involucrados en el conflicto –las partes. Los criterios de eficiencia constituyen el parámetro de la corrección de la decisión judicial, en términos

⁵⁰ BEJARANO. Op. Cit., 160p.

⁵¹ CARRASCO. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis Op. Cit.

5p.

⁵² *Ibíd.*

tales que una decisión judicial será aceptada desde el análisis económico del derecho en la medida que se encuentre fundada en criterios de eficiencia.”⁵³

- d. Análisis Económico del Derecho positivo en relación a la labor de adjudicación: “Este supuesto se traduce en examinar y describir las decisiones judiciales adoptadas, desde el punto de vista de las consecuencias en el bienestar que ellas generarán. Se debe llamar la atención que en el caso que se realice un análisis económico del derecho positivo, en relación a la labor de adjudicación en un sistema legal que no reconozca la eficiencia como criterio aceptado o subyacente de la regulación legal ni de la actividad judicial, el desarrollo de esta perspectiva tendrá una utilidad puramente académica, en cuanto a constatar cuales fueron las repercusiones de eficiencia de ciertas decisiones judiciales. Sin embargo, si el análisis económico del derecho positivo en relación a la labor de adjudicación se realiza en el contexto de un sistema jurídico que sí reconoce la eficiencia como criterio aceptado o subyacente a la regulación, entonces, esta perspectiva tiene como utilidad generar conocimiento empírico en relación al logro del objetivo perseguido con las decisiones adoptadas en base a eficiencia según la clasificación c) anterior.”⁵⁴

Consecuente con lo anterior, en la presente investigación se realizará una aplicación del AED normativo en relación a la legislación, bajo el contexto de la reforma procesal civil, a fin de entregar una propuesta legislativa que satisfaga las normas que rigen la los actos judiciales no contenciosos, utilizando la eficiencia como principio rector.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ CARRASCO. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis Op. Cit. 6p.

3. Análisis económico del derecho procesal.

Al igual que en la tradición jurídica romana, el AED suele dividir su ámbito de estudio entre dos conocidas ramas del derecho, como lo son el "derecho sustantivo" y el "derecho adjetivo o procesal"⁵⁵.

El AED del derecho procesal, debe ser explicado desde una perspectiva cronológica, por medio de un estudio acabado de cada una de las alternativas que se presentan en el desarrollo de un conflicto de relevancia jurídica, desde las primeras manifestaciones de éste, pasando por las diversas instancias de negociación judicial y extrajudicial que puedan darse dentro del proceso hasta, en último término, la dictación de una sentencia que resuelva el conflicto sometido a la decisión del juez, a fin de obtener aquellas conclusiones que puedan sugerir un comportamiento óptimo para el agente⁵⁶.

Tradicionalmente la aplicación del AED procesal se realizaba a eventuales litigios provenientes del incumplimiento en el ámbito civil, así como también de la aplicación de la responsabilidad extracontractual. En la actualidad, se ha ampliado su ámbito de aplicación incluyendo en su estudio el derecho procesal penal, el derecho laboral, el derecho de familia, etc.

En Chile el AED procesal ha concentrado sus esfuerzos en lo que refiere a procedimientos de carácter adversarial, en los cuales existen diversas opciones de negociación y donde el manejo de una mayor o menor información por parte del litigante resulta fundamental para determinar si las partes resolverán su conflicto dentro del sistema judicial, o en forma privada. En otras palabras, "la teoría de la

⁵⁵ El AED en un principio se aplicó a diferentes instituciones provenientes del derecho sustantivo tales como la propiedad, los ilícitos culposos y los contratos. Refiriéndose a la teoría económica del proceso legal, Richard Posner señala que el derecho sustantivo es aquel que asigna los costos de los daños que provocan las disputas legales. Los aspectos procesales se refieren al proceso que se desarrolla desde la presentación de una demanda hasta la resolución de la disputa.

⁵⁶ Para un mayor estudio, ver: COOTER, ROBERT. Rubinfeld, Daniel. *Economic Analysis of Legal Disputes and their resolution*. 1989. En *Jornal Economic Literature* Vol. 27 N° 3. 1067-1097p.

litigación estudia la demanda por justicia, el entorno de incentivos, oportunidades y costos que involucra la decisión de las partes de un conflicto.”⁵⁷

Ahora bien, para que sea posible aplicar la disciplina en comento al derecho procesal, las relaciones que se generan dentro de un sistema judicial deben ser vistas como un mercado: la demanda de justicia está representada por la demanda por tutela en los derechos, que se puede observar como el número de demandas que ingresan al sistema judicial y, “la oferta de servicio judicial queda representada por el número de asuntos resueltos y de sentencias dictadas por cada tribunal.”⁵⁸

En este sentido, la aplicación del análisis económico del derecho procesal debe buscar la optimización de dos clases de costes: los costos del sistema judicial o administrativos y los costos de error. Desde dicha perspectiva, una solución será óptima en cuanto se ponderen ambas clases de costes.⁵⁹

Por otra parte, para autores tales como Richard Posner, la manera de tratar los costos relevantes que participan en el proceso corresponde a un tratamiento de minimización por medio del cual el objetivo económico del derecho procesal es minimizar la suma de los costos administrativos o costos del sistema judicial y los costos de los errores:

$$\text{Mínimo Costo social} = \text{Costos administrativos} + \text{Costos de error}$$

“Para ilustrar, supongamos que las partes se ponen de acuerdo en los mismos términos que se habrían obtenido en el fallo del tribunal si el caso hubiese sido juzgado. En virtud de que los resultados del arreglo o juicio son los mismos por

⁵⁷ MERY NIETO, RAFAEL. Notas sobre análisis económico del derecho: Una mirada desde América Latina. 2004. En: Revista de derecho y humanidades N° 10. 131p.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ CARRASCO DELGADO, NICOLÁS. 2010. La contra cautela. una mirada desde el análisis económico del derecho procesal. Revista Derecho y Humanidades. Vol. 2, N°. 16. 171p.

hipótesis, los costos del error (si hay error) en el arreglo son iguales a los costos del error en el juicio. Sin embargo, los costos administrativos del arreglo son mucho menores que los de un juicio. En consecuencia, el arreglo ahorra costos sociales. En general, los arreglos que igualan los resultados de los juicios reducen los costos sociales de la solución de las disputas.”⁶⁰

Sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado que con el equilibrio entre los costos del sistema judicial y los costos de error se solucionan fines contradictorios. “En efecto, la búsqueda de una decisión sin error, en el marco de un proceso jurisdiccional regido por la incertidumbre, pasa por aumentar los mecanismos de corrección, lo que, a su vez, significa un incremento en los costos del sistema.”⁶¹ A esto, se debe sumar el respeto de los principios de jerarquía constitucional, en particular, el debido proceso, con lo que se obliga a incorporar un mínimo de normas que buscan entregar igualdad a las partes y objetividad a la decisión que emane del proceso, lo que ciertamente limita la reducción de costos administrativos.

Mediante la aplicación del análisis económico del derecho procesal, en la presente investigación se busca entregar una propuesta óptima para la regulación de los actos judiciales no contenciosos.

Según lo concluido en el primer capítulo, en los actos judiciales no contenciosos subyace una naturaleza jurídica de carácter administrativa, no obstante el legislador entregó su conocimiento a los Tribunales de Justicia, ya sea buscando proteger a los sujetos más débiles, debido a que estos actos podrían afectarlos de forma directa o indirecta⁶², o bien, con el objeto de que el órgano jurisdiccional diera fe de alguna situación.

⁶⁰ COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. 2009. Derecho y economía. Fondo de cultura económica. Estados Unidos. 477p.

⁶¹ CARRASCO DELGADO, NICOLÁS. 2010. La contra cautela. una mirada desde el análisis económico del derecho procesal. Op. Cit. 171p.

⁶² Tal es el caso de la mayoría de los actos judiciales no contenciosos tratados en el libro IV del Código de procedimiento civil, como la habilitación para comparecer en juicio, la emancipación voluntaria, el nombramiento de tutores y curadores y el discernimiento de estos cargos, la insinuación para las donaciones, entre otras.

En este contexto, se debe tener presente que, para los ciudadanos (en adelante agentes), no es facultativo el hecho de someterse un procedimiento judicial no contencioso, ya que ellos tienen carácter de obligatorios en los supuestos que la ley establece. Por otra parte, la labor del Tribunal se limita a aceptar o negar la solicitud, y según la normativa vigente, si los antecedentes presentados por el solicitante fueran insuficientes, el tribunal puede ordenar que se acompañen los antecedentes necesarios para su adecuada resolución. En caso de obtener una resolución negativa, esta se puede modificar o revocar de surgir nuevos antecedentes⁶³. Además según lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Procedimiento Civil, procede tanto el recurso de apelación como el de casación.

De este modo, si bien existen costos de error en estos procedimientos, la probabilidad de incurrir en ellos es baja y se encuentra bien solucionado por el legislador mediante el aporte de información sumaria⁶⁴, la que se caracteriza porque: (i) se admite prueba de cualquiera especie, (ii) no requiere intervención de contradictor, y, (iii) tampoco requiere señalamiento de término probatorio⁶⁵.

Aunque la forma en que el legislador regula la información sumaria, dista de la regulación de la prueba en materia contenciosa, esto no debe interpretarse como si se diera una importancia menor que en los actos no contenciosos. Por el contrario, se puede observar que la ley propende dar celeridad al procedimiento y a generar incentivos en los agentes para que suministren todos los antecedentes que fundan la solicitud.

El objetivo de la norma es que el magistrado cuente con toda la información necesaria para fallar, ya que al no existir contienda, no existirían motivos económicos

⁶³ Artículo 821 Código de Procedimiento Civil "Pueden los tribunales, variando las circunstancias, y a solicitud del interesado, revocar o modificar las resoluciones negativas que hayan dictado, sin sujeción a los términos y formas establecidos para los asuntos contenciosos.

Podrán también en igual caso revocar o modificar las resoluciones afirmativas, con tal que esté aún pendiente su ejecución."

⁶⁴ Inciso final artículo 818 Código de Procedimiento Civil "Se entiende por información sumaria la prueba de cualquiera especie, rendida sin notificación ni intervención de contradictor y sin previo señalamiento de término probatorio."

⁶⁵ JAEGER, PABLO. MATURANA, FRANCISCO. 1992. Op. Cit.

del agente para ocultar información y, si la información es completa, se reducen al mínimo los costos de error del tribunal. Sin embargo, este escenario ideal planteado por la ley, no se condice con la realidad.

En efecto, pese a que existe una norma teóricamente eficiente, en la cual existe un único agente encargado de aportar toda la información y mecanismos que permiten su corrección a fin de que ésta sea completa, si bien reduce los costos de error, el hecho de ser estas materias conocidas por el órgano jurisdiccional, provoca que la ejecución de estos trámites sea tan costosa y engorrosa para el agente que repercute directamente en la eficiencia del procedimiento. Así las cosas, la alta congestión de los tribunales civiles en la actualidad provoca grandes demoras en la tramitación de estos asuntos, a lo que se debe agregar el costo de los honorarios de abogados en que debe incurrir el agente para obtener su declaración, ya que siempre debe actuar patrocinado, aunque el procedimiento sea sencillo y no requiera tecnicismo alguno. Con esto, se aumenta de forma importante los costos administrativos del procedimiento.

Por tanto, con el objeto de reducir los costos de la asistencia letrada y aliviar la carga de trabajo que actualmente tienen los tribunales civiles en nuestro país, se propone trasladar el conocimiento de estos asuntos a los órganos administrativos que sean más competentes según la materia que corresponda, en que los agentes no necesiten actuar representados y reducir así los costos tanto para los usuarios como para el Estado. Con esto, se busca generar procedimientos más rápidos al ser tratados por organismos especializados.

4. Examen de los costos del error y administrativos como pauta de eficiencia para el legislador.

Este punto es de gran importancia, ya que cuando se habla de una pauta de eficiencia en la elaboración de normas jurídicas en el ámbito del derecho procesal, el legislador ineludiblemente debe tener a la vista dos clases de costos: por un lado, los

costos de error o costos de error judicial, los cuales se pueden entender como aquellos provocados por una resolución judicial errada, la cual no se ajusta a la realidad probatoria del proceso. Por otro lado, los costos administrativos o los costos del sistema judicial, los cuales se pueden entender como aquellos en que el Estado incurre para resolver un litigio.

Como se puede apreciar, estas dos clases de costos, convergen en una relación de contradicción u oposición, ya que la búsqueda de una decisión sin error en el marco de un proceso jurisdiccional⁶⁶ regido por la incertidumbre pasa por aumentar los mecanismos de corrección, lo que a su vez, significa un incremento de los costos del sistema⁶⁷.

Para resolver esta contradicción, es importante plantearse a qué tipo de resoluciones judiciales debe apuntar el legislador al momento de legislar. En este sentido, Michelle Taruffo⁶⁸, señala que, no obstante lo complicado del tema, puede expresarse una distinción general en los siguientes términos: el objeto de los procesos civiles puede ser: a) una resolución de conflicto pura o b) una resolución de conflictos mediante decisiones justas.

- La *opción a)* implica que el objeto del proceso se cumple en cuanto se da conclusión a la controversia entre los litigantes. Se trata de una cuestión de hecho que depende de un cierto número de condiciones, aunque el aspecto más relevante sea que el fondo y la calidad de la decisión final no es lo importante: una decisión errónea o incluso ilegal puede poner fin a la disputa entre las partes si, por la razón que sea, ninguna de ellas quiere proseguir con la acción.

⁶⁶ Si bien el presente análisis se hace desde la óptica de un proceso jurisdiccional, lo cierto es que tanto la variable de costo de error como costo administrativo son atinentes a los procedimientos no contenciosos, lo cual será desarrollado con mayor detalle al final de esta sección.

⁶⁷ CARRASCO, NICOLAS. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. Op. Cit. 6p.

⁶⁸ TARUFFO, MICHELE. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. [En línea] <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf>> [Consultado: 2 febrero 2016]

- La *opción b)* supone que el objeto del proceso es poner fin al conflicto, pero empleando únicamente medios que se consideren justos, correctos, certeros y equánimes. Desde esta perspectiva, el fondo y la calidad de la decisión adquieren una relevancia extrema, puesto que determinan el núcleo auténtico de los propósitos del proceso. Estos propósitos podrían conseguirse o no, pero en todo caso deberían orientar y determinar el funcionamiento de los mecanismos judiciales.

Ahora bien, si acercamos lo anterior al tema de los costos, se puede sacar una conclusión en el siguiente sentido:

Por un lado, si se entiende el proceso en el sentido de la opción a), la pauta de eficiencia que debe seguir el legislador guarda relación con aquellos procesos más veloces, a un menor costo material y humano, llevando la eficiencia al límite de la eficacia, conceptos que no son siempre igualables. Además, esto tiene su contrapeso en los costos de error, ya que no sería una finalidad del legislador la resolución de conflictos en términos justos, que cumpla las exigencias de un debido proceso legal.

Por otro lado, si se entiende el proceso en el sentido de la opción b), inevitablemente los costos administrativos se disparan, ya que la solución justa del conflicto importa una gran inversión en términos de tiempo y dinero, lo cual va en detrimento directo de la eficiencia, pese a que las exigencias del debido proceso legal constituyen resguardos que no pueden ser soslayados⁶⁹.

Por tanto, la tarea legislativa en la elaboración de normas procesales, sólo puede ser entendida como la búsqueda de un equilibrio de eficiencia en términos de alcanzar un óptimo normativo, en el cual un sistema judicial sería eficiente cuando su funcionamiento resulta razonablemente rápido y económico, pero que al mismo

⁶⁹ CARRASCO, NICOLAS. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. Op, Cit. 8p.

tiempo, se oriente estructuralmente para llegar a decisiones informadas, precisas y responsables que se basen en todos los fundamentos jurídicos pertinentes⁷⁰.

Si bien el análisis anterior se hace desde la óptica de un proceso jurisdiccional, lo cierto es que tanto la variable de costo de error como costo administrativo son atingentes a los procedimientos no contenciosos. Como se señaló en el primer capítulo, esta memoria considera a los actos judiciales no contenciosos como actos de carácter administrativo. En la tramitación y resolución de estos, también ha de respetarse el precepto constitucional del debido proceso⁷¹, por lo que esto constituirá un mínimo indisponible al legislador al momento de regular este tipo de procedimiento.

Es así como, del análisis de diversas disposiciones legales, la aplicación del debido proceso a los actos judiciales no contenciosos, resulta incuestionable. En efecto, nuestra Constitución en su artículo 76, al consagrar el principio de inexcusabilidad, distingue expresamente entre contienda o asunto sometido a la decisión de los Tribunales. De igual modo, el artículo primero del Código de Procedimiento Civil, señala expresamente que: "las disposiciones de este Código rigen el procedimiento de las contiendas civiles entre partes y de los actos de jurisdicción no contenciosa, cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales de Justicia."

En particular, se puede ver manifestado este principio en el Título primero del Libro IV sobre las disposiciones generales, en cuanto el solicitante debe suministrar

⁷⁰ TARUFFO, MICHELE. Op. Cit.

⁷¹ ALBORNOZ GABILÁN, JOSÉ. El debido proceso administrativo y su reconocimiento en los procesos disciplinarios de los órganos de la administración del Estado regidos por la Ley 18.834 sobre estatuto administrativo. 2011. Tesis para Optar al Grado de Magíster en Derecho. Universidad de Chile. Santiago. 23p. "El debido proceso es aplicable no sólo al proceso judicial, sino que también al procedimiento administrativo, en cuanto aquél conduzca a un acto de la Administración que afecte los derechos que se reconocen a las personas de un Estado de Derecho. En este caso, el procedimiento administrativo ha de establecer instancias de audiencia, publicidad y defensa en favor de los administrados o, en el caso que nos interesa, de los funcionarios, consagrando los medios de impugnación de los actos que puedan estimarse lesivos para sus derechos; y, claramente el ser sujeto pasivo de una investigación, en tanto puede ser objeto de una sanción, debe ésta apegarse a lo estatuido en nuestra carta fundamental y que dice relación con derechos tales como la defensa jurídica, la igualdad ante la ley; y por supuesto que sea llevada a cabo en el marco de un proceso legalmente tramitado, previo a la sanción y en el que se garantice la justicia y racionalidad de los mismos."

al Tribunal los antecedentes necesarios para la resolución de la solicitud mediante información sumaria. También cuando se considera la oposición de un legítimo contradictor, con lo que el procedimiento se transforma en contencioso, resguardando así los derechos de ambas partes. Otra manifestación del debido proceso es la concurrencia de un régimen recursivo en estas materias.

Los procedimientos no contenciosos se extienden desde el cambio de nombre, hasta la constitución de pertenencias mineras, es decir, todo procedimiento conocido por un tribunal de jurisdicción en lo civil, que sin embargo carece de los conocimientos técnicos específicos para entregar celeridad a estos procedimientos. A esto se debe agregar que en la práctica, como consecuencia de la alta carga de trabajo que tienen los tribunales, estos procedimientos son llevados ante algún funcionario del mismo tribunal, que no necesariamente es letrado, como un proveedor u oficial de sala, lo que ciertamente aumenta los costos de error sobre la aceptación o rechazo de la solicitud.

Ahora bien, para disminuir el costo de error, en aquello determinado por la falta de experticia del tribunal, en diversos procedimientos no contenciosos regulados fuera del Código de Procedimiento Civil, se establece que el magistrado, antes de dictar una resolución sobre el asunto, debe solicitar informe a ciertos órganos administrativos. Así ocurre, por ejemplo, en la tramitación de pertenencias mineras en la que se pide informe al Sernageomin y se falla en base a él⁷²; o en el procedimiento de cambio de nombre⁷³, donde se solicita informe al Registro Civil e

⁷² El Servicio Nacional de Geología y Minería, dentro del plazo de sesenta días corridos contados desde la recepción del expediente, debe emitir un informe respecto de los aspectos técnicos relacionados con la solicitud de sentencia, teniendo en vista el plano que se acompaña en la solicitud. Por mandato del artículo 57 del Código de Minería, en especial, el Servicio estará obligado a informar si se ajustan a la ley la forma, dimensiones y orientación de la cara superior de la concesión solicitada y si ésta queda comprendida dentro del terreno pedido. Si bien, este informe no tiene carácter decisorio y no obliga al juez, es de gran relevancia la información que contiene, en cuanto el juez no tiene las capacidades técnicas de analizar en detalle si la solicitud se ajusta a derecho.

Si el informe es favorable, el tribunal podrá dictar sentencia constitutiva de concesión de exploración.

⁷³ CHILE. Ministerio de justicia. 1998. Autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. modifica Ley nº 4.808, sobre Registro Civil. Inciso sexto Artículo 2.

Identificación, en el cual el jefe de servicio normalmente emite una opinión (no vinculante para el juez) sobre la posible resolución.

Del examen realizado sobre los costos de error y costos administrativos como pauta de eficiencia para el legislador, se puede concluir que el legislador del Código de Procedimiento Civil de principios del siglo XX resolvió correctamente asuntos fundamentales para los actos judiciales no contenciosos, tales como el resguardo del debido proceso y la reducción al máximo posible de los costos de error. Con posterioridad, el legislador ha tomado el desafío de encontrar un punto de equilibrio entre ambas clases de costes, mediante soluciones asequibles dentro del sistema, sin desnaturalizar el procedimiento, como por ejemplo, las consultas a órganos expertos en determinadas materias. Sin embargo, para el legislador del siglo XXI el desafío se encuentra en alcanzar un óptimo normativo para los actos no contenciosos, en que se sistematicen y ordenen los diversos procedimientos cuya regulación se encuentra diseminada por todo nuestro ordenamiento, donde se establezca como principio rector el equilibrio eficiente de recursos y medios disponibles, en pos de obtener resoluciones correctas, justas y certeras, en un tiempo razonable.

CAPÍTULO III: LA EFICIENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR EN LA REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

1. Discusiones planteadas respecto de la eficiencia.

Como ya se ha señalado anteriormente, el análisis económico del derecho, metodológicamente hablando, puede tomar dos perspectivas. En primer lugar, aquella que se limita a exponer ciertos hechos y sus consecuencias – análisis económico del derecho positivo – y, en segundo lugar, cuando parte de ciertas metas o valores buscan juzgar o evaluar los fenómenos jurídicos desde el punto de vista de tales metas o valores – en cuyo caso estamos ante el análisis económico del derecho normativo⁷⁴.

En este sentido, el análisis económico del derecho entrega una perspectiva del derecho instrumental que permite efectuar un análisis crítico de instituciones y leyes, desde el punto de vista de la eficiencia⁷⁵.

El análisis económico del derecho, desde sus distintas vertientes hace uso del concepto de eficiencia, no obstante, las dificultades comienzan cuando se debe definir qué se entiende por eficiencia. En este capítulo se analizarán, en términos generales, los distintos conceptos de eficiencia que tanto la ciencia económica como jurídica han planteado a fin de delimitar su contenido.

Tradicionalmente, la ciencia económica distingue varios tipos de eficiencia. Se habla así de eficiencia en el intercambio, cuando los bienes se intercambian de tal forma que una o más de las personas que participan en un intercambio se benefician, sin perjuicio de las demás. También existe una eficiencia en la producción, que se logra cuando con la misma cantidad de factores de producción se

⁷⁴ CARRASCO, NICOLAS. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. Op. Cit.

⁷⁵ IRARRAZABAL, FELIPE. Op. Cit.

logra una mayor producción de ciertos bienes o servicios sin reducir la de los restantes. Finalmente, también existe una eficiencia en la combinación de productos, cuando modificando las combinaciones puestas a disposición de los consumidores se logra para algunos de ellos una mayor utilidad, sin perjudicar a los restantes⁷⁶.

Ahora bien, estas variantes del concepto de eficiencia, para objeto del análisis económico del derecho no son suficientes, puesto que no entregan una valoración de dicho concepto capaz de delimitar su contenido. El AED no sólo se construye a partir del supuesto que las personas actúan como maximizadoras racionales de su bienestar, sino también en torno a la idea de eficiencia, en cuanto criterio de bienestar social⁷⁷. De este modo, el AED – en sus dos perspectivas – se concretiza en ciertos criterios de eficiencia que le dan contenido. Dichos criterios corresponden al parámetro de minimización de costos de Coase, los criterios paretianos de eficiencia (Óptimo y Superior de Pareto), el criterio de Kaldor-Hicks, y la maximización de bienestar de Posner. A continuación, serán analizados cada uno de ellos.

1.1. Criterio de Coase

El primer criterio, a partir del cual posteriormente se construye el concepto de eficiencia, es el planteado por Ronald Coase, en su obra publicada en 1960 en The Journal of Law and Economics de la Universidad de Chicago, titulada “The Problem of Social Cost” o “El Problema del Costo Social”.

El planteamiento de Coase, busca la generación de una pauta de elección social que persiga minimizar los costos sociales envueltos en toda disputa. Por medio de la elección que reduzca tales costos se puede alcanzar un resultado óptimo que asigne los bienes a quienes más lo valoran.

⁷⁶ CABANELLAS, GUILLERMO. El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. Op. Cit. 31p.

⁷⁷ MERY NIETO, RAFAEL. Op. Cit. 124p.

Este criterio, tiene su punto de partida en aquellas actividades de una empresa que tiene efectos perjudiciales en otras, estableciendo que el problema tiene una naturaleza recíproca. En efecto, en palabras de Coase, “el problema se formula comúnmente como uno en el que A ocasiona daño a B y lo que tiene que decirse es: ¿cómo deberíamos restringir a A? Pero esto es erróneo (...). La cuestión real que debe decirse es: ¿Debe permitirse que A dañe a B o que B dañe a A? La cuestión es evitar el daño mayor⁷⁸”.

Por otra parte, dentro de este problema dual, para poder llegar a una solución óptima que beneficie a ambas partes, se deben dar dos condiciones fundamentales. En primer lugar, debe existir una precisa asignación de derechos sobre el uso de los recursos, es decir, que exista una perfecta delimitación de derechos sobre los recursos escasos, tanto respecto a su titularidad como a su contenido. Para llegar a un acuerdo es necesario definir quiénes son los titulares de los derechos en conflicto y qué usos de estos derechos están o no permitidos. En segundo lugar, todos los costos de transacción deben ser nulos⁷⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, el autor desarrolla los elementos que darán lugar a lo que se conoce como el “Teorema de Coase”, el cual se puede expresar del siguiente modo: sea cual fuere la asignación inicial específica de los derechos de propiedad el resultado final será eficiente siempre y cuando la asignación inicial legal se encuentre bien definida y cuando las partes puedan llegar a un acuerdo y aplicarlo sin costo alguno, debiendo distinguirse dos situaciones: (a) Dada una situación sin costes de transacción, se podría lograr un resultado eficiente con independencia de la norma o decisión judicial atributiva del derecho elegida, y (b) Dada una situación en que hay costos de transacción, la solución eficiente no puede lograrse con independencia de la norma jurídica o decisión judicial elegida, por lo tanto, será

⁷⁸ COASE, RONALD. El problema del costo social. 1992. En: Revista de Estudios Públicos. N° 45. 83p.

⁷⁹ BEJARANO, JESUS ANTONIO. Op.Cit.162p.

preferible aquella norma o decisión que reduzca al mínimo los efectos de los costes de transacción⁸⁰.

A partir del Teorema de Coase se puede extraer una pauta de elección social para el juez: Dicha decisión debe tender a la reducción de los costos a fin de propender a la eficiencia, ya que la alternativa menos cara resulta la que genera mayor beneficio social. Sin embargo, la aplicación del Teorema de Coase tiene un claro fin consecuencialista. En efecto, éste se enmarca dentro de una visión pragmática de la labor judicial, en virtud de la cual, el fundamento de la decisión viene dada por las consecuencias sociales o efectos que ella probablemente tendrá y no en la deducción de una respuesta para el caso en concreto a partir de premisas al modo de un silogismo construido desde un texto o una fuente preexistente⁸¹.

Finalmente, cabe señalar que el planteamiento de Coase, surge a partir de una crítica al enfoque tradicional, representada por Pigou, influyendo significativamente en la forma de abordar el estudio de la ley desde una perspectiva económica. Así, uno de sus objetivos fue corregir la vía a través de la cual los economistas establecen recomendaciones de política. Coase sostenía que los economistas tendían a recomendar la intervención del gobierno en todos aquellos casos que el mercado se apartaba de un ambiente competitivo, olvidando que el gobierno no podía ser considerado una fuerza correctiva libre de costos. Es así como Coase argumentaba que los economistas debían evaluar, en primer lugar, todos los costos y beneficios de las alternativas de política en ejecución y las propuestas⁸².

⁸⁰ TAVANO, MARIA JOSEFINA. Coase: Un teorema para el derecho. Su aplicación: A la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia. 2006. En: Análisis Económico del Derecho. Compilación: Kluger, Viviana. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 60-61 pp.

⁸¹ CARRASCO, NICOLAS. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. Op. Cit. 3p.

⁸² BEYER, HARALD. Ronald Coase y su Costo Social. 1992. Revista de Estudios Público. N° 45. 5p.

1.2. Criterios paretianos

Si bien el análisis de los costos sociales realizado por Coase resulta esencial en la asignación de derechos de forma eficiente, no establece de forma clara su contenido, limitándose sólo a señalar que, en la medida que existan o no costos en una transacción, la redistribución de los derechos debe permitir la máxima eficiencia⁸³.

De los diferentes conceptos de eficiencia, uno de los máspreciados en la disciplina económica es indudablemente el desarrollado por Vilfredo Pareto, en su obra publicada en 1927, titulada “Manuel d’ Economie Politique” o “Manual de economía política”

El planteamiento de Pareto, tiene su origen a partir de un análisis del concepto de utilidad, al advertir que dicho término se aplicaba a dos cosas claramente distintas. Por un lado, se refiere a la estimación subjetiva de las personas respecto a la contribución de los bienes a su placer o felicidad. Por otro lado, el valor subjetivo a veces difiere de la contribución objetiva que un bien proporciona realmente al placer o la felicidad⁸⁴⁸⁵.

Luego, Pareto advierte que no es posible sumar las utilidades de las distintas personas, pero que si es posible una teoría de la elección social que deje de lado las valoraciones o juicios de valor al momento de decidir entre las distintas alternativas sociales que podrían ser elegibles en el marco de una decisión, como por ejemplo la judicial.

⁸³ MERY NIETO, RAFAEL. Notas sobre análisis económico del derecho: Una mirada desde América Latina. Op. Cit. 127p.

⁸⁴ COOTER, ROBERT. 2000. Las mejores leyes correctas: Fundamentos axiológicos del análisis económico del derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Fondo de Cultura Económica: Centro de Estudios de la Gobernabilidad y Políticas Públicas. 135p.

⁸⁵ Décadas después de los escritos de Pareto, la distinción subjetiva-objetiva adquirió especial relevancia gracias a los acontecimientos de la década de 1930, conocidos como la revolución ordinalista (...) La distinción ordinal-cardinal se incluyó en este debate, particularmente por el trabajo de Lionel Robbins, quien sostenía que las utilidades ordinales resumen el comportamiento observable, que es el objeto de la ciencia, mientras que las utilidades cardinales versan sobre juicios de valor que están fuera de la ciencia.

Para lograr lo anterior, el autor desarrolla dos ideas bajo las cuales se puede encuadrar la eficiencia. Por un lado, se encuentra el concepto de “Superior de Pareto”, según el cual una decisión es superior en el sentido de Pareto, cuando todo miembro de una comunidad prefiere la situación X a la situación Y, o bien, es indiferente a ambas situaciones, pero prefiere mínimamente la situación X. Por otro lado, y derivado de lo anterior, se encuentra el concepto de “Óptimo de Pareto”, según el cual estamos en presencia de una situación de óptimo de Pareto, cuando sólo se consigue una mejora para alguien, si transitamos desde una determinada situación social a otra, sin que al menos una persona, sufra por tal cambio, un perjuicio⁸⁶.

Pese a la gran influencia que ha tenido el criterio de eficiencia de Pareto, éste no ha estado exento de críticas, fundamentalmente porque el concepto de preferencia en que se fundan tales criterios no supone consentimiento, y asimismo, porque tales criterios no logran eliminar la existencia de externalidades.

En este sentido, Guillermo Cabanellas, esboza algunas críticas de este concepto: (i) En la generalidad de los contextos económicos existen múltiples óptimos de Pareto, o sea múltiples situaciones en las cuales no es posible beneficiar a una persona sin perjudicar a otra (...) De allí se ha inferido que el concepto es operativamente inútil, pues toda situación que no constituya un óptimo de Pareto es inestable, pues los interesados tienen un incentivo para negociar de manera de llegar a otra situación que constituya tal óptimo. Ello es en gran medida cierto, pero no invalida el valor del concepto de óptimo de Pareto, que es básicamente un instrumento de análisis y no una fórmula para identificar unívocamente políticas económicas. (ii) El concepto de óptimo de Pareto tiene una importante limitación en cuanto instrumento de análisis del Derecho, consistente en que, en gran medida, el Derecho opera a través de la solución de conflictos, o sea situaciones donde sólo es posible beneficiar a una persona a costa del perjuicio de otra. O sea que el Derecho

⁸⁶ CARRASCO, NICOLAS. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. Op. Cit. 3p.

debe decidir entre distintos óptimos de Pareto, para lo cual, entonces, requiere de criterios adicionales al de tales óptimos, como el de eficiencia de Posner o el Kaldor-Hicks. (iii) El concepto de óptimo de Pareto sólo tiene sentido una vez que se ha definido un marco de posibilidades dentro del cual se muevan los agentes económicos relevantes (...) Cuanto mayor es el horizonte de tiempo y otros elementos que se toman para determinar los posibles cambios en el bienestar de los agentes, más resultan alteradas las conclusiones que sobre óptimos de Pareto puedan formularse en contexto más acotado. (iv) El óptimo de Pareto es generalmente aplicado de forma estática, o sea sin considerar los aspectos dinámicos de la economía, sus cambios a través del tiempo. De más está decir que la realidad es dinámica, y que la preferencia por los enfoques estáticos responden a su mayor facilidad, y no a su realismo. Ello no sería grave si no se confundieran los análisis simplificados con la realidad; pero tal confusión es habitual y conduce a frecuentes errores en la exposición de las consecuencias jurídicas de medidas e instituciones⁸⁷.

1.3. Criterio de Kaldor-Hicks

Este criterio, conocido también como “Teoría del Equilibrio Eficiente”, “Criterio Corrector de Kaldor-Hicks” o “Criterio de Compensación”, fue desarrollado por los académicos Nicholas Kaldor y John Hicks, reconocidos dentro de lo que es la economía del bienestar, en el año 1939, como una respuesta alternativa o menos estricta al criterio de Pareto que, sin modificarlo del todo, propone un concepto capaz de hacerse cargo de la problemática distributiva, sin pretender alcanzar una unanimidad como Pareto y que, a su vez, sea más acorde a la realidad.

Efectivamente, la optimidad de Pareto dice relación únicamente con la eficiencia en el ámbito de las utilidades sin prestar mayor atención a las cuestiones

⁸⁷ CABANELLAS, GUILLERMO. Op. Cit. 33-35p.

distributivas. A su turno, si los estados de cosas pudieran clasificarse sólo por los estándares paretianos, la mayoría – si no todos los cambios que ocurren en el mundo real – no serían comparables. La mayor parte de las políticas del mundo real producen ganadores y perdedores. Por ello, entonces, se ha propuesto considerar como una mejora del bienestar social la posibilidad de que los ganadores puedan compensar adecuadamente a los perdedores⁸⁸.

De esta forma, Nicholas Kaldor, con miras de dar sentido de realidad a la eficiencia, formula una regla de decisión de elección social que pretendía elegir entre dos situaciones en base a un criterio que significara una mejoría a Pareto. En este sentido, propuso lo siguiente: Un estado de cosas X, es eficiente en términos de Kaldor, a otro estado de cosas Z, si después de moverse de Z a X, los ganadores pueden compensar a los perdedores⁸⁹, aunque tal compensación no tenga lugar en la realidad.

Por otra parte, John Hicks, complementa este criterio, en términos de que si los perdedores podrían sobornar a los ganadores para no permitir un movimiento hacia el nuevo estado social. O sea, el perdedor pudiera estar dispuesto a pagar al ganador, una cantidad de dinero determinada para impedir el paso al nuevo estado social (X), en la medida que dicha suma de dinero sea menor que la pérdida que sufre en el paso del estado social (Z) a (X)⁹⁰. Se persigue, por tanto, la generación de un nuevo estado social que produzca mayor cantidad de riqueza.

Con todo, la problemática fundamental del criterio de Kaldor-Hicks la constituye la paradoja de Scitovsky, que supone una inconsistencia lógica del mencionado criterio, toda vez que, dos situaciones sociales (X e Y) pueden paralelamente cumplir con una eficiencia según Kaldor-Hicks. De esta forma, tal

⁸⁸ MERY NIETO, RAFAEL. Notas sobre análisis económico del derecho: Una mirada desde América Latina. Op. Cit. 124p.

⁸⁹ Citado por CARRASCO, NICOLAS. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. Op. Cit. 3p.

⁹⁰ Citado por CARRASCO, NICOLAS. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. Op. Cit. 4p.

criterio carecería de transitividad, ya que, puede ser que tanto X sea más eficiente que Y, como asimismo, que Y sea más eficiente que X, en ambos casos, según Kaldor Hicks⁹¹.

1.4. Criterio de Posner

Posteriormente, Richard Posner, en su obra de 1977 titulada “Economic Analysis of Law” o “El Análisis Económico del Derecho”, desarrolla un concepto de eficiencia tomando como base los criterios precedentemente descritos (Pareto y Kaldor-Hicks), denominado como de “Maximización del bienestar”.

El planteamiento de Posner – que adopta un enfoque de maximización de la riqueza y es central en la versión tradicional del Análisis Económico del Derecho – sostiene que la riqueza es el valor en dólares o equivalente en dólares de cuanto hay en la sociedad. Se mide por lo que la gente está dispuesta a pagar por algo o, si ya lo posee, lo que piden en dinero por renunciar a ello. En consecuencia, en un sistema de maximización de la riqueza, el único tipo de preferencia que cuenta es aquel respaldado por dinero, o de otro modo, que se registra en un mercado⁹². Esto es importante, ya que dicho mercado no necesariamente debe ser explícito⁹³.

Por otra parte, es relevante establecer la distinción entre la maximización de la riqueza y el concepto de "bienestar" o "felicidad" en los términos planteados por los sistemas de pensamiento utilitarista. Para éstos, el valor moral de una acción debe apreciarse por sus efectos en cuanto a promover la suma de la felicidad o el

⁹¹ Citado por CARRASCO, NICOLAS. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. Op. Cit. 4p.

⁹² POSNER, RICHARD. Utilitarismo, economía y teoría del derecho. 1998. Centro de Estudios Públicos. 228p.

⁹³ En cuanto al concepto de mercado, Posner, efectúa la distinción entre "mercado real", es decir, aquel que se basa en un intercambio voluntario, ya sea que se utilice o no dinero en este intercambio, y "mercado hipotético", el cual hace referencia a aquellas transacciones que por definición son involuntarias, dentro de las cuales puede incluirse toda asignación de recursos efectuada por un tribunal. Esto tiene importancia ya que como la determinación del valor o disposición a pagar que hace un tribunal es menos exacta que la de un mercado, el enfoque de mercado hipotético debería reservarse para casos, como los de accidentes, en que los costos de transacción de mercado impiden que se utilice un mercado real para asignar los recursos de forma eficiente.

excedente de placer por encima de dolor que experimentan todos los habitantes de la sociedad⁹⁴. Sin embargo, no es del todo correcto establecer una relación entre riqueza y felicidad, como tampoco lo es señalar que las personas son simples maximizadoras de la riqueza. La riqueza es un elemento importante de las preferencias de la mayoría de la gente (y, en consecuencia, la maximización de la riqueza se asemeja al utilitarismo en cuanto atribuye bastante importancia a las preferencias), pero no es la suma total de esas preferencias⁹⁵.

Finalmente, Posner, pretende justificar su principio en la autonomía de las personas en cuanto ellas unánime y libremente adherirán a un criterio de elección social que incremente o maximice la riqueza. Ahora bien, sobre dichas bases expresa que el consentimiento daría lugar a una compensación *ex ante* ya que los individuos convendrían en la maximización de la riqueza para establecer las reglas de adjudicación. La explicación además de filosófica sería económica, en razón que dicha forma de compensación sería menos costosa, al existir menores costos asociados e iniciales de aquellos que concurren en sistemas en donde hay compensación y es *ex post*⁹⁶.

2. Consideraciones de eficiencia en relación a los procedimientos no contenciosos en la reforma procesal civil.

Sin lugar a duda, en los últimos años, el Estado ha puesto especial énfasis en una serie de reformas destinadas a modernizar los diversos procedimientos existentes dentro del ordenamiento jurídico chileno, a fin de poner al día estos modelos de Justicia a la luz de los avances del derecho comparado y, por sobre todo, dar cumplimiento a una creciente demanda ciudadana, desconfiada de la actuación de los Tribunales de Justicia.

⁹⁴ POSNER. Utilitarismo, economía y teoría del derecho. Op. Cit. 210p.

⁹⁵ POSNER. Utilitarismo, economía y teoría del derecho. Op. Cit. 231p.

⁹⁶ CARRASCO, NICOLAS. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. Op. Cit. 4p.

En este contexto, a principios del año 2012 se presenta ante el Congreso Nacional el Proyecto de la ley que destinado a reformar al Código de Procedimiento Civil, el cual se encuentra vigente desde el año 1902.

A lo largo del mensaje enviado por el Presidente de la República, se puede observar desde ya la gran importancia que se le otorga a la idea de eficiencia del sistema judicial, idea que sin condecirse directamente con algún criterio de eficiencia estudiado, da cuenta reiteradamente de la importancia de una reforma en términos eficientes. A modo de ejemplo se pueden señalar los siguientes pasajes:

- “En este afán, deberán impulsarse, como complemento esencial de este Proyecto, normas orgánicas, adecuatorias, leyes complementarias para el establecimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos, una nueva ley de arbitraje interno y, entre otros, una ley relativa a los asuntos voluntarios o no contenciosos. Tanto nuestra experiencia como la de otros países, revelan que sólo una visión modernizadora e integral de nuestro sistema de justicia civil, puede instalar, con éxito, cambios duraderos y eficientes”.
- “La situación descrita es fruto, como queda de manifiesto, de un diseño antiguo, el que no se ha actualizado con base en la experiencia adquirida con la modernización de otros sistemas procesales en el ámbito nacional y comparado. Estos cambios marcan ya rumbos ineludibles a cualquier legislación procesal que tenga por propósito la protección eficaz de los derechos e intereses ciudadanos, a partir de un sistema eficiente de resolución de controversias, propio de un mundo globalizado y de fronteras difusas”.
- “Tal como señaláramos anteriormente, el rol que se otorga al juez constituye un eje central del nuevo sistema, en tanto no es concebible un procedimiento por audiencias eficiente, sin la intervención preceptiva del juzgador y el respeto a la alta función de los abogados, que imperativamente debe asumir,

en el ejercicio de la función jurisdiccional, el rol de dirección del proceso, representando al Estado y participando de sus fines propios. Ello es coherente, además, con los restantes principios que este mismo libro contiene”.

De lo expuesto, queda de manifiesto que la búsqueda de la eficiencia constituye un eje central de la reforma procesal civil. Queda entonces por esclarecer qué concepto de eficiencia se encuentra detrás de ella.

Tradicionalmente, la cuestión de la búsqueda de la eficiencia en la Justicia ha sido ligada con la mejora en los tiempos de duración de los procesos que no cumplen con un estándar razonable, reflejándose claramente en la lentitud con la que los tribunales brindan respuestas a los justiciables, debiendo pasar varios años para una respuesta jurisdiccional eficaz⁹⁷.

Ahora bien, tal como se ha señalado anteriormente, concentrar los esfuerzos reformadores en inyectar dinamismo y velocidad a los procesos no confluye siempre en soluciones más eficientes. En efecto, un proceso rápido y barato podría conllevar soluciones incompletas o incorrectas, mientras que una decisión justa puede requerir tiempo, dinero y una actividad judicial por parte de los litigantes y del propio tribunal⁹⁸.

De este modo, un concepto de eficiencia adecuado para la reforma, sería aquel capaz de ponderar debidamente los intereses involucrados en el resguardo del debido proceso, así como los criterios tendientes a la obtención del óptimo de costos relevantes para el proceso civil⁹⁹.

⁹⁷ PALOMO, DIEGO. Reformas de la ejecución civil y del proceso monitorio: La apuesta chilena por la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a un debido proceso. 2014. Estudios Constitucionales, AÑO 12, n° 1. 480p.

⁹⁸ TARUFFO, MICHELE. Op. Cit.

⁹⁹ CARRASCO, NICOLAS. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. Op. Cit. 10p.

Despejado lo anterior, se puede hacer un correcto análisis de las principales modificaciones que se perciben en la reforma procesal civil. Efectivamente, en su mensaje, la reforma deja ver aquellos ejes centrales y principios que inspiran el nuevo código¹⁰⁰, mediante los cuales de una u otra forma se busca otorgar una mayor eficacia a la justicia civil.

En lo que respecta a esta investigación, se analizará en particular cómo es tratada la idea de eficiencia aplicada a los actos no contenciosos y como son regulados en el proyecto de reforma procesal civil. Sin embargo, dado al escaso desarrollo que existe en esta materia, es necesario partir con el análisis de otras instituciones incorporadas por la reforma y que forman parte del cúmulo de ejes centrales y principios que la inspiran, a fin de trasladar sus distintos fundamentos y conclusiones al análisis de los actos no contenciosos.

Para objeto de esta investigación, destacan tres modificaciones esenciales cuyo fundamento esta dado precisamente en otorgar mayor eficiencia al nuevo proceso civil. A saber, se estudiará a continuación, los siguientes aspectos: (a) El principio de oralidad, (b) La etapa de ejecución y (c) Los actos no contenciosos.

2.1. El Principio de Oralidad

El principio de oralidad constituye, sin duda, la principal y más ambiciosa modificación al actual código de procedimiento civil, el cual se enmarca sobre un cambio estructural del procedimiento civil, en completa armonía con otros principios formativos como son la concentración, la inmediación y la publicidad. Este principio,

¹⁰⁰ En este sentido, el mensaje del proyecto de la reforma procesal civil, en su capítulo IV, establece los ejes centrales y principios que inspiran el nuevo código, entre los cuales se encuentran: (1) El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional y el rol del juez; (2) Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos de relevancia jurídica; (3) Simplificación, modernización y principios formativos de los procedimientos; (4) Apreciación de la prueba y formación y control de la convicción del juez; (5) Sistema recursivo y rol de la Corte Suprema; (6) La ejecución: a) Fortalecimiento de la sentencia y rol del juez de primer grado jurisdiccional, b) Descentralización de la ejecución con control judicial permanente, ; (7) Pequeñas causas y tutela especial del crédito. El procedimiento monitorio; (8) Importancia del nuevo Código Procesal Civil. Supletoriedad.

básicamente consiste en una metodología de producción de información y su comunicación entre las partes, por un lado, y entre las partes y el tribunal, por otro. Esta metodología supone el uso de la palabra en contraposición al uso de la escritura¹⁰¹.

La incorporación de la oralidad al proceso civil no es algo nuevo, por el contrario, se da en el contexto de una larga secuencia de cambios estructurales del sistema chileno iniciado con la reforma procesal penal, pasando por la Justicia de Familia, la Justicia Laboral, entre otras, en todas las cuales se encuentra la oralidad como un factor común y de vital trascendencia. Es tanta su importancia, que los efectos positivos de un modelo procesal oral en materia probatoria son casi incuestionables, al aportar una mayor flexibilidad y espontaneidad en la rendición de la prueba, junto a un modelo de audiencia única o sucesivas, permitiendo una participación activa del juez, donde los actos del juicio, su desarrollo y resultados permanecen en su memoria hasta la dictación de la sentencia¹⁰².

En esta misma línea, el mensaje del proyecto de reforma procesal civil, hace hincapié en la importancia de la oralidad, señalando que: "(...) Asimismo y tal como mencionáramos anteriormente, el Código consagra principios de procedimiento generales recogidos por varios de los procesos reformados y que ya son parte de los estándares mínimos que se le exige al sistema de justicia, sustituyendo el procedimiento desde uno esencialmente escrito y desconcentrado a uno por audiencias, con preeminencia de oralidad y en el que priman los principios de inmediación, contradictorio e igualdad de oportunidad de las partes del proceso; continuidad y concentración, publicidad y buena fe procesal"¹⁰³.

¹⁰¹ DUCCE, MAURICIO; MARIN, FELIPE; RIEGO CRISTIÁN. 2008. Reforma a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. En: Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina. CEJA. Santiago. 36p.

¹⁰² PALOMO, DIEGO. 2005. Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere? Revista Derecho Valdivia, vol.18, no.1. 171-197p.

¹⁰³ REFORMA PROCESAL CIVIL. Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil. 2012. Mensaje N° 432-259. República de Chile, Ministerio de Justicia. 20-21p.

Ahora bien, en cuanto a la eficiencia, una visión simplista de este fenómeno puede llevar a la conclusión errada de que el proceso civil debe ser preferentemente oral, convirtiendo a la oralidad en la mejor y única fórmula para enfrentar la ineficiencia y lentitud del actual sistema. Sin embargo, hoy en día la doctrina y la experiencia ha demostrado que esto no es más que un mito¹⁰⁴.

En efecto, la estructuración del nuevo proceso civil bajo el principio de oralidad no conlleva necesariamente al abandono definitivo de la escrituración, por el contrario, su incorporación no debe alterar la esencia de los principios en los cuales se sustenta razonablemente un sistema procesal civil, por cuanto no implica que todas y cada una de las actuaciones de un procedimiento deban ser orales para ser compatibles con la lógica del debido proceso. Es posible y normal que en todo tipo de procesos existan actuaciones escritas, como por ejemplo la acusación del fiscal en el proceso penal o la demanda en el proceso civil, sin que ello afecte el aspecto esencial del significado de la oralidad como componente del debido proceso¹⁰⁵.

Consecuente con lo anterior, el mensaje del proyecto de reforma procesal civil, junto con consagrar la oralidad como uno de los principios inspiradores de ésta, realiza la prevención y opta por un sistema en el cual se le reconozca un valor a la escrituración, a fin de mantener un equilibrio óptimo entre ambos sistemas. De este modo, el mensaje señala: “Con todo, reconociendo la particular complejidad del conflicto civil, el Proyecto intenta mantener un adecuado equilibrio entre oralidad y escrituración, consagrando una fase de discusión esencialmente escrita, como también ocurre con los recursos e incidentes fuera de audiencia y otras actuaciones especiales. Por consiguiente, estos procedimientos se caracterizan por ser

¹⁰⁴ En este sentido, Michele Taruffo, al tratar el tema de la oralidad y la escrituración como factores de eficiencia en el proceso civil, hace la prevención y distingue dos clases de mitos, señalando: “Digo mitos en plural, porque, cuando menos, existen dos: el *mito positivo*, según el cual la oralidad se considera un valor óptimo básico, una especie de panacea que debería resolver todas las dificultades del funcionamiento del proceso civil; y el *mito negativo*, por el que la escritura es esencialmente perversa y responsable de la mayoría de los problemas que surgen en un litigio civil, por lo que debería reducirse al mínimo indispensable, o incluso, posiblemente, anularse”.

¹⁰⁵ DUCCE, MAURICIO; MARIN, FELIPE; RIEGO CRISTIÁN. 2008. Reforma a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. Op. Cit. 37p.

simultáneamente y conforme mejor se ordene a la naturaleza de la actuación, orales y escritos”¹⁰⁶.

Lo anterior, obtiene aun mayor sentido si se analiza desde el punto de vista de los costos de error del proceso. Sin duda, un proceso preminentemente oral tiene la ventaja de ser más rápido, simple, de actuaciones procesales menos rigurosas y de un contacto directo y permanente por parte del juez de los asuntos llamado a resolver; razón por la cual debería considerarse más eficiente. No obstante, esta eficiencia, planteada en términos de ahorro de tiempo y dinero, puede conllevar mayores costos de error si se atiende el estadio procesal en que encuentra el proceso. En efecto, puede distinguirse tres etapas en las cuales la oralidad afecta de una u otra forma la calidad de la decisión jurisdiccional, a saber: (i) En la presentación de la demanda, un debate oral puede ser más rápido, menos caro y mucho más simple que una preparación por escrito, sin embargo en caso de procesos complejos o de una gran cuantía, la presentación de escritos al tribunal, peticiones por escrito al juez y la emisión de ordenes escritas puede asegurar un desarrollo completo, detallado, pleno y articulado de todos los asuntos relevantes del litigio, delimitando con mayor eficiencia el asunto controvertido, evitando decisiones erróneas; (ii) En la presentación de la prueba, la oralidad sólo reducirá los costos de error del proceso en la medida que nos enfrentemos a un juicio oral concentrado, con plena aplicación de los principios de concentración, inmediación y publicidad, procurando una decisión inmediata del litigio, ya que de lo contrario la práctica oral de la prueba puede verse desnaturalizada si por ejemplo ésta se va dilatando en distintas vistas por un largo periodo de tiempo; (iii) Finalmente, en cuanto al examen de la prueba y la decisión final, bajo la condición de un proceso concentrado, requiere de una decisión inmediata, ya que si ella se toma meses o años después de la vista en la que se practicó la prueba, la auténtica fuente de la decisión será un acta escrita y no una prueba oral, lo cual implica una condición derivada, por lo que el juez de los hechos que toma la decisión final debe ser la misma persona que asistió a la

¹⁰⁶ REFORMA PROCESAL CIVIL. Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil. Op. Cit. 21p.

vista en la que se interrogaron los testigos. Además, una discusión final en el contexto de una vista concentrada suele ser relativamente corta y por ello también es eficiente en términos de reducción en la demora del proceso¹⁰⁷.

2.2. La Ejecución

En cuanto a la etapa de ejecución, se observa una de las modificaciones más importantes al actual Código de Procedimiento Civil. Desde los inicios de la reforma, existió en el foro gran preocupación en torno a este tipo de procedimientos, por cuanto se observó que éstos absorben buena parte de las causas civiles que ingresan al sistema judicial, de las cuales un muy bajo porcentaje concluye con una respuesta efectiva a la pretensión del actor o que lisa y llanamente no son tramitadas. Además, se dispone de los jueces al cumplimiento de labores que no tienen carácter jurisdiccional, causando un retraso generalizado en la tramitación de las causas.

Esto tiene importancia, dado que la existencia de una fase de ejecución en el juicio está subordinada esencialmente a la necesidad de una tutela judicial efectiva. Como bien señala el profesor Raúl Núñez Ojeda, en su crónica de la reforma del sistema procesal civil chileno: “Poco importa obtener una resolución jurisdiccional favorable, si no se puede obtener una realización, o si no puede conseguirse el bien de la vida que el juicio ha reconocido. Sin ejecución el Derecho es algo que se esfuma en etéreas declaraciones o formulaciones más o menos afortunadas”¹⁰⁸.

En este sentido, el mensaje del proyecto de reforma procesal civil, reconociendo la situación anterior, señala lo siguiente: “La circunstancia de presentarse un real conflicto de relevancia jurídica en este procedimiento es meramente eventual y de exigua materialización en la práctica forense. Sin embargo,

¹⁰⁷ TARUFFO, MICHELE. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. Op. Cit.

¹⁰⁸ NUÑEZ, RAÚL. Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). Op. Cit. 186p.

el diseño de nuestro sistema actual judicializa necesariamente todos y cada uno de los procedimientos de ejecución, sin importar que exista o no oposición a dicha ejecución por parte del demandado”. – Agregando a continuación – “Incluso existiendo oposición, basada actualmente en una multiplicidad de excepciones, no se divisa razón alguna para que los restantes trámites del procedimiento, en su mayoría meramente administrativos, estén entregados a la labor del órgano jurisdiccional. Se desconcentra así al juez civil de su labor principal, que no debiera ser otra que la resolución de los conflictos de relevancia jurídica, que constituye en esencia la función jurisdiccional”¹⁰⁹.

De este modo, queda claramente expresado que para el legislador los procedimientos de ejecución en la actualidad adolecen de graves falencias que aumentan considerablemente los costos del sistema. Nace entonces la necesidad de incorporar modificaciones que hagan más eficientes estos procedimientos y que se encuentren acorde a las modernas propuestas reconocidas en el derecho comparado. Así, la reforma procesal civil plantea dos importantes modificaciones en esta materia: (a) La ejecución provisional y (b) El oficial de ejecución.

En primer lugar, la ejecución provisional, encuentra su fundamento en un fortalecimiento de la sentencia y rol del juez de primer grado, permitiendo la posibilidad de solicitar, sin necesidad de rendir caución, el cumplimiento y ejecución inmediata de las sentencias de condena, aun cuando existan recursos pendientes en su contra, lo cual viene a reemplazar el actual procedimiento de cumplimiento incidental de las sentencias¹¹⁰. En este sentido, el proyecto busca, por un lado, acortar el horizonte temporal de una respuesta jurisdiccional eficaz y, por otro lado, evitar algunas malas prácticas y reducir el número de recursos interpuestos con ánimo exclusivamente dilatorio y abuso procesal¹¹¹.

¹⁰⁹ REFORMA PROCESAL CIVIL. Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil. Op. Cit. 14p.

¹¹⁰ REFORMA PROCESAL CIVIL. Op. Cit. 24p.

¹¹¹ PALOMO, DIEGO. Reformas de la ejecución civil y del proceso monitorio: La apuesta chilena por la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a un debido proceso. Op. Cit. 488p.

En segundo lugar, el oficial de ejecución, encuentra su fundamento en la descentralización de la ejecución, bajo un control judicial permanente. En efecto, a fin de lograr un procedimiento ejecutivo idóneo y rápido para el cobro de los créditos consignados en títulos a los que la ley otorga fuerza ejecutiva, sean jurisdiccionales o extrajurisdiccionales y que, al mismo tiempo, proteja y garantice los derechos de las partes, es que se crea esta figura del oficial de ejecución, como profesional encargado de llevar adelante todas las actuaciones de apremio, incluido el embargo, pero sometido siempre a un control permanente del juez¹¹².

Ahora bien, ambas instituciones, desde una perspectiva de análisis económico del derecho, tienen por objeto disminuir considerablemente los costos administrativos o terciarios del actual sistema de ejecución, particularmente con la eliminación de trámites netamente dilatorios y la agilización de una etapa que, como bien señala el mensaje, se aleja del ámbito jurisdiccional, por cuanto un real conflicto de relevancia jurídica en este procedimiento es meramente eventual. Asimismo, los costos de error se reducen en la propuesta normativa, si consideramos que la existencia de un título ejecutivo, elimina espacios de duda acerca de la existencia, contenido y características de la acreencia.

2.3. Los actos no contenciosos:

En lo que concierne a los actos no contenciosos, el proyecto de reforma procesal civil, los menciona expresamente, pero de forma muy breve, estableciendo que tales causas serán de conocimiento de los tribunales civiles, y que se dictará una ley que contemple este tipo de procedimientos¹¹³.

Como puede observarse, el mencionado proyecto no entrega mayores señales de cómo será resuelta la tramitación de este tipo de causas. Sin embargo, a partir del

¹¹² REFORMA PROCESAL CIVIL. Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil. Op. Cit. 25p.

¹¹³ REFORMA PROCESAL CIVIL. Op. Cit. 4p.

análisis de las instituciones anteriores, tratadas con mayor profundidad en el proyecto, conjuntamente con lo que ha señalado la doctrina a propósito de estos procedimientos, es posible establecer cómo deben ser concebidos los actos no contenciosos en la reforma procesal civil.

Desde ya, se puede señalar que estos procedimientos deben ser entregados al conocimiento de órganos administrativos o auxiliares de la administración de justicia, contemplándose la intervención del órgano jurisdiccional sólo en caso que fuere ello absolutamente indispensable, como acontecería si surge una oposición durante la tramitación¹¹⁴.

Esta idea de traspasar los llamados actos no contenciosos desde una esfera jurisdiccional a una esfera netamente administrativa, es algo que ha sido ampliamente planteado por la doctrina y que a primera vista parece ser el espíritu del mensaje del proyecto. Su principal argumento, al igual como ocurre con las modificaciones introducidas en materia de ejecución, parece ser la idea de que efectivamente en este tipo de procedimientos no existe un verdadero conflicto, desconociendo así la principal labor del juez civil, que no es otra que la resolución de conflictos de relevancia jurídica, que constituye en esencia la función jurisdiccional¹¹⁵.

En esta misma línea, los profesores José Francisco García y Francisco Javier Leturia, dan cuenta de procedimientos no contenciosos en los que se daría este escenario: "(...) Esta situación se presenta, por ejemplo, en las solicitudes de cambio de nombre, en la constitución de la propiedad minera (7% de los ingresos civiles) o en la rectificación de una partida de nacimiento. En las situaciones referidas, al no existir un asunto litigioso propiamente tal, el juez y por extensión el tribunal se transforma en un mero receptor de antecedentes, asumiendo muchas veces una tarea más administrativa que jurisdiccional, pero con todas las formalidades y

¹¹⁴ NUÑEZ, RAÚL. Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). Op. Cit. 189p.

¹¹⁵ REFORMA PROCESAL CIVIL. Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil. Op. Cit. 14p.

resguardos propios de un sistema procesal decimonónico. En efecto, en la mayoría de los procesos referidos, los servicios públicos informan sobre la gestión determinada, e indican si ella es o no procedente. Así, por ejemplo, cuando se solicita una rectificación de una partida de nacimiento, los antecedentes son remitidos por el juez al Servicio de Registro Civil e Identificación para que este informe si procede o no la gestión que se solicita”¹¹⁶.

Ahora bien, esta idea generalizada en la doctrina de traspaso de funciones desde una esfera a otra, y que a simple vista es recogida por el proyecto, no sólo encuentra apoyo desde el mundo académico, sino que recientemente ha sido acogida por los principales actores del sistema, los jueces, representados en el poder judicial. Justamente, en el contexto de los distintos diálogos institucionales que se han planteado en torno a la reforma, el Pleno de la Corte Suprema, con fecha 01 de Enero de 2015, a través de su Dirección de Estudios, replica las “Conclusiones del Primer Conversatorio de la Corte Suprema sobre la Reforma Procesal Civil”, en el cual aborda directamente los asuntos no contenciosos, estableciendo los lineamientos que debe seguir su eventual reforma. De este modo, el Pleno de la Corte, estableció las siguientes conclusiones¹¹⁷:

- 1. Hay disposición para analizar la necesidad de desjudicialización de determinados asuntos judiciales no contenciosos.*
- 2. La desjudicialización de asuntos judiciales no contenciosos solo se justifica en la medida que las vías extrajudiciales que se exploren sean capaces de garantizar mayor eficacia que la respuesta jurisdiccional.*

¹¹⁶ GARCIA, JOSÉ FRANCISCO y LETURIA, FRANCISCO JAVIER. Justicia civil: diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. 2006. Revista chilena de Derecho, Vol.33, n°2. 363p.

¹¹⁷ CORTE SUPREMA. Conversatorio de la Corte Suprema sobre la Reforma Procesal Civil. 2015. Dirección de Estudios Corte Suprema. [En línea] <<http://decs.pjud.cl/index.SUPREMA.php/noticias/83-conversatorio-de-la-corte-suprema-sobre-la-reforma-procesal-civil>> [Consultado: 2 febrero 2016]

3. *Esta materia debe abordarse en dos etapas, la primera destinada a identificar todos los actos judiciales no contenciosos que se tramitan en los tribunales civiles y la segunda destinada a discutir la conveniencia o inconveniencia de su desjudicialización.*

Para ello, se propone la siguiente metodología:

- a) *Primera etapa: en lo inmediato, se debe realizar un estudio para conocer la siguiente información:*

- *Levantamiento de los asuntos judiciales no contenciosos consagrados en la ley.*
- *Levantamiento de asuntos judiciales no contenciosos conocidos por los tribunales civiles.*
- *Tiempos de tramitación y etapas de los asuntos judiciales no contencioso.*
- *Intervinientes.*
- *Flujos de procesos.*

A efectos de este estudio, se propone profundizar el informe del profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, don Jorge Vial Álamos, sobre la desjudicialización de competencias en materia civil.

- b) *Segunda etapa: con los resultados a la vista del estudio que se realice en la primera etapa, se debe discutir y decidir lo siguiente:*

- *Conveniencia o inconveniencia de mantener los asuntos judiciales no contenciosos bajo el conocimiento del Poder Judicial.*
- *Asuntos judiciales no contenciosos que debieran desjudicializarse.*
- *Instituciones, órganos, autoridades o servicios en las que debiera quedar radicada la competencia para conocer de los asuntos no contenciosos en caso de desjudicialización.*

Como puede observarse, existe disposición en el Poder Judicial de traspasar el conocimiento de estos asuntos a otras esferas, haciendo la salvedad de que las

vías que se adopten deben garantizar una mayor eficacia que la respuesta judicial y estableciendo la metodología adecuada a fin de identificar los actos no contenciosos tramitados en los tribunales civiles y la conveniencia o no de su desjudicialización.

Por otra parte, esta visión se condice con lo que el análisis económico del derecho ha propuesto en esta materia, en cuanto a las implicancias económicas que tiene una respuesta tardía del órgano jurisdiccional.

En este sentido, tal como reflexiona Posner, la respuesta principal ante el crecimiento de la demanda suele ser un incremento en el número de jueces y en el personal judicial de apoyo, siendo poco probable que tal respuesta tenga un efecto significativo sobre la demora judicial, excepto en el muy corto plazo. Al aumentar la calidad del remedio legal, por lo menos para quienes aprecian la justicia expedita, un incremento del número de jueces inducirá a algunas personas, que antes habían sido disuadidas por la demora a acudir a los tribunales. Asimismo, a medida que crece en número de jueces, aumenta los costos de transacción de la toma de decisiones judiciales¹¹⁸.

De este modo, según Posner, existirían dos respuestas ante el problema de la carga de trabajo: (i) mayores requerimientos de cantidad mínima en la controversia, o (ii) mayores cobros por iniciar un juicio; inclinándose por la última solución. Así, Posner desarrolla su planteamiento en los siguientes términos: “el enfoque de la cantidad mínima en la controversia es el equivalente de un cobro infinito por iniciar casos que se encuentren por debajo del mínimo y un cobro nulo para los casos que se encuentren por encima del mínimo, no siendo un mecanismo óptimo para repartir los casos entre diferentes sistemas judiciales. En cambio, un cobro de iniciación fijo funcionaría como un impuesto proporcionalmente declinante sobre los juicios. Sin embargo, ambas soluciones pueden ser criticadas por favorecer a los más ricos. Pero la crítica es incompleta, aunque los intereses en juego y la riqueza tengan una

¹¹⁸ POSNER, RICHARD. El análisis económico del derecho. Op. Cit. 543-547p.

fuerte correlación positiva”¹¹⁹. Luego, el autor concluye: ”dado que las partes gastarán más en litigio entre mayores sean los intereses en juego, y que los mayores gastos en el litigio reducirían los costos de error, toda la sociedad, ricos y pobres por igual, tendrán interés en asignar los recursos judiciales de la mejor calidad a los caso más grandes, dejando los casos más pequeños para que sean juzgados en tribunales de menor calidad”.¹²⁰

En el mismo sentido, la discusión sobre el cobro de tasas como medio para lograr el óptimo de eficiencia en el sistema judicial también se ha presentado en la doctrina nacional existiendo dos puntos de vista: el primero, representado por Rafael Mery Nieto en su trabajo denominado “Una aproximación Teórica y Empírica a la Litigación Civil en Chile” y por Juan Enrique Vargas, Carlos Peña y Jorge Correa en su texto “¿Es la justicia un bien público?”, éstos últimos plantean en el texto referido que: (i) no es posible aceptar que los tribunales en el área civil y comercial deban ser financiados con cargo a recursos públicos, en forma gratuita para los usuarios y que solo sería pertinente que el estado contribuya a financiarla en la medida que se generen externalidades positivas sobre la comunidad, pero hasta el monto suficiente para compensar estas; (ii) que la justicia gratuita ha conducido a la sobreutilización de un bien naturalmente escaso; y (iii) que las políticas en el sector debieran orientarse a fomentar la utilización de sistemas privados de resolución de conflictos y, en el caso de los públicos, a cobrar por su utilización, sin perjuicio de establecer subsidios a favor de quienes no puedan asumir tales costos, dado que el desarrollo de la justicia pública debiera concentrarse en áreas donde realmente se genera un bien público.¹²¹

En resumen, buscando el establecimiento de sistemas de litigación que conduzcan a mejoras de la justicia civil y comercial, es que los exponentes de la tesis tradicional, señalan que la manera de hacer coincidir el interés privado en litigación,

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ CORREA JORGE; PEÑA, CARLOS y VARGAS, JUAN. 2000. ¿Es la Justicia un bien público?. Revista perspectivas Vol. 3, N°2. 408p.

con el nivel óptimo de judicialización social, se alcanza por medio del establecimiento de tasas judiciales.¹²²

Por otra parte, estos planteamientos han sido recientemente rebatidos por Raúl Núñez y Nicolás Carrasco, quienes critican las ideas de la que ellos llaman la “doctrina tradicional”, explicada brevemente en los párrafos anteriores, señalando la imposibilidad de aplicar, en la realidad, las propuestas para lograr un punto óptimo en la administración de justicia. Plantean que una forma alternativa de alcanzar el deseable objetivo de hacer coincidir el interés privado –y correlativamente, los costos privados– con el interés social –y correlativamente, los costos sociales–, pasa por desarrollar herramientas procesales que consideren ambos aspectos del problema, incentivando aquellas conductas que generen que dicha coincidencia se produzca con mayor probabilidad. Ello supone, por una parte, entender que es imposible establecer un sistema normativo que haga coincidir completamente los costos privados y sociales. Por otra parte, se debe entender que la existencia de una tasa de gasto regresivo se debe tolerar, máxime si el proceso está conformado precisamente para convivir con tasas de errores, a las que no debe temerse, ni pretender su eliminación total, ya que con ello estamos imponiendo una mayor cantidad de costos al sistema.¹²³

Lo expuesto precedentemente tiene plena aplicación en los actos no contenciosos. El interés del usuario del sistema no sólo se limita a una respuesta rápida y efectiva a su solicitud, sino que también a que exista una óptima asignación de los recursos fiscales. No basta sólo con aumentar la inversión estatal, sino que se deben diversificar de forma eficiente las distintas tareas que debe cumplir el juez, dándole especial énfasis a aquellas en las cuales exista un mayor interés en juego, ya sea en función al beneficio obtenido o al perjuicio a evitar.

¹²²CARRASCO NICOLAS, NUÑEZ RAUL. 2015. Análisis económico de la administración de justicia: ¿la justicia como bien público o privado?. Revista chilena de derecho, Vol. 42, N°2. 600p.

¹²³ CARRASCO NICOLAS, NUÑEZ RAUL. 2015. Análisis económico de la administración de justicia: ¿la justicia como bien público o privado? Op. Cit. 610-611p.

Al momento de determinar la aplicación de tasas para el procedimiento de actos no contenciosos, se deben tener presente las externalidades positivas que generan para la sociedad. La principal externalidad es la seguridad jurídica que otorgan las resoluciones emitidas por los tribunales. La protección a los más débiles, proveniente de un órgano imparcial, también es una externalidad positiva a tener en cuenta en estas materias.

Si analizamos los procedimientos no contenciosos desde el punto de vista de la doctrina tradicional, al ser asuntos de interés privado, se debería aplicar un sistema de tasas, al cual se descuenten los beneficios que se generan para la sociedad con las externalidades positivas antes señaladas. Sin embargo, el monto de las tasas a cobrar a cada ciudadano es sumamente difícil de calcular, puesto que se trata de gestiones no del todo voluntarias, sino obligaciones legales que deben cumplir los ciudadanos para poder efectuar ciertos actos, corriendo el riesgo que sean demasiado gravosas para ellos, dejando de cumplir obligaciones establecidas en la ley.

La seguridad jurídica, así como la protección de los intereses de los más débiles son asuntos de suma importancia para la sociedad, ya que generan igualdad y confianza en el sistema de resolución de conflictos, razón por la cual estas materias no podrían ser entregadas en su totalidad a la voluntad de los particulares. Si bien, la factibilidad de aplicar o no tasas en el sistema judicial, es algo que escapa del objeto de esta tesis, no es menos cierto que el conocimiento de asuntos no contenciosos, por los argumentos anteriormente expuestos, debe quedar fuera de la esfera de los Tribunales, entregando su conocimiento a órganos administrativos o auxiliares de la administración de justicia, contemplando la intervención del órgano jurisdiccional solo en caso de que se presente un real conflicto de intereses, como ocurriría ante una eventual oposición.

Concluido lo anterior, para poner en marcha este nuevo sistema de tramitación de causas no contenciosas, el legislador deberá tener presente que la administración incurrirá en costos de implementación. Finalmente, para determinar si la propuesta de esta memoria es eficiente se debería realizar un análisis empírico detallado con

los costos en que hoy incurre el aparato judicial en la tramitación y resolución de estos asuntos, para luego compararlo con los costos proyectados de la administración. Sin perjuicio de lo expuesto, este análisis no será realizado en la presente investigación, debido a que su objeto está circunscrito al ámbito teórico y no se extiende al estudio empírico de los costos de la institución en comento.

3. La experiencia de la ley 19.903 sobre la posesión efectiva intestada.

Contrario a lo que se pueda pensar, este fenómeno de desjudicialización de materias sometidas al conocimiento de los Tribunales de Justicia y trasladadas a órganos administrativos no es nuevo en nuestro país. En efecto, la Ley 19.903 sobre “otorgamiento de posesiones efectivas de la herencia y adecuaciones de la normativa procesal, civil y tributaria” publicada el 10 de Octubre de 2003 en el Diario Oficial y que entró en vigencia el 10 de Abril de 2004, vino a regular la tramitación de la posesión efectiva intestada, que hasta ese momento era un trámite de tipo judicial, específicamente un acto judicial no contencioso que, como tal, se desarrollaba ante los Juzgados de Letras Civiles¹²⁴.

De este modo, el legislador entregó el conocimiento y resolución de este asunto al Servicio de Registro Civil e Identificación, argumentando que el acceso al aparato jurisdiccional resultaba sumamente oneroso para un ciudadano promedio, por lo que, las personas no realizaban este trámite oportunamente, afectando la disposición de los bienes del causante. Además, se señaló que el Servicio de Registro Civil sería el organismo más adecuado para conocer de estos asuntos, debido al desarrollo de su sistema de información y de trámites en línea, lo que ayudaría a reducir los costos para los usuarios, y aumentaría el acceso al sistema.

¹²⁴ Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.903, el trámite de posesión efectiva se basaba principalmente en la Ley 16.271 “Ley de Impuesto a la Herencia, Asignaciones y Donaciones”, publicada en el año 1965; además de los artículos 980 y siguientes del Código Civil y los artículos 878 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Así queda de manifiesto en la Historia de la Ley¹²⁵:

“En suma, el proyecto responde a una motivación por hacer más accesible a la gente el servicio del Estado, en la línea de modernización que hemos impulsado en los últimos años, contribuyendo de paso a facilitar la regularización de propiedades raíces al tenor de lo expresado en un principio y, por otra parte, permite iniciar el camino en que se encuentra empeñado el Sector Justicia para sustraer del conocimiento de los tribunales aquellos asuntos que no revisten un carácter propiamente jurisdiccional.

Todos estos fundamentos hacen del proyecto una iniciativa de interés que acarrea beneficios vinculados con el acceso de los más pobres a prerrogativas que hoy no tienen; regularización de pequeña propiedad raíz, con el ahorro que eso significa para el Estado; modernización de la gestión pública y enfoque adecuado de los recursos del Poder Judicial a aquellos asuntos que propiamente le corresponde conocer”.

En este mismo sentido, un estudio realizado el año 2000 por los profesores Jorge Correa Sutil y Alejandra Aguad Deik, en conjunto con los Ministerios de Justicia y Bienes Nacionales¹²⁶, da cuenta de los inconvenientes existentes con el antiguo sistema, señalando: *“El procedimiento legal de concesión de la calidad de heredero, llamado posesión efectiva de la herencia, no obstante ser de los más sencillos trámites judiciales que contempla nuestro sistema, resulta suficientemente lento, caro, complejo, engorroso, atemorizante e incomprensible para los sectores pobres o más apartados de los centros urbanos de nuestra sociedad, como para que no se le emplee con la frecuencia que sería deseable”¹²⁷.*

¹²⁵ Historia de la Ley 19.903. 6p.

¹²⁶ CORREA, JORGE y AGUAD, ALEJANDRA. 2000. Racionalización de la Posesión Efectiva. Colección Informes de Investigación N°5, Año 2. 90p.

¹²⁷ Según los datos disponibles en el estudio, proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas, en la percepción de los propios beneficiarios del programa, el motivo fundamental por el cual habían permanecido en la calidad de poseedores irregulares era la falta de dinero para hacer los trámites, que daba más de la mitad de la muestra (55%), seguida por el desconocimiento de los procedimientos de legalización y de una visión negativa

Ahora bien, pese a la convicción existente en torno a reformar el sistema y su consecuente desjudicialización, las propuestas de modificación no estuvieron ausentes de críticas y reparos, que hacían dudar de la efectividad la reforma, siendo posible señalar, entre los más importantes, los siguientes inconvenientes¹²⁸: (i) La posibilidad de que se cometan errores computacionales en la determinación de los herederos de un causante, siendo imperioso que la base de datos del Servicio de Registro Civil se encuentre lo más completa posible; (ii) La eliminación de la intervención de los jueces de letras, en el otorgamiento de las posesiones efectivas de herencias derivadas de sucesiones intestadas abiertas en Chile, puede traer graves inconvenientes. Ello porque la determinación de la calidad de heredero de una persona puede no resultar ser un procedimiento simple, dado que existen en juego instituciones jurídicas complejas, que exigen conocimientos especializados sobre la materia; (iii) No soluciona el problema del entrapamiento que las posesiones efectivas podrán sufrir en el Servicio de Impuestos Internos, dado que éste tiene la facultad de impugnar la valoración de los bienes; (iv) El ahorro de costos que propone la ley es una cuestión relativa y no tan cierta. Primero, la intervención de los tribunales de justicia en el trámite de dación de la posesión efectiva es gratuita, lo que no ocurrirá con la intervención del Servicio del Registro Civil e Identificación que podrá cobrar un arancel que es proporcional al monto de la herencia. Todo ello no obstante establecer la gratuidad de la tramitación para aquellas herencias que no superen la 15 Unidades Tributarias Anuales. Segundo, la Ley 19.903 derogó un importante beneficio, que efectivamente reducía los costos, consistente en la eliminación del procedimiento simplificado de tramitación de la posesión efectiva de aquellas herencias cuya masa de bienes no excedía a las 50 Unidades Tributarias Anuales. Tal procedimiento tenía una rebaja del 50% en los costos que implicaban las actuaciones judiciales, notariales y las de los Conservadores de Bienes Raíces.

acerca de la complejidad de la tramitación. Tan sólo una décima parte de los beneficiarios dijo desconocer que la propiedad estuviese en situación irregular de títulos.

¹²⁸ OYARZÚN RIVEROS, MARIA. Op. Cit.

No obstante las críticas esbozadas, lo cierto es que la reforma al sistema de posesión efectiva intestada ha tenido bastante éxito durante toda su vigencia, la cual no puede sino ser atribuido en gran parte al enorme esfuerzo realizado por el Servicio de Registro Civil por actualizar los sistemas computacionales, capacitar a sus funcionarios, la contratación de abogados y adecuación de espacios físicos para una mejor atención a la ciudadanía. Del mismo modo, a un año de la implementación de la ley, quien entonces era Director Nacional del Servicio de Registro Civil, Aldo Signorelli, realizaba un balance de la ley en los siguientes términos: (i) De los resultados alcanzados en el primer año de vigencia de vigencia de la Ley N° 19.903 sobre Posesiones Efectivas de las Herencias Intestadas, hasta mayo del año 2005, fueron recibido 53.514 solicitudes en todo el país, habiéndose concedido, publicado e inscrito 46.844 Posesiones Efectivas (más del 87% de total de solicitudes); (ii) Para resaltar el sentido social de esta la nueva ley, la gran mayoría de quienes han tramitado una Posesión Efectiva con el Servicio de Registro Civil e Identificación han realizado el procedimiento en forma totalmente gratuita. En este sentido, las estadísticas señalan que el 77% de las solicitudes correspondió al Tramo 1 (exentas de pago de arancel), el 16% ha quedado en el Tramo 2 (pago de 1,6 UTM) y sólo el 7% ha quedado ubicado en el Tramo3, debiendo pagar un arancel de 2,5 UTM por la tramitación.

Al igual que como se ha venido planteando, la ausencia de contencioso y la prescindencia de la intervención del juez fueron los principales argumentos que se utilizaron para optar por la desjudicialización de este procedimiento, todo ello reforzado por la evidencia empírica que revelaba el incremento gradual de estas causas año a año¹²⁹. Estos antecedentes ponen de manifiesto que la desjudicialización del sistema puede ser una vía idónea en el futuro para los procedimientos no contenciosos.

¹²⁹ VARGAS, MACARENA. Hacia la desjudicialización de la ejecución civil. 2013. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, N° 1. Pontificia Universidad Católica. 153p.

CAPÍTULO IV: UN NUEVO PROCEDIMIENTO PARA LOS ACTOS NO CONTENCIOSOS.

1. El procedimiento de los actos no contenciosos en algunas legislaciones relevantes.

1.1. España:

El 2 de julio de 2015, comenzó a regir la Ley 15/2015 que regula la jurisdicción voluntaria en España. Allí se ha vivido un proceso de modernización de la ley procesal similar al que actualmente se desarrolla en Chile. Debido a esto es interesante el estudio acabado del proceso que se ha desarrollado en aquel país, para determinar similitudes y diferencias, que puedan aportar al debate sobre la regulación de estas materias en nuestro país.

Por su parte, el 7 de enero del año 2000, entró en vigencia la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su artículo vigésimo primero excluye el tratamiento de la jurisdicción voluntaria, entregando su regulación a una ley distinta.

Antes de la entrada en vigencia de esta norma, la jurisdicción voluntaria se regulaba en el libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) de 1881, desde el artículo 1811 al 2181, además su contenido se encontraba en “los diversos preceptos del Código Civil acerca del régimen tutelar, la emancipación y otras varias instituciones, la multitud que se contienen en el mercantil respecto al comercio terrestre y marítimo, en el Reglamento Notarial, en la Ley Hipotecaria y su Reglamento, en las leyes y reglamentos sobre Registro Mercantil y Estado Civil, y en

otras muchas complementarias”¹³⁰. Es debido a esto que la jurisdicción voluntaria se ha caracterizado por la doctrina como “caótica, dispersa y anacrónica”¹³¹.

Esta deficiente técnica legislativa proviene del siglo XIX. “Se debe tener presente que por la Ley de Enjuiciamiento Civil Anterior (1881) al Código Civil (1889) y al de Comercio (1885), que contienen las normas de derecho material originadoras de negocios de jurisdicción voluntaria, muchos preceptos de la primera resultan modificados por dichos Códigos, siendo necesaria una engorrosa labor de adaptación; y cuando alguno de ellos establece nuevas instituciones que no tienen sus correspondientes preceptos en la L.E.C., entonces estatuye las adecuadas disposiciones procesales, aunque por su carácter material no le correspondería establecerlas”¹³².

En el anteproyecto se explica que “su regulación dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil como ha ocurrido en España desde 1855, era fruto de la vocación jurídico-procesal de determinadas categorías conceptuales.” Y agrega que “en la normativa anterior no era difícil advertir la huella del tiempo, con defectos de regulación o normas obsoletas sin el adecuado rigor técnico.”¹³³

No existía hasta ahora un intento serio, dentro de la legislación española, por sistematizar y regular de forma ordenada los actos pertenecientes a esta área del derecho procesal, estableciendo un régimen supletorio general de aplicación. Adicionalmente, esta ley viene en actualizar los términos en los que se refería la antigua ley a las personas con alguna discapacidad. Encontrado aquí aplicación de la Convención de Nueva York del 13 de diciembre de 2006.

¹³⁰ L.PRIETO- CASTRO, FERRANDIZ. Op. Cit. 605p.

¹³¹ FERNANDEZ BUJÁN, ANTONIO. Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro. [En línea] <[https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(089-148\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(089-148).pdf)> [Consulta: 20 enero 2016]

¹³² L.PRIETO- CASTRO, FERRANDIZ. Op. Cit.

¹³³ MINISTERIO DE JUSTICIA. Propuesta de anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria presentada por la sección especial constituida por orden del ministro de justicia el 20 de abril de 2012. 2013. [En línea] <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292411495688?blobheader=application%2Fpdf&blobheadernam e1=Content-Disposition&blobheadername2=Descargas&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_ante proyecto_de_Ley_de_Jurisdiccion_Voluntaria_presentada_por_la_Seccion_Especial_cons.PDF&blobheadervalue 2=1288780672200> [Consulta: 21 enero 2016] 1p.

Como se señaló en el primer capítulo, se ha discutido ampliamente por la doctrina europea acerca de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. En España, desde la tramitación de la ley en comento, se ha resuelto que su ejercicio corresponde precisamente a la jurisdicción del Estado. A mayor abundamiento, en el anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se establece que “la jurisdicción voluntaria no constituye, pese a su denominación, una variedad de género, ni implica el ejercicio efectivo de la potestad de juzgar”¹³⁴, por lo que no tiene por objetivo resolver conflictos de relevancia jurídica, sino que buscan entregar seguridad y proteger a aquellos que se encuentran en una posición de vulnerabilidad.

1.1.1. La jurisdicción voluntaria antes de la reforma

El artículo 1811 de la LEC establecía “(...) un concepto bastante claro de lo que es la jurisdicción voluntaria al decirnos que se considerarán actos de este tipo, *todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.*”¹³⁵

Mauro Miguel y Romero señaló en 1967 que “la clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria se suele hacer basándose en criterios diferentes. O bien atendiendo a la participación estatal en la configuración jurídica o bien teniendo en cuenta las clases de relaciones de derecho privado a la que van dirigidos.”¹³⁶

Como se señaló, en la LEC solo se regulaban los actos de jurisdicción voluntaria entregados en conocimiento a los jueces y tribunales. Sin embargo, “otros muchos negocios de jurisdicción voluntaria se encomendaron a notarios, registradores, cónsules y encargados del Registro Civil, (...) y aun a autoridades

¹³⁴ Íbid.

¹³⁵ MIGUEL Y ROMERO, MAURO. Op. Cit. 270p.

¹³⁶ Íbid. 271p.

administrativas”¹³⁷. Asuntos que se encuentran tratados en diversas normas del ordenamiento español.

A pesar de la regulación heterogénea de estos actos, se puede afirmar que entre los artículos 1811 y 1823 LEC se contenía un régimen jurídico general aplicable a ellos, lo que según Guasp se encontraba “afirmado por dos preceptos: uno que hace referencia a la *jurisdicción voluntaria civil*, y otro a la *jurisdicción voluntaria mercantil*. El primero de ellos es el artículo 1824, según el cual se extiende a los actos de jurisdicción voluntaria, que luego se regulan, las disposiciones contenidas en los artículos anteriores, en cuanto no se opongan a lo que se ordena respecto a cada uno de ellos. El segundo es el artículo 2111, según el cual los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio se sujetan a las prescripciones del Código de Comercio y de la LEC, pero añade que, cuando no haya reglas especiales para ellos, se les aplicarán las disposiciones generales de la primera parte del libro tercero de esta última, es decir, las mismas normas antes mencionadas, sin perjuicio de las reglas establecidas para los actos mercantiles propios, con carácter general o con carácter particular.”¹³⁸

A continuación, se realizará una breve descripción de los elementos característicos de la jurisdicción voluntaria que se encontraba contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: la competencia, el sujeto, el objeto, la prueba, la forma en que debía sustanciarse el procedimiento, los efectos y los recursos que procedían:

- (i) La competencia: La competencia se entendía atribuida al juez de primera instancia que territorialmente correspondiera. “Excepcionalmente, se atribuye este conocimiento a los Cónsules españoles, cuando lo requiera la urgencia de un negocio, o la circunstancia de existir medios de prueba, o las mercaderías o valores o se haber ocurrido hechos en el lugar o en la

¹³⁷ L.PRIETO- CASTRO, FERRANDIZ. Op. Cit. 603p.

¹³⁸ GUASP, JAIME. 1998. Op. Cit. 739p.

circunscripción de los consulados respectivos (art. 2110 LEC). Pero esta regla general, que tanto es norma de jurisdicción como criterio rector de competencia jerárquica, quiebra en ocasiones, o bien porque los cuerpos legales la atribuyen a los Jueces municipales (...), o bien porque a éstos se les encomienda una función preventiva (...) o delegada.”¹³⁹

- (ii) El sujeto: Guasp señaló que “la presencia de la parte solicitante en un acto de jurisdicción voluntaria está prevista en por el artículo 1811 y ratificada por el artículo 1814, que, cuando concede audiencia a algún sujeto, dice que se preste también, en la misma forma a que haya promovido el expediente.”¹⁴⁰ Por su parte, el artículo 1813 admitía audiencia a un sujeto distinto al peticionario “cuando el que promoviere el acto lo pide, o lo solicita el que tenga interés legítimo en él, y el Juez lo estima conveniente.”¹⁴¹

Asimismo, podía intervenir el Ministerio Fiscal, que según los artículos 1815 y 2111 LEC, participaba en los casos que se afectaban los intereses públicos o a personas o cosas cuya protección o defensa compete a la autoridad.

Se debe agregar que, “no se exige la postulación por medio de procurador cuando los interesados comparecen por si o, tratándose de actos de comercio. Por medio de factor mercantil, cuyo apoderamiento conste inscrito en el Registro Mercantil (...). Y en cuanto a los terceros interesados, la posibilidad de intervención y los términos en que ésta habrá

¹³⁹ DE LA PLAZA, MANUEL. 1955. Derecho procesal civil español, Vol. 2. Tercera edición. Editorial Revista de derecho privado. Madrid. 714p.

¹⁴⁰ GUASP. Op. Cit.

¹⁴¹ *Ibíd.*

de contenerse, resulta de los arts. 1813, 1817 y 2111 regla 4ta de la Ley procesal.”¹⁴²

- (iii) El objeto: El objeto de la actividad de jurisdicción voluntaria era “la materia de derecho privado en la que el Juez, espontanea o provocadamente interviene (...) Sobre la base de esta determinación objetiva, la regulación concreta de cada acto de jurisdicción voluntaria irá diciendo qué materias de derecho privado se adscriben, necesaria o eventualmente, al campo de esta jurisdicción.”¹⁴³
- (iv) La prueba: La forma en que los antecedentes que el solicitante debía suministrar para la aceptación o rechazo de su solicitud, no se encontraban regulados en las disposiciones generales, sino que se determinaban en cada procedimiento específico.
- (v) La forma del procedimiento: La jurisdicción voluntaria se guiaba por un “criterio de mucha menor formalidad que el régimen procesal escrito. Con carácter general sólo se encuentra en la LEC la declaración del artículo 1816, según el cual se admiten, sin necesidad de solicitud ni otra solemnidad alguna, los documentos que se presenten y las justificaciones que se ofrecieren”¹⁴⁴.

No existían reglas generales sobre cómo debía seguirse el procedimiento, toda vez que, correspondía aplicar aquellos trámites establecidos en cada ley especial.

- (vi) Efectos: El artículo 1818 de la LEC, establecía que el Juez podría variar o modificar las providencias que dictare contra las que no se hubiera

¹⁴² DE LA PLAZA. Op. Cit.

¹⁴³ GUASP. Op. Cit. 740p.

¹⁴⁴ GUASP. Op. Cit. 741p.

interpuesto recurso alguno: “en la jurisdicción voluntaria existe, pues, para esta clase de resoluciones un efecto semejante al de la cosa juzgada procesal, que obliga a que, para alterar cierta resolución definitiva, se interponga contra ella el recurso correspondiente”.¹⁴⁵

- (vii) Recursos: “No parece dudoso que son viables los de reposición, súplica y queja.”¹⁴⁶ Se regulaba expresamente dentro de las disposiciones generales, la procedencia del recurso de apelación, el que se concedía en ambos efectos y se tramitaba según las normas de los incidentes.

1.1.2. La jurisdicción voluntaria vigente

La ley 15/2015 viene a entregar una regulación con normas bien organizadas, sistematizadas, en la que resaltan los intereses de los ciudadanos. Así se ha señalado en el preámbulo de la norma: “de ahí que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria facilite a los ciudadanos una regulación legal sistemática, ordenada y completa de los diferentes expedientes que se contienen en ella, actualizando y simplificando las normas relativas a su tramitación, tratando de optar por el cauce menos costoso y más rápido, desde el respeto máximo de las garantías y de la seguridad jurídica, y tomando especial cuidado en la ordenación adecuada de sus actos e instituciones.”¹⁴⁷

Esta norma opera como reacción a la deficiente técnica legislativa que se venía aplicando en estos asuntos desde el siglo XIX, estableciendo un régimen supletorio general para todos los actos de jurisdicción voluntaria. En el preámbulo de la Ley, se argumenta a favor de esta relevante característica: “La Ley de la Jurisdicción Voluntaria contiene las normas comunes para la tramitación de los

¹⁴⁵ GUASP. Op. Cit. 742p.

¹⁴⁶ DE LA PLAZA. Op. Cit. 716p.

¹⁴⁷ ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 2015. Ley 15/2015 de la jurisdicción voluntaria. 2 de Julio 2015. 54076p.

expedientes de esta naturaleza regulados por las leyes, cuyo conocimiento se atribuye al Juez o al Secretario judicial, dando así coherencia interna a su articulado. Ello le otorga análoga vocación codificadora a la que en su momento correspondió, «mutatis mutandis», a la Ley 1/2000, de 7 de enero, en relación con la denominada jurisdicción contenciosa. Razonablemente también, aquellos actos que, con la nueva regulación, quedan fuera del ámbito competencial de los tribunales de justicia se regulan extramuros de esta Ley, en otras normas dentro del ordenamiento jurídico a las que se da nueva redacción en sus disposiciones finales.”¹⁴⁸

Esta norma, también tiene por objeto la optimización de los recursos públicos disponibles, sin poner en riesgo el cumplimiento de las garantías fundamentales de tutela de derechos e intereses afectados, compartiendo la competencia sobre los actos de jurisdicción voluntaria carentes de contenido jurisdiccional con otros organismos que comparten la condición de juristas y depositarios de la fe pública con los jueces. Ellos son los Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles. La desjudicialización de estos asuntos, según el preámbulo de la ley en comento, también se funda en “la consideración de los recursos organizativos personales y medios materiales puestos en la actualidad a su disposición, así como del elevado grado de modernización y especialización que alcanza hoy la Administración pública, profesionalizada y regida por los principios de objetividad, eficacia e interdicción de la arbitrariedad, y sujeta a la Ley y al Derecho por mandato constitucional, justifican igualmente la apuesta por la desjudicialización de ciertas materias que hasta ahora eran atribuidas a Jueces y Magistrados.”¹⁴⁹

Actualmente, el ciudadano puede optar por el funcionario que tenga conocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria según sean sus intereses, pudiendo acudir gratuitamente ante los medios que la Administración de la Justicia le ofrece sin costo para él, o bien, acudir al notario o registrador abonando los

¹⁴⁸ ESPAÑA. Ministerio de Justicia. Op. Cit. 54080p.

¹⁴⁹ ESPAÑA. Ministerio de Justicia. Op. Cit.. 54077p.

aranceles correspondientes. Está prohibida la tramitación de dos o más expedientes simultáneos, dándose preferencia al primero que se hubiera iniciado.

Cuando este procedimiento se tramite ante la Administración de la Justicia, el impulso y dirección de los expedientes corresponderá al Secretario del Tribunal, quien también deberá resolver diversas solicitudes. Se mantendrá la resolución de la solicitud en la persona del Juez en los casos en que se afecte el interés público o el estado civil de las personas.

A los Notarios y Registradores de Propiedad y Mercantiles se “les encomienda el conocimiento de aquellas materias donde su grado de preparación y su experiencia técnica favorecen la efectividad de los derechos y la obtención de la respuesta más pronta para el ciudadano.”¹⁵⁰

A continuación, se analizarán los elementos característicos de la jurisdicción voluntaria bajo las normas actualmente vigentes.

- (i) La competencia: “en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento”¹⁵¹ y estableciendo la alternatividad entre los diferentes funcionarios.

- (ii) El sujeto: La legitimación se encuentra regulada en el artículo 3 de la Ley 15/2015 en donde se establece que este tipo de expedientes se podrán promover por “quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos o cuya legitimación les venga conferida legalmente sobre la materia que

¹⁵⁰ESPAÑA. Ministerio de Justicia. Op. Cit.. 54079p.

¹⁵¹ESPAÑA. Ministerio de Justicia. Op. Cit.. 54077p.

constituya su objeto, sin perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal”¹⁵². Este último, debe intervenir en los casos en que se "afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare.”¹⁵³

En esta misma norma, se establece que las partes deberán actuar representadas por letrado o procurador solo en aquellos casos que la ley lo estime como obligatorio. En aquellos casos en que no se requiera, quienes lo deseen podrán acudir representados por Abogado o Procurador.

- (iii) El objeto: El objeto de la regulación se mantiene respecto de la ley anterior, a saber es, “la materia de derecho privado en la que el Juez, espontanea o provocadamente interviene (...) Sobre la base de esta determinación objetiva, la regulación concreta de cada acto de jurisdicción voluntaria irá diciendo qué materias de derecho privado se adscriben, necesaria o eventualmente, al campo de esta jurisdicción.”¹⁵⁴
- (iv) La prueba: Se encuentra regulada en el artículo 5 de la ley 15/2015, dentro de las disposiciones generales. Allí se indica que el Juez, o Secretario del tribunal según corresponda, decidirá sobre la admisibilidad de los medios de prueba que se le propongan. Además, “podrá ordenar prueba de oficio en los casos en que exista un interés público, se afecte a menores o personas con capacidad modificada judicialmente, lo estime conveniente para clarificar algún elemento relevante y determinante de la cuestión o expresamente lo prevea la ley.”¹⁵⁵

¹⁵² ESPAÑA. Ministerio de Justicia. Op. Cit. 54083p.

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ DE LA PLAZA. Op. Cit.

¹⁵⁵ ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 2015. Op. Cit. 54086p.

- (v) La forma del procedimiento: Las normas generales en cuanto a tramitación de los expedientes de Jurisdicción Voluntaria se encuentran en el Capítulo II del Título I de la Ley 15/2015, donde se regula detalladamente cada una de las etapas del procedimiento.

Se presenta solicitud fundada por persona legitimada, acompañando dictámenes y antecedentes que el solicitante considere pertinentes. Si es de aquellos casos que no requiere intervención de Procurador o Abogado, la solicitud se podrá realizar mediante un formulario, sin ser necesario señalar fundamentos de derecho.

Presentada la solicitud, el Secretario del Tribunal realizará un examen de admisibilidad, donde se debe analizar la competencia del tribunal y la presencia de defectos u omisiones, para lo que se entrega un plazo de cinco días para subsanarlos.

Admitida a tramitación, el Secretario procede a citar a una comparecencia cuando quienes deban ser oídos correspondan a interesados distintos al solicitante. Lo mismo sucede cuando se deba rendir prueba y cuando se considere que es necesaria una audiencia para la mejor resolución de la solicitud.

Si se presentare oposición, ésta no interrumpirá la tramitación del expediente voluntario, sino que se dará traslado al solicitante.

Dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la solicitud se debe celebrar la comparecencia ante el Juez o Secretario del Tribunal según corresponda, con la presencia del solicitante aunque faltaren los demás intervinientes. Todos deberán ser oídos y se presentará la prueba, una vez realizado esto, los intervinientes harán valer sus conclusiones de forma

oral. La solicitud se debe resolver dentro de quinto día desde la comparecencia.

- (vi) Efectos: La decisión del expediente se encuentra regulada en el artículo número 19 de la ley en comento. Allí se establece que estos expedientes se resolverán mediante auto o decreto. Además ordena que "resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél."¹⁵⁶ Esta disposición se hace extensiva a los expedientes de jurisdicción voluntaria resueltos por Notarios, Registradores de propiedad en aquellas materias que sean concurrentes con las del conocimiento de los Secretarios de Tribunales.

Por último, la norma agrega que "la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria."¹⁵⁷

- (vii) Recursos: En contra de las resoluciones interlocutorias dictadas en los expedientes de jurisdicción voluntaria procederá el recurso de reposición y, cuando esta fuera dictada por un juez, procederá también el recurso de apelación.

¹⁵⁶ ESPAÑA. Ministerio de Justicia. Op. Cit.. 54091p.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

1.1.3. Del derecho español a la realidad chilena

La nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria de España, establece una nueva forma de tramitación de estas materias, que dista bastante de la realidad chilena. Debido a esto se pueden obtener ideas interesantes que pueden resultar útiles para el legislador, en miras a la futura dictación de una Ley sobre actos no contenciosos en Chile.

Lo primero que se puede destacar es la misión de orden y sistematización que ha asumido el legislador español en esta materia, consciente que la regulación de estos actos había quedado en completa heterogeneidad normativa. Si bien, en Chile la buena técnica legislativa desarrollada por el legislador de principios de siglo XX, permitió establecer en el Título I, del Libro IV del Código de Procedimiento Civil, normas de carácter supletorio y general, que ha aminorado la dispersión normativa en estos asuntos. En efecto, con el paso del tiempo y por distintas necesidades, se han regulado gran cantidad de procedimientos no contenciosos en leyes especiales, haciéndose necesaria una revisión completa de tales asuntos, a fin que como conclusión, el legislador determine si se mantendrá tal forma regulatoria o se intentarán agrupar todos los actos en un mismo cuerpo legal.

Asimismo, es relevante la manera en que España resolvió el asunto de los organismos que pueden conocer de estas materias, donde se crea una especie de “competencia ampliada” para los actos de jurisdicción voluntaria, que pueden ser conocidos (según lo indique la ley) por el Juez, el Secretario del Tribunal, Notarios y Registradores de Propiedad y Mercantiles. Con esto, se abren una serie de opciones para el ciudadano quien tiene el poder de optar, en base a criterios económicos o por simple comodidad, ante quien presentará la solicitud.

Dentro de este punto, es interesante la forma en que la legislación española soluciona el potencial conflicto que habría de producirse si un ciudadano concurre a dos entes con competencia para conocer de los actos de jurisdicción voluntaria, en cuanto aplica la regla de radicación de las solicitudes.

Sin duda sería útil que el legislador en Chile, se planteara como alternativa, esta nueva forma de tramitación de los actos no contenciosos mediante el conocimiento de organismos diversos al jurisdiccional, pero que cuenten con mayores conocimientos técnicos que pudieran resolver las solicitudes de manera alternativa a los tribunales ordinarios.

En España la ley 15/2015, establece que se actuará mediante abogado o procurador solo en aquellos casos en que la ley lo requiera. Por lo que, a *contrario sensu*, no será necesario actuar mediante abogado o procurador salvo que la ley lo requiera.

Esto debería ser considerado como opción por el legislador nacional, ya que para muchos, estos actos no requieren conocimientos técnicos específicos, y tomando en cuenta que en Chile, la información sumaria no se rinde con forma de prueba, podría ser una vía que maximice los recursos disponibles por los agentes (suprimiendo el pago de honorarios a abogados), ya que, los interesados podrían tramitar sus solicitudes por sí, sin necesidad de intermediario alguno.

Sobre las normas generales de tramitación, cabe destacar, como una forma de hacer más breve el procedimiento, la citación que se realiza a todos los posibles interesados, y el hecho que una oposición no interrumpa el desarrollo del procedimiento y que ésta sea tramitada según las reglas de los incidentes. Pareciera positivo, por motivos de celeridad, fijar comparecencia para que se escuche a todos los interesados, en un plazo de 30 días desde que se presente la solicitud y se rinda la prueba. Mejor aún es el establecimiento de un plazo breve, de cinco días, para que se resuelva la solicitud, ya que con esto, la solicitud quedaría resuelta en poco más de un mes.

En cuanto al régimen recursivo, aquel establecido por el sistema español es más acotado que el chileno, ya que proceden el recurso de reposición y el de apelación, mientras que en Chile, actualmente procede el de apelación y casación. Dado que no existen motivos para que el solicitante no entregue toda la información al tribunal, como se analizó en el capítulo II, teóricamente el Juez cuenta con

información completa a la hora de resolver. Con costos de error tan bajos, no se justificaría la existencia de un régimen recursivo estricto, y se deberían evaluar nuevas opciones para nuestro sistema.

Por último, cabe destacar, como ejemplo modernizador, la actualización de los términos y conceptos relativos a los “discapacitados” o incapaces, ya que se hace concordante con los avances mundiales referidos a estas materias. Mejorando en términos de igualdad, y el trato con dignidad y respeto que merece todo ser humano.

1.2. Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica:

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal desde 1967 ha trabajado en la preparación de un Código Procesal Civil que sirva de modelo para nuevas legislaciones en Iberoamérica.

Mediante diversas jornadas de trabajo la doctrina iberoamericana ha estudiado las legislaciones de los países que conforman el territorio, poniendo especial énfasis en aquellas que han servido de base para su dictación, como la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y la Partida III. Esta ardua labor finalizó en el año 1988, donde se entregaron propuestas tanto para nuevos procedimientos civiles como penales. Las Bases para un Código Civil Modelo (en adelante el Código Modelo) fueron redactadas bajo la dirección de los profesores Alfonso Gelsi Bidart y Enrique Vescovi.

Si bien, ésta es una propuesta normativa emanada por la doctrina y no constituye una ley actualmente en aplicación, para efectos de la presente memoria es considerada como legislación relevante debido a que, en su creación se tuvieron en consideración elementos como la legislación vigente, la doctrina y la jurisprudencia en Iberoamérica, además de la costumbre forense y las fuentes de los códigos procesales civiles y penales de los países de la región, por lo que resulta ser un texto sumamente inclusivo. Es importante agregar, que “la finalidad última es — dentro del marco de la integración a la que se busca servir y ayudar— la mejora de la

Justicia iberoamericana, enormemente deteriorada y que no sirve de manera eficiente a nuestra comunidad.”¹⁵⁸

Resulta interesante analizar la forma en que se propone la regulación de los actos de jurisdicción voluntaria, ya que, dentro de las bases de tal código, se discute sobre la demora en los procedimientos, señalando que “la anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia, por lo cual debe reducirse al mínimo posible. Sin embargo, la celeridad no debe traducirse en mengua del derecho de defensa ni de las garantías del debido proceso.”¹⁵⁹ Ésta es la búsqueda del óptimo o equilibrio que se mencionó en el capítulo II de esta investigación, y el desafío que debe plantearse todo legislador al momento de regular.

Los actos de jurisdicción voluntaria se encuentran contenidos en el Título VI del libro II sobre el desarrollo de los procesos en el CPC modelo. “Para estos procesos se establece el principio de la legalidad expresa, señalándose algunos generalmente admitidos; el pasaje de lo voluntario a lo contencioso; los sujetos intervinientes y el procedimiento general a aplicar, procurando una cierta unificación en los mismos. Por la relativa importancia que suele darle la legislación, se establecen las reglas básicas del proceso sucesorio, así como, por su trascendencia, se regula el proceso de declaración de incapacidad.”¹⁶⁰

1.2.1. Regulación particular de los actos de jurisdicción voluntaria.

El procedimiento de jurisdicción voluntaria se desarrolla ante un Tribunal, donde el Juez debe resolver la solicitud presentada.

¹⁵⁸ INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. 1988. Montevideo. [En línea] <http://www.cejamerica.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2152-el-c%C3%B3digo-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica.html> [Consulta: 03 Febrero 2016]

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ *Ibíd.*

A continuación se expondrán las principales características del procedimiento de los actos de jurisdicción voluntaria en esta propuesta normativa, siguiendo los parámetros ya presentados en el análisis de la legislación española:

- (i) La competencia: Los actos de jurisdicción voluntaria serán conocidos por el Tribunal competente según el territorio. (Artículo 334.1)
- (ii) El sujeto: El artículo 334 versa sobre esta materia. La legitimación activa para dar inicio a estos actos la tienen los interesados.

La norma obliga a que se notifique a todos los sujetos interesados del asunto de la primera resolución del procedimiento.

Además debe actuar en *todo procedimiento* el Ministerio Público.

Por lo que los intervinientes serán: El interesado, el Tribunal, el Ministerio Público y algún otro interesado que se presente, como consecuencia de la notificación ante el Tribunal.

- (iii) El objeto: Se encuentra regulado en el artículo 333.2. “Los procesos voluntarios, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes respectivas, tendrán por principal objeto alguno de las siguientes:
 - 1) Autorizar la realización de determinados actos jurídicos, en salvaguardia de menores o incapaces.
 - 2) Asegurar la legal realización de determinados actos jurídicos o controlar la legalidad de los mismos.
 - 3) Comunicar opciones u otros actos de voluntad.

4) Asegurar la información ad perpetuam de la existencia de determinados hechos o actos jurídicos, mediante el diligenciamiento de la prueba pertinente.”¹⁶¹

(iv) La prueba: El artículo 335.1 prescribe que al momento de la presentación de la solicitud se deben acompañar todos los medios de prueba que debe hacerse valer.

(v) La forma del procedimiento: Las reglas generales del procedimiento de jurisdicción voluntaria se encuentran en el artículo 335 del Código Modelo. Allí se establece un primer trámite de admisibilidad de la solicitud, en el que se oirá al Ministerio Público y a las personas designadas. Si hubiere oposición, se resolverá por vía incidental.

Admitida a tramitación la solicitud, se realizará una única audiencia donde se citará al Ministerio Público y a los interesados. La audiencia se celebrará aunque concurra solamente el interesado.

“En la misma el Tribunal interrogará al interesado sobre los objetivos de la solicitud, haciendo lo propio con otras personas que puedan estar interesadas en ella y dispondrá el diligenciamiento de la prueba ofrecida. Al concluir la audiencia se oirá al, interesado y a los otros sujetos que concurren, para la conclusión de causa.”¹⁶²

Con esta información el Tribunal resolverá aprobando o rechazando la solicitud, declarando lo que corresponda según el tipo de procedimiento.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² *Ibíd.*

- (vi) Efectos: Se regulan en el artículo 336, en donde se establece una presunción simplemente legal de veracidad y buena fe respecto de las resoluciones que se pronuncien sobre estos asuntos.

Señala expresamente como regla general que las providencias emanadas de este procedimiento no tienen eficacia de cosa juzgada y que siempre serán admitidas a revisión en el mismo o en otro procedimiento voluntario. Finalmente, si alguna persona considera que una resolución sobre estos procedimientos afectare sus intereses, podrá promover un procedimiento contencioso, cuya sentencia definitiva prevalecerá entre las partes.

- (vii) Recursos: El artículo 334.1 inciso segundo señala que las providencias que se pronuncien dentro del proceso serán susceptibles de reposición. Sin embargo, aquellas que pongan fin al procedimiento aceptando o rechazando la solicitud, serán apelables.

1.2.2. Del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica a la realidad chilena.

Del análisis del Código Modelo se puede concluir que existen elementos que podrían ser considerados por el legislador nacional al momento de diseñar el nuevo procedimiento para los actos de jurisdicción voluntaria. Entre ellos destacan los objetivos claros y taxativos que se establecen al momento de regular este tipo de actos. Esto podría permitir en el caso chileno, que exista una norma supletoria general acerca de los lineamientos generales de este tipo de actos, y que se establezca regulación complementaria, en la medida que se respeten los objetivos señalados en la norma.

Además en el Código Modelo se encuentran diversos elementos dirigidos a aumentar la celeridad del procedimiento, como la notificación a todos los interesados de la primera resolución del procedimiento y la única audiencia que ha de fijarse para oír al solicitante, a los interesados, al Ministerio Público y para rendir la prueba, ya

que con esto, el Tribunal dispondrá de los antecedentes necesarios para resolver la solicitud. Contando, en teoría, con información perfecta para resolver la solicitud, disminuyendo, en consecuencia los costos de error.

En cuanto al régimen recursivo, en la legislación en estudio, se establece mayor restricción respecto de los recursos que proceden, ya que opera la reposición y apelación mas no la casación. Con esto se logra un control efectivo de la legalidad de las resoluciones, así como se evita poner en ejercicio al máximo tribunal de justicia mediante recurso de casación, destinando aquel recurso para procedimientos de mayor envergadura.

Al igual que en la regulación chilena, las sentencias serán admitidas a revisión en el caso que hubieren cambiado las circunstancias en las que se le dio lugar.

2. Propuesta para nuevo procedimiento de actos no contenciosos:

A continuación, a partir de lo desarrollado en los capítulos precedentes, se expondrá un modelo de procedimiento no contencioso, atingente a nuestro ordenamiento jurídico y acorde a las exigencias del análisis económico del derecho. Para ello, se analizarán los distintos elementos característicos que se encuentran en este tipo de procedimientos, especificando en cada uno de ellos una propuesta, resaltando sus ventajas sin eludir sus dificultades, de modo que sirva de base al legislador para una eventual reforma. Los aspectos que serán abordados son: Competencia, Sujetos, Objeto, Prueba, Procedimiento y Efectos.

2.1. La Competencia

En la forma que se ha desarrollado la presente memoria, la determinación de la competencia de los asuntos no contenciosos resulta sumamente relevante, ya que es en esta parte donde se proyecta una de las modificaciones más importantes al

actual procedimiento no contencioso, a fin de otorgar el máximo de eficiencia a la nueva legislación.

En tal sentido, la propuesta de esta memoria, de la mano del derecho comparado, las nuevas tendencias doctrinales y el análisis económico del derecho procesal; es inequívoca. Una reforma eficiente requiere del traspaso de la competencia actualmente radicada en los Tribunales de Justicia a otras Instituciones, órganos, autoridades o servicios, de carácter administrativo¹⁶³, capaces de absorber la demanda existente, logrando así su desjudicialización.

Con todo, hoy en día y dejando de lado los procedimientos regulados en el actual Código de Procedimiento Civil, las materias sujetas a este tipo de procedimiento son variables y no siempre existe pleno consenso acerca de su naturaleza no contenciosa. Por el contrario, incluso asuntos que hoy en día se consideran contenciosos podrían eventualmente dejar de serlo, precisamente por su carácter evolutivo¹⁶⁴. Es así como resulta necesario establecer criterios por medio de los cuales serán traspasadas las diversas materias de índole no contencioso a estos órganos administrativos, puesto que en ocasiones será necesaria la intervención del órgano jurisdiccional y en otras, lisa y llanamente, será conveniente mantener el conocimiento de ciertos asuntos bajo la esfera judicial. Del mismo modo, es menester establecer un límite al legislador, a fin de evitar un éxodo descontrolado desde la esfera judicial.

¹⁶³ Se propone traspasar la competencia, actualmente radicada en los Tribunales de Justicia, a órganos administrativos afines con su contenido, sin que ello implique generar opciones para el usuario, sino que éste simplemente se dirija directamente ante el servicio especializado. Con todo, resulta dudoso cuál será el servicio público al cual se traspasarían tales materias. Sin perjuicio de otros mecanismos que se puedan plantear, a modo de propuesta se podrían dar las siguientes opciones: Por un lado, se puede hacer una distribución de competencia entre los distintos Servicios Públicos especializados en atención a las materias a conocer; por otro lado, se puede establecer un único Servicio Público, descentralizado y con dependencia del Ministerio de Justicia. Para saber si una u otra propuesta es eficiente, será necesario tener en consideración los costos de implementación de cada sistema.

¹⁶⁴ Un ejemplo de esto es lo que se ha suscitado en relación al actual procedimiento de los divorcios de mutuo acuerdo, en el cual un sector amplio de la doctrina discute su permanencia dentro de la esfera judicial y al tratamiento que ha dado la jurisprudencia respecto a ellos, existiendo incluso iniciativas legislativas promoviendo su desjudicialización. (Boletín 6557-07, Senado, Año 2009).

A continuación, se expondrán algunos criterios que pueden servir de pauta al legislador para esta reforma.

Un primer criterio, será la existencia de **recepción de antecedentes por parte del juez**, lo cual hoy en día en nuestra legislación se traduce en la información sumaria. En efecto, en estas materias, al no existir un asunto litigioso propiamente tal, el juez se transforma en un mero receptor de antecedentes, donde en la mayoría de los casos son los mismos servicios públicos u órganos administrativos quienes informan sobre una gestión determinada, e indican si ella es o no procedente¹⁶⁵.

De este modo, el actual procedimiento no contencioso pierde toda eficiencia e inmediatez, en el entendido que el juez no puede resolver mientras no tenga dicha información a la vista y, a su vez, en la mayoría de los casos resolverá conforme a lo informado por la misma administración. Así las cosas, se propone traspasar todos aquellos asuntos en los cuales el juez se limita a actuar como un mero receptor de antecedentes y/o a resolver sobre la base de lo que el mismo ente consultado informa. En todos estos casos, será conveniente que el mismo servicio u órgano administrativo sea quien resuelva.

Un segundo criterio, será la **ausencia de contradicción formal**, ello con independencia de que exista o no una contradicción real; criterio que se basa en un aspecto meramente procedimental de esta clase de materias. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con los asuntos contenciosos, en este tipo de asuntos no existen partes - demandante y demandado – sino que sólo se reconoce la figura del solicitante, principal interesado en la gestión; sin perjuicio de la figura eventual del legítimo contradictor y la concurrencia de terceros.

Lo anterior, constituye una diferencia esencial entre ambos tipos de procedimientos, ya que dentro del ámbito no contencioso en general no existen posiciones contrapuestas “*a priori*”, es decir, un enfrentamiento real entre las

¹⁶⁵ GARCIA, JOSÉ FRANCISCO y LETURIA, FRANCISCO JAVIER. Op. Cit. 363p.

personas, mientras que en lo relativo a los procedimientos contenciosos, lo normal es la existencia de una controversia entre litigantes¹⁶⁶.

De este modo, el presente criterio se basa en todo aquellos casos en que exista formalmente un sujeto - el solicitante – cuyo derecho que reclama no vaya necesariamente en oposición o contradicción al derecho de otro u otros sujetos - legítimo contradictor – sino que simplemente se busque satisfacer una ventaja jurídica otorgada por la ley. No existe, por tanto, un real conflicto de relevancia jurídica o, al menos, el legislador no lo puede establecer, *a priori*, de este modo.

Un tercer criterio, será una correcta **delimitación de la función jurisdiccional del juez**, en contraposición a otras funciones o competencias encomendadas por la ley. Este punto resulta fundamental al momento de analizar si los tribunales civiles se están avocando a materias propias de su función jurisdiccional, o por el contrario, si parte de su funcionamiento deficitario se debe a que absorben funciones que bien podrían ser asumidos por otros organismos¹⁶⁷.

Normalmente, y así lo reconoce nuestra Constitución, la función jurisdiccional se limita a conocer y resolver causas civiles y criminales, además de hacer ejecutar lo juzgado. Al respecto es necesario hacer ciertas precisiones: En Chile, es común entender los conceptos de conocer y resolver las causas civiles y criminales como sinónimos de resolver conflictos jurídicos del orden temporal, esto es, resolver por medio del proceso la confrontación de pretensiones y resistencias o un conflicto intersubjetivo de intereses. Lo anterior, si bien correcto, no es la única tarea que se han abocado los tribunales. Del mismo modo, la resolución de conflictos muchas veces es encomendada por el legislador a órganos que no son propiamente tribunales de justicia. Lo que se busca con la actividad jurisdiccional es la decisión de los asuntos de relevancia jurídica con total imparcialidad, cumpliendo fielmente el

¹⁶⁶ LUCENA, ANTONIO. 2013. Jurisdicción voluntaria – Desjudicialización. [En Línea] < <http://notin.es/jurisdiccion-voluntaria-desjudicializacion-i/> > [Consulta: 30 Mayo 2016]

¹⁶⁷ GARCIA, JOSÉ FRANCISCO y LETURIA, FRANCISCO JAVIER. Op. Cit. 348p.

mandato de la ley y no poniéndose de lado de los intereses económicos, personales, políticos o del tipo que sean de algunas de las partes de la causa¹⁶⁸.

Dicho lo anterior, es dable considerar que tal máxima no siempre es la perseguida por quienes se ven involucrados en un procedimiento no contencioso, sea de forma voluntaria o no, aun existiendo oposición. En ello, existe la necesidad del usuario de un servicio por parte del Estado, que cumpla con las garantías mínimas en atención a los derechos e intereses involucrados, pero que de ningún modo requiere echar a andar el “aparataje jurisdiccional” y que, de requerirlo, facilite vías expeditas para llegar a aquel.

De este modo, más allá de lo controvertido del tema, la presente investigación propone quitar de la esfera judicial todos aquellos asuntos en que la labor del juez se aleje de esta función jurisdiccional. En efecto, el juez no siempre está llamado a crear documentos ni a traducir en escritos determinadas manifestaciones de voluntad o actos de los particulares, tampoco lo está para fijar hechos jurídicos, ni es, por naturaleza, el exclusivo defensor y promotor de la seguridad jurídica; ni mucho menos es el llamado a interceder entre las partes para conciliarlas o conseguir un acuerdo entre ellas¹⁶⁹. Será, por tanto, tarea del legislador distinguir lo que es estrictamente jurisdiccional y delimitar cuántas de estas funciones, ajenas a la labor jurisdiccional, serán mantenidas en la esfera judicial y cuantas de ellas, lisa y llanamente, serán sustraídas de su competencia.

Como cuarto y último criterio, es necesario establecer un límite al legislador en su labor de traspasar las diversas materias no contenciosas a entidades administrativas. Este límite será la existencia de algún **interés público relevante**, el cual puede ser observado desde dos perspectivas: Por un lado, existe un interés público relevante en atención a la materia de que se trata, como por ejemplo en

¹⁶⁸ BORDALI SALAMANCA, ANDRES. ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO CHILENO: UN PODER FRAGMENTADO. En: Revista chilena de derecho [En línea]. 2009, vol.36, n.2 , pp. 215-244 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000200002&lng=es&nrm=iso>.

[Consulta: 23 junio 2016] 218-219p

¹⁶⁹ LUCENA, ANTONIO. Op. Cit.

aquellos asuntos en que se ven involucrados menores. De esta forma, se estima que en estos casos el legislador debe mantener su conocimiento dentro de la esfera judicial, o bien, establecer mecanismos por medio del cual el Juez pueda intervenir a fin de no afectar este interés público. Por otro lado, existe también un interés público relevante cuando ocurran diferencias con el servicio público o con terceros, que transforme el asunto en contencioso, como cuando una persona reclama el reconocimiento de la calidad de heredero que le ha sido desconocida. En estos casos, la instancia competente siempre deberá ser judicial¹⁷⁰.

Finalmente, como la presente memoria propone trasladar la competencia de los actos no contenciosos a órganos administrativos, resultará aplicable entonces, todo el marco normativo de los procedimientos administrativos, a saber, la Ley 18.575 sobre Bases Generales de Administración del Estado y Ley 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

2.2. El sujeto

En cuanto a la **legitimación activa**, para este tipo de procedimientos, ella corresponderá a quien tenga interés directo en obtener una respuesta favorable emanada de la administración o del tribunal según corresponda. Luego, el encargado de determinar quién tiene interés directo en cada procedimiento será el legislador, por medio de una norma en que se atribuya el conocimiento de la solicitud a un organismo determinado.

En cuanto a los **eventuales opositores**, resulta plenamente aplicable lo establecido en el artículo 21.2 y 21.3 de la Ley de Procedimientos Administrativos, por cuanto señala que son interesados los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se

¹⁷⁰ GARCIA, JOSÉ FRANCISCO y LETURIA, FRANCISCO JAVIER. Op. Cit. 363p.

adopte y, aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. Si bien, podría plantearse que el principio de igualdad no opera en los actos no contenciosos, en cuanto a que la regla general es que no se presenten oposiciones, al momento en que se aplican las normas antedichas, queda de manifiesto que sí opera el principio, debido a que cualquier interesado puede hacer valer sus derechos ante el órgano administrativo.

2.3. El objeto

El objeto en la nueva legislación nacional sobre los actos no contenciosos, deberá ser la **tutela del orden jurídico**, esto es, "la constitución, aseguramiento, desenvolvimiento y modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general"¹⁷¹.

Como se puede observar, se propone establecer un objeto amplio para estos procedimientos, debido principalmente a la heterogeneidad de actos no contenciosos existentes en la legislación actual y, al mismo tiempo, para conferir a estos actos un mayor ámbito de aplicación en el futuro.

En efecto, la experiencia ha demostrado que la tendencia en estas materias es el aumento de procedimientos de carácter no contenciosos, por lo que resulta necesario que el legislador opte por una visión a futuro lo suficientemente amplia para reducir costos frente a eventuales cambios de legislación y/o evitar una extrema dispersión normativa por falta de una correcta legislación supletoria.

Sin perjuicio de lo anterior, el elemento central para la presente memoria, será la **tutela de la seguridad jurídica**, asunto que se debe mantener como guía para los

¹⁷¹ L.PRIETO- CASTRO, FERRANDIZ. Op. Cit. 601p.

operadores jurídicos, aún con posterioridad a la dejudicialización de los procedimientos no contenciosos.

2.4. La prueba

Continuando el desarrollo sobre la forma de materialización del traspaso de competencias del conocimiento de los actos no contenciosos de los Tribunales de Justicia a órganos administrativos, en los procedimientos tramitados ante ellos, se rige la prueba según las normas de la Ley 19.880, en donde no existe el concepto de información sumaria. Éste último, aunque útil y eficiente, tramitado ante la justicia ordinaria, debe ser suprimido en la nueva legislación, ya que al aplicar supletoriamente el marco normativo sobre los procedimientos administrativos, desde ahí se deben obtener conceptos afines que puedan servir de base para la nueva legislación.

En consecuencia, lo más adecuado será la aplicación del concepto de "actos de instrucción", tratado por el artículo 34 de la Ley 19.880, según el cual son actos de instrucción aquéllos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse el acto. Asimismo, se debe considerar el concepto de prueba, sólo en los términos establecidos en el artículo 35 de la referida norma, esto es, como los hechos relevantes para la decisión del procedimiento.

En cuanto al impulso y la forma en que se deben realizar estos actos, el mismo artículo ordena que se realicen de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención, o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.

Por otra parte, esta disposición en comparación a la normativa vigente, permite alivianar la carga del solicitante, ya que los antecedentes son introducidos al procedimiento por quien se encuentra en mejor posición para aportarlos, en este

caso, la administración. En efecto, tomando en cuenta los tiempos que corren, el desarrollo tecnológico y la gran cantidad de datos que maneja la administración respecto de sus ciudadanos, la mejor forma de obtener información de una manera rápida y efectiva, será entregando el impulso de la prueba a la administración, dejando siempre libre al solicitante la posibilidad de aportar antecedentes al momento de presentar la solicitud ante el órgano administrativo. Con esto, reducirían los costos tanto para el Estado como para los usuarios, ya que todos los participantes del procedimiento tendrán la oportunidad de incorporar los antecedentes que estimen pertinentes para fundamentar la decisión.

Asimismo, se debe tener en consideración que en diversos procedimientos no contenciosos, el Tribunal solicita informe a algún órgano de la administración, para obtener antecedentes precisos y fidedignos sobre ciertas materias, por ser ellos quienes manejan más y mejor información sobre determinados asuntos. De igual forma, todos los antecedentes solicitados por el órgano con competencia para conocer del acto no contencioso, a otros órganos de la administración, por motivos de celeridad, deberán ser solicitados mediante instrumentos electrónicos.

2.5. El procedimiento

De la investigación realizada, se ha determinado que una forma eficiente de tratar los actos no contenciosos, es mediante el establecimiento de un procedimiento general y supletorio, de estructura simple, cuyo impulso recaiga en el órgano administrativo y que reduzca al máximo los costos operacionales tanto para la administración del estado, como para los usuarios del sistema.

Tal como se señaló en párrafos anteriores, es menester aplicar el marco normativo existente para los procedimientos administrativos en todo aquello que no afecte y/o se contraponga al nuevo procedimiento, cuyos lineamientos generales se exponen a continuación.

Gratuidad Progresiva. Como primer punto, se debe establecer una regla de gratuidad progresiva a fin de satisfacer el acceso a los usuarios del servicio menos favorecidos. Esto se puede alcanzar de forma similar a la Ley 19.903 sobre posesión efectiva, por medio del pago de un arancel diferenciado que, en este caso, puede ser acorde a la entidad de la cuantía involucrada, teniendo a su vez en consideración criterios de vulnerabilidad como sistemas de protección social impulsados por el Estado.

Presentación de solicitud y antecedentes. El procedimiento se debe iniciar con una presentación por escrito por parte del interesado o su representante legal, a la cual se deben acompañar todos los antecedentes que disponga el solicitante. Del mismo modo, se debe indicar si la notificación de los actos del procedimiento se realizará por carta certificada o por correo electrónico.

Examen de admisibilidad. Presentada la solicitud con todos sus antecedentes, el órgano administrativo debe realizar un examen de admisibilidad de la presentación, con el objeto de determinar que lo solicitado corresponda a alguno de aquellos actos no contenciosos señalados en la ley. La administración debe emitir una resolución de aceptación o rechazo a la tramitación. En caso que se admita a tramitación, deberá ordenar en el mismo acto su publicación en el Diario Oficial en la medida que se afecten intereses de terceros.

Eventual oposición. Se otorgará un plazo de 15 días a contar de la publicación en el Diario Oficial para que, cualquier interesado, pueda presentar su oposición ante la administración por escrito y acompañando todos los antecedentes sobre los que sostenga su oposición.

La oposición se tramitará en una única audiencia, la que se celebrará con las personas que a ella concurran, donde se examinarán los antecedentes acompañados de forma escrita, otros que haya recabado la administración, dando finalmente la palabra al solicitante para que éste sea oído. Luego, la administración dictará una resolución dentro de quinto día. La asignación de la función jurisdiccional

a un órgano administrativo no se resolverá en el presente investigación por ser un asunto complejo y profundo, por lo que será un tema a resolver por el legislador.

La tramitación de la oposición suspenderá el procedimiento principal y se resolverán de forma conjunta dentro del plazo de quinto día a contar de la audiencia de oposición.

Actos de instrucción y prueba. Los actos de instrucción y prueba serán compuestos por la totalidad de antecedentes que pueda obtener el órgano administrativo mediante diversos medios, incluyéndose aquellos aportados por el propio solicitante. En caso de considerarlo necesario, se podrá citar a única audiencia para obtener o aclarar antecedentes relevantes.

Se establecerá un plazo de 5 días para que, con posterioridad al cumplimiento del plazo de oposición y siempre que no se hubiere deducido, se sistematicen los antecedentes aportados por el solicitante y aquellos obtenidos por el propio órgano administrativo.

Resolución. El acto administrativo terminal que resuelve la solicitud en los actos no contenciosos, deberá ser emitido por la administración a más tardar dentro de quinto día luego de terminado el periodo de prueba.

Recursos. Tal como se señaló en el Capítulo III de la presente memoria, se considera ineficiente el estricto régimen recursivo que actualmente aplica nuestra legislación en relación con los actos judiciales no contenciosos. La disposición de información teóricamente completa de la que dispone el Tribunal al momento de fallar, disminuye los costos de error, no encontrándose justificación para establecer la procedencia del recurso de apelación y de casación para este tipo de causas.

Esta investigación propone que se apliquen plenamente los recursos administrativos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo y en la Ley de Bases Generales de la Administración; distinguiéndose si la interposición del recurso proviene del solicitante o de la parte opositora.

De este modo, tanto para el solicitante como para la parte opositora, resultarían aplicables los siguientes recursos:

Recurso de aclaración del acto, regulado en el artículo 62 de la Ley 18.880.

Recurso de reposición, regulado en el artículo 59 de la Ley 18.880.

Recurso jerárquico, regulado en el artículo 59 de la Ley 18.880.

Recurso extraordinario de revisión, limitado a las causales de las letras b) y c) del artículo 60 de la Ley 18.880, a saber, que, al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieren documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento; o, que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

Ahora bien, sólo en caso que durante el procedimiento haya existido oposición, además del régimen recursivo anterior, se propone agregar un quinto recurso, correspondiente al recurso de apelación, el cual habría de interponerse en caso que la resolución que resuelve el recurso extraordinario de revisión provoque agravio a alguno de los intervinientes. Por medio de este recurso, se busca trasladar la competencia del asunto al órgano jurisdiccional de segunda instancia determinado por el legislador, considerando que éste es un organismo mejor preparado para el examen de legalidad del procedimiento y capaz de canalizar un conflicto de relevancia jurídica que, llegado a término, ha provocado agravio a una o ambas partes. Quedando establecido como *ultima ratio* en este tipo de procedimientos.

2.6. Efectos

De acuerdo al artículo 18 de la 19.880, el procedimiento administrativo se puede entender como una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados

de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tienen por finalidad producir un acto administrativo terminal. De este modo, a partir de la actividad jurídica unilateral del Estado, por medio de esta concatenación o secuencia de actos-trámites destinados a la dictación o constitución de un acto terminal, se extrae una serie de efectos innatos reconocidos por la ley a fin de garantizar su cumplimiento. Tal es el caso, por ejemplo, de la presunción de legalidad, imperatividad y ejecutoriedad.

Del mismo modo, la actual regulación de los procedimientos no contenciosos contempla, a su vez, características propias que lo diferencia de los asuntos contenciosos, las cuales tienen incidencia en sus efectos. Tal es el caso, por ejemplo, de la cosa juzgada, que en materia no contenciosa no opera.

Ahora bien, para elaborar un nuevo procedimiento no contencioso, es necesario tener en consideración tanto los efectos propios del procedimiento administrativo como del procedimiento no contencioso actualmente vigente.

Por un lado, la ley 19.880 regula alguno de los efectos propios del acto administrativo, señalando en el inciso final del artículo 3° lo siguiente: “Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.”

Así, de este conjunto – presunción de legalidad e Imperatividad – se distingue alguno de los efectos característicos del acto administrativo, los cuales deben permanecer invariables en el nuevo procedimiento no contencioso.

Sin perjuicio de lo anterior, especial análisis debe tener la parte final del artículo 3° de la Ley, al establecer la suspensión del acto administrativo, tanto por vía

de impugnación como jurisdiccional¹⁷². En efecto, dentro de un procedimiento en el cual el costo de error es bajo tal posibilidad sólo se puede sustentar en base a criterios de justicia, es decir, cuando existan fundamentos plausibles de que el procedimiento se encuentre viciado o exista un perjuicio irreparable para el solicitante u opositor. De este modo, la regla general debe ser la insusceptibilidad del acto.

Continuando con la aplicación de la Ley 19.880, su artículo 51 establece la ejecutoriedad del acto, en los siguientes términos: “Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”. – Agregando en su inciso segundo – “Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general”.

La determinación, tanto, de la necesidad de notificación o publicación, como del contenido de cada acto, es una labor que debe realizar el legislador al momento de regular el nuevo procedimiento de actos no contenciosos administrativos y será necesario que se señale expresamente por la ley. Asimismo, en caso de notificación de la resolución del acto administrativo, sería pertinente que el solicitante, en su primera actuación señale una forma especial de notificación (por ejemplo, mediante correo electrónico), manteniendo la notificación por carta certificada establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo solo como una norma supletoria.

Finalmente, el artículo 52 de la Ley 19.880, se refiere a los efectos del acto administrativo en cuanto al tiempo, señalando: “Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”.

¹⁷² La suspensión del acto administrativo se encuentra reiterada, a su vez, en el artículo 57 de la Ley 19.880, el cual señala: “La interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado”. – y agrega- “Con todo, la autoridad llamada a resolver el recurso, a petición fundada del interesado, podrá suspender la ejecución cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso”.

Sobre este punto, la regla general es que el acto produzca sus efectos hacia el futuro, sin efecto retroactivo. Sin embargo, en virtud del artículo 52, el acto podría tener efectos retroactivos en la medida que produzcan consecuencias favorables para el o los interesados, y que no lesione los derechos de terceros. En la nueva regulación para los actos no contenciosos, el legislador deberá restringir esta regla, aplicando de forma absoluta la irretroactividad del acto, consagrando excepciones para cada caso particular y en forma taxativa, y no por una regla genérica como la del artículo 52.

Por otro lado, de la actual regulación del Código de Procedimiento Civil, especial interés presenta el tratamiento de la Cosa Juzgada en este tipo de procedimientos. En efecto, las sentencias definitivas no producen cosa juzgada, sino que el desasimio del tribunal para impedir que se modifique la resolución. Para ello, se establece la posibilidad de revocar las resoluciones negativas en la medida que varíen las circunstancias de su dictación y afirmativas con tal que esté aún pendiente su ejecución (Art. 821 CPC).

La presente memoria, propone que se mantenga el tratamiento de los efectos de las resoluciones que da el Código de Procedimiento Civil en la nueva legislación, debido a que resulta acertado modificar la resolución negativa en caso que cambien las circunstancias que llevaron a su dictación y afirmativas con tal que esté aún pendiente su ejecución, sin mayores trabas para el solicitante, mejorando la efectividad y celeridad del procedimiento.

CONCLUSIONES

La presente Memoria tuvo como principal objetivo analizar la institución jurídica procesal de los actos jurídicos no contenciosos bajo la mirada del análisis económico del derecho. Con ello, no sólo fue analizada la institución de los actos no contenciosos, su desarrollo histórico y naturaleza jurídica, sino que también fue abordada la disciplina del análisis económico del derecho, tanto conceptualmente como su metodología, logrando así establecer una herramienta idónea para efectuar no sólo un diagnóstico de la normativa chilena, sino que también una propuesta eficiente en la creación de un nuevo procedimiento en materia no contenciosa.

Junto con lo anterior, se analizó también el proyecto de reforma al Código de Procedimiento Civil, que entre otras cosas, anticipa cambios importantes en la actual tramitación del proceso civil, observándose un espíritu modernizador y que busca extender los principios que subyacen a otros procedimientos recientemente modificados, como un esfuerzo estatal por facilitar un mejor sistema de justicia. Se observó también, el escaso desarrollo que le ha dado el proyecto a la institución de los actos no contenciosos, en circunstancias que, como ha quedado demostrado, constituye un punto significativo de la reforma.

Como primer punto, sobre los actos no contenciosos, también conocidos como jurisdicción voluntaria, se observaron las dificultades que se han suscitado dentro de la doctrina en cuanto a su definición y, en particular, en lo relativo a su naturaleza jurídica.

Desde sus orígenes históricos, que se remontan al Digesto, la jurisdicción voluntaria se planteaba como opuesta a la contenciosa, pero ambos asuntos eran conocidos por el magistrado. Es debido a esta contraposición, que el concepto de jurisdicción voluntaria pasó al derecho español antiguo, y posteriormente, a nuestro Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, el legislador nacional, quiso innovar en esta materia. Planteó estos asuntos bajo el concepto de “actos judiciales no

contenciosos”, otorgando una definición clara y regulando un procedimiento supletorio general en el Libro IV del CPC, estableciendo con esto, un gran avance respecto de las legislaciones de principios del siglo XX que aún regulaban estos actos bajo el concepto utilizado en el Digesto.

Sobre la naturaleza jurídica de estos actos tres fueron las teorías analizadas. La primera de ellas, señala que estos actos son de naturaleza jurisdiccional, debido a que esta línea doctrinaria comprende el concepto de jurisdicción en sentido amplio, por lo que, en consecuencia, estas materias serían una función de la jurisdicción, existiendo una relación de género especie entre la jurisdicción y la jurisdicción voluntaria. Una segunda línea argumentativa, que es seguida por mayor parte de los autores contemporáneos, luego de un análisis de las funciones y finalidades de estos actos, establece que su naturaleza jurídica es administrativa. Finalmente, fue abordada una tercera postura, de quienes proponen que la naturaleza de estos actos es sui generis, argumentando en base a quiénes resultan obligados por la resolución emanada de estos procedimientos.

La presente Memoria adhiere a la segunda postura, por cuanto se concluye que ésta entrega una visión realista y funcional de los actos no contenciosos lo que permite un mayor rango de probabilidades a la hora de analizar la regulación vigente y de proyectar cambios a futuro. Asimismo, esta visión resulta coherente con la realidad chilena, ya que en nuestro ordenamiento, como se pudo ver, en otra oportunidad ya entregó el conocimiento de estos asuntos a órganos administrativos. Tal es el caso de la tramitación de la posesión efectiva intestada, en que mediante la ley 19.903 se otorgó competencia al Servicio de Registro Civil e Identificación para su tramitación y resolución.

Como segundo punto relevante de esta Memoria se encuentra la disciplina del análisis económico del derecho (AED). Ella ha representado una de las tendencias modernas del derecho de mayor desarrollo desde la década de 1960, la cual se puede entender como la aplicación de conceptos y modelos provenientes de la economía, con el objeto de analizar los incentivos y desincentivos que provocan en la conducta de las personas las normas jurídicas, y el ordenamiento jurídico en general.

Por un lado, se debe señalar que el AED, desde sus distintas vertientes hace uso del concepto de eficiencia, no obstante, las dificultades comienzan cuando se debe definir qué se entiende por eficiencia. Como se estudió, el AED no responde a un solo concepto de eficiencia, sino que éste se forma a partir de los distintos criterios de eficiencia que le dan contenido (Coase, Pareto, Kaldor-Hicks y Posner). En este sentido, más allá de las apreciaciones críticas que se pueden realizar respecto de cada uno de ellos, cabe destacar su adecuada delimitación conceptual.

Por otro lado, el AED reconoce dos metodologías sobre las cuales estudia los distintos hechos que pueden acaecer en el desarrollo de las diversas áreas del derecho. Una mirada es la que realiza en AED positivo, que analiza desde una visión económica normas e instituciones en su situación actual, realizando un trabajo analítico y no propositivo. Una segunda visión, es la que entrega el análisis económico del derecho normativo, que consiste en la propuesta para mejorar ciertas normas o instituciones. Propuesta que estará regida por la búsqueda de la eficiencia.

Como disciplina académica, el AED ha proliferado y su ámbito de estudio extendiendo sus fronteras más allá del derecho civil contractual y extracontractual, encontrando hoy día AED del derecho laboral, penal, de familia y procesal.

En lo que respecta al AED del derecho procesal, éste analiza el comportamiento de los sujetos en el contexto que el juicio es visto como un mercado, en que las normas generan incentivos o desincentivos para negociar, aportar información o llevar el conflicto hasta la resolución del juez. En este sentido, la eficiencia es vista como un punto de equilibrio entre los costos de error y los costos administrativos que se generan en el contexto de un conflicto de relevancia jurídica. Estas dos clases de costos, convergen en una relación de contradicción u oposición, ya que la búsqueda de una decisión sin errores en el marco de un proceso jurisdiccional, regido por la incertidumbre, pasa por aumentar los mecanismos de corrección, lo que a su vez, significa un incremento de los costos del sistema. Por tanto, la tarea legislativa en la elaboración de normas procesales, sólo puede ser entendida como la búsqueda de un equilibrio de eficiencia en términos de alcanzar un óptimo normativo, en el cual un sistema judicial sería eficiente cuando su

funcionamiento resulta razonablemente rápido y económico, pero que al mismo tiempo, se oriente estructuralmente para llegar a decisiones informadas, precisas y responsables.

Seguidamente, a partir de un examen simple de los costos de error y administrativos del procedimiento no contencioso vigente se pudo observar una acertada preocupación por el resguardo del debido proceso y la reducción al máximo posible de los costos de error, adoptando soluciones asequibles dentro del sistema, sin desnaturalizar el procedimiento, como por ejemplo, las consultas a órganos expertos en determinadas materias. Sin embargo, dicho enfoque no ha sido suficiente, por cuanto se ha despreocupado de los costos del sistema, acrecentados aún más por el desdoblamiento de funciones de los jueces y el retardo que ello provoca en las decisiones judiciales, afectando la calidad de la decisión no sólo en los asuntos no contenciosos, sino que también en los de carácter jurisdiccional. De igual forma, se han acrecentado los costos de error, ya que en la práctica, como consecuencia de la alta carga de trabajo que tienen los tribunales, estos procedimientos son llevados ante algún funcionario del mismo tribunal, que no necesariamente es letrado, como un proveedor u oficial de sala.

Como tercer punto relevante, sobre proyecto de ley de reforma al actual Código de Procedimiento Civil, se constató un especial énfasis en la idea de eficiencia del sistema judicial, idea que sin condecirse directamente con alguno de los criterios de eficiencia estudiados, da cuenta de la importancia de una reforma en términos eficientes. Luego, un concepto de eficiencia adecuado para la reforma, sería aquel capaz de ponderar debidamente los intereses involucrados en el resguardo del debido proceso, así como los criterios tendientes a la obtención del óptimo de costos relevantes para el proceso civil.

Ahora bien, sobre los actos no contenciosos, el proyecto de reforma procesal civil los menciona expresamente, pero de forma muy breve, por lo que un tratamiento eficiente de este tipo de actos requirió del análisis de otras instituciones incorporadas por la reforma y que forman parte del cúmulo de ejes centrales y principios que la inspiran, a fin de llenar estos vacíos, en particular el principio de oralidad y la etapa

de ejecución. De dicho análisis, se pudo desprender la intención del legislador tanto por favorecer la creación de procedimientos más rápidos y eficaces, como también de sacar de la esfera judicial aquellos procedimientos en que no existe un verdadero conflicto de relevancia jurídica, como parte esencial de la función jurisdiccional. Lo anterior, no sólo ha encontrado apoyo desde la doctrina sino que también en las recientes intervenciones del poder judicial. A lo anterior, se deben sumar los precedentes legales en torno al fenómeno de la desjudicialización, como lo es la experiencia de la ley 19.903 sobre la posesión efectiva intestada.

Asimismo, se pudo observar que esta visión se condice con lo que el AED ha propuesto en esta materia, en cuanto a las implicancias económicas que tiene una respuesta tardía del órgano jurisdiccional. De este modo, el interés del usuario del sistema no sólo se limitaría a una respuesta rápida y efectiva a su solicitud, sino que también a que exista una óptima asignación de los recursos fiscales. No basta sólo con aumentar la inversión estatal, sino que se deben diversificar de forma eficiente las distintas tareas que debe cumplir el juez, dándole especial énfasis a aquellas en las cuales exista un mayor interés en juego, ya sea en función al beneficio obtenido o al perjuicio a evitar. Finalmente, para poner en marcha este nuevo sistema de tramitación de causas no contenciosas, se concluyó que el legislador deberá tener presente que la administración incurrirá en costos de implementación. Luego, deberá realizar un análisis empírico detallado con los costos en que hoy incurre el aparato judicial en la tramitación y resolución de estos asuntos, para posteriormente compararlo con los costos proyectados de la administración.

Por otra parte, la discusión sobre una modernización a la regulación de los actos judiciales no contenciosos, no es única en Chile. Tanto la doctrina procesal, como en otros países, ya se ha discutido y reformado el procedimiento para este tipo de actos. El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal desde 1967 ha trabajado en la preparación de un Código Procesal Civil que sirva de modelo para nuevas legislaciones en Iberoamérica, modelo que fue entregado en el año 1988 y sus bases fueron redactadas bajo la dirección de los profesores Alfonso Gelsi Bidart y Enrique Vescovi.

A partir del estudio del Código Modelo, se pudieron extraer una serie de elementos que podrían resultar aplicables para el estudio y posterior redacción de la norma para Chile. Entre ellos destacan: (i) los objetivos claros y taxativos que se establecen al momento de regular este tipo de actos. Lo que permitiría en el caso chileno, que exista una norma supletoria general acerca de los lineamientos generales de este tipo de actos, y que se establezca regulación complementaria, en la medida que se respeten los objetivos señalados en la norma. (ii) Además en el Código Modelo se encuentran diversos elementos dirigidos a aumentar la celeridad del procedimiento, como la notificación a todos los interesados de la primera resolución del procedimiento y la única audiencia que ha de fijarse para oír al solicitante, a los interesados, al Ministerio Público y para rendir la prueba, ya que con esto, el Tribunal dispondrá de los antecedentes necesarios para resolver la solicitud. (iii) En cuanto al régimen recursivo, en el Código Modelo existe mayor restricción respecto de los recursos que proceden, ya que opera la reposición y apelación, mas no la casación. Con esto se logra un control efectivo de la legalidad de las resoluciones, así como se evita poner en ejercicio al máximo tribunal de justicia mediante recurso de casación, destinando aquel recurso para procedimientos de mayor envergadura.

De igual forma, en España el 2 de julio de 2015, comenzó a regir la Ley 15/2015 que regula la jurisdicción voluntaria. Esta norma, vino a entregar un procedimiento de carácter general y supletorio para los actos de jurisdicción voluntaria, debido a que en el pasado, las normas españolas sobre estas materias eran dispersas y heterogéneas en su regulación. En la nueva norma se entrega competencia a diferentes organismos que pueden conocer de estas materias, donde se crea una especie de “competencia ampliada” para los actos de jurisdicción voluntaria, que pueden ser conocidos (según lo indique la ley) por el Juez, el Secretario del Tribunal, Notarios y Registradores de Propiedad y Mercantiles. Con esto, se abren una serie de opciones para el ciudadano quien tiene el poder de optar, en base a criterios económicos o por simple comodidad, ante quien presentará la solicitud. Otra novedad de esta norma, es que la actuación en estos procedimientos se realizará mediante abogado solo cuando la ley lo requiera, por lo que, a *contrario*

sensu, no será necesario actuar mediante abogado o procurador salvo que la ley lo requiera. En cuanto al procedimiento en sí, la norma española establece un procedimiento breve, que no se paraliza por la interposición de una oposición y limita el régimen recursivo sobre las resoluciones que se emitan en este procedimiento.

Finalmente, como cuarto y último punto relevante de la presente Memoria, se elaboró una propuesta para un nuevo procedimiento general de actos no contenciosos, mediante la aplicación de la metodología del AED Normativo. Siguiendo este método, se efectuó un análisis del estado actual de la normativa de los actos no contenciosos, en conjunto a los principales lineamientos de la reforma al procedimiento civil y la legislación comparada relevante. Luego, se pudo extraer los aspectos más importantes a considerar en una futura legislación (Competencia, Sujetos, Objeto, Prueba, Procedimiento y Efectos).

Entre todos estos aspectos, un eje central de la propuesta lo constituye el traspaso de la competencia actualmente radicada en los Tribunales de Justicia a otras Instituciones, órganos, autoridades o servicios, de carácter administrativo, capaces de absorber la demanda existente, logrando así su desjudicialización. Para ello, la elaboración de criterios que permitan dicho traspaso resulta esencial, a fin de poder establecer la frontera entre ambas esferas de competencia. De este modo, la recepción de antecedentes, la ausencia de contradicción formal, la delimitación de la función jurisdiccional del juez y la limitación del interés público relevante; establecen una sencilla pauta para el legislador. Por otra parte, acorde a la legislación administrativa vigente, resultará aplicable todo su marco normativo, a saber, la Ley 18.575 sobre Bases Generales de Administración del Estado y Ley 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

En el mismo sentido, a partir de la legislación administrativa, se reconoce legitimación activa a quien tenga interés directo en obtener una respuesta favorable emanada de la administración o del tribunal según corresponda, y como eventuales opositores a los interesados que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte y,

aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. Estimando de esta forma la plena aplicación del principio de igualdad.

Otro aspecto relevante de esta propuesta lo constituye el procedimiento y la rendición de prueba.

En cuanto al primer aspecto, se determinó que una forma eficiente de tratar los actos no contenciosos, es mediante el establecimiento de un procedimiento general y supletorio, de estructura simple, cuyo impulso recaiga en el órgano administrativo y que reduzca al máximo los costos operacionales tanto para la administración del estado como para los usuarios del sistema. Para ello se ha propuesto aplicar el marco normativo existente para los procedimientos administrativos en todo aquello que no afecte y/o contraponga a lo que en opinión de esta Memoria forman los lineamientos generales del nuevo procedimiento, tales como el aporte de antecedentes escritos en la primera presentación del solicitante, su examen de admisibilidad, publicación, posibilidad de oposición de eventuales interesados, actos de instrucción, prueba y la resolución de la solicitud en un solo acto terminal de la administración. También resulta importante la aplicación de un régimen recursivo menos estricto que al actualmente vigente, con base en la legislación administrativa aplicada, con la particularidad de un recurso de apelación y eventual intervención de un Tribunal sólo en los casos en que haya existido oposición y en contra de la resolución que resuelve el recurso extraordinario de revisión, cuando ésta provoque agravio a alguno de los intervinientes. Conjuntamente, se propone establecer una regla de gratuidad progresiva a fin de satisfacer el acceso a los usuarios del servicio menos favorecidos, de forma similar a la Ley 19.903 sobre posesión efectiva, por medio del pago de un arancel diferenciado que, en este caso, puede ser acorde a la entidad de la cuantía involucrada, teniendo a su vez en consideración criterios de vulnerabilidad como sistemas de protección social impulsados por el Estado.

En cuanto al segundo aspecto, se propone suprimir de la nueva legislación el concepto de información sumaria, debiendo seguirse, en general, las normas

supletorias sobre el procedimiento administrativo. En consecuencia, lo más adecuado será la aplicación del concepto de "actos de instrucción" (Art. 34 Ley 19.880), recayendo el impulso y la forma de la prueba sobre la administración, la cual será incorporada de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención, o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos. Esto permitirá aliviar la carga del solicitante, ya que los antecedentes serán introducidos al procedimiento por quien se encuentra en mejor posición para aportarlos, en este caso, la administración. Con esto, se reducirían al mínimo los costos tanto para el Estado como para los usuarios, ya que todos los participantes del procedimiento tendrán la oportunidad de incorporar los antecedentes que estimen pertinentes para fundamentar la decisión.

Por último, en cuanto a los efectos de la resolución emanada de este nuevo procedimiento, se concluye que para un correcto tratamiento de ellos se debe tener en consideración tanto los efectos propios del procedimiento administrativo como los del procedimiento no contencioso actualmente vigente. Así, de su tratamiento conjunto, es posible extraer los principales efectos que investirían a la resolución administrativa terminal que resuelve el asunto sometido a la decisión de la administración. En primer lugar, se puede señalar que dicha resolución gozará de presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios (Art. 3° Ley 19.880). En segundo lugar, respecto a la posibilidad de suspensión, se estimó que al existir un bajo costo de error, la suspensión del procedimiento sólo puede sustentarse en base a criterios de justicia, es decir, cuando existan fundamentos plausibles de que el procedimiento se encuentre viciado o exista un perjuicio irreparable para el solicitante u opositor. De este modo, la regla general debe ser la insuspensibilidad de los efectos del acto. En tercer lugar, respecto a la irretroactividad del acto, se propone su consagración expresa, pero de forma diversa a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 19.880, ya que si bien consagra el principio de irretroactividad, permite que el acto tenga el efecto inverso cuando se produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros, lo cual no se condice con la tutela de la seguridad jurídica. Para ello se plantea una

aplicación absoluta de la irretroactividad del acto, consagrando excepciones para cada caso particular y en forma taxativa. Finalmente, se estima que esta resolución terminal, al igual como ocurre en la legislación vigente, no gozará de efecto de cosa juzgada, permitiendo la posibilidad de revocar las resoluciones negativas en la medida que varíen las circunstancias de su dictación y afirmativas con tal que esté aún pendiente su ejecución.

BIBLIOGRAFÍA

- LIBROS Y TEXTOS

ALESSANDRI RODRIGUEZ, FERNANDO. 1942. Actos de jurisdicción voluntaria. Síntesis del juicio ejecutivo. Universidad de Chile. Santiago.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, FERNANDO. 1953. Derecho procesal. Tomo I. Apuntes de clases. Editorial Universitaria. Santiago.

CABANELLAS, GUILLERMO. 2006. El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. KLUGER Viviana. Análisis económico del derecho. Argentina. Edición: Heliasta.

CASARINO VITERBO, MARIO. 1993. Medio siglo al servicio del derecho procesal. Colección Jornadas Académicas, Universidad de Valparaíso. Editorial Ederval. Valparaíso.

COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. 2009. Derecho y economía. Fondo de cultura económica. Estados Unidos.

DE LA PLAZA, MANUEL. 1955. Derecho procesal civil español, Vol. 2. Tercera edición. Editorial Revista de derecho privado. Madrid.

DUCCE, MAURICIO; MARIN, FELIPE y RIEGO, CRISTIÁN. 2008. Reforma a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. En: Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina. CEJA. Santiago.

FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO. 2001. La jurisdicción voluntaria. Editorial Civitas Ediciones. Madrid.

GRILLO, RAFAEL; VERA, GUILLERMO y GRILLO, CARLOS. 2004. Derecho procesal civil III. Medios de impugnación y procesos especiales. Editorial Félix Varela. La Habana.

GUZMÁN SANTA CRUZ, ROBERTO. 1966. Repertorio de conceptos del derecho procesal civil. Tomo II. Editorial Carlos E. Gibbs. Santiago, Chile.

GUASP, JAIME. 1998. Derecho Procesal civil. Tomo II. 4ta edición. Editorial Civitas Ediciones.

IRARRÁZABAL, FELIPE. 2002. Introducción al Análisis Económico del Derecho. Apuntes de cátedra Análisis económico del derecho. Universidad de Chile, Departamento de Derecho Económico.

JAEGER, PABLO. MATURANA, FRANCISCO. 1992. Los actos no contenciosos y su práctica forense. Editorial La Ley. Santiago.

LAGARMILLA, ALEJANDRO. 1920. La jurisdicción voluntaria. Editorial La bolsa de los libros. Montevideo.

L.PRIETO- CASTRO, FERRANDIZ. 1964. Derecho procesal civil. Segunda parte. Editorial revista de derecho privado. Madrid.

MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. 1953. Comentarios de la ley de enjuiciamiento civil. Editorial Centro de enseñanza y publicaciones. Madrid.

MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. 2006. Apuntes cátedra derecho procesal. La jurisdicción. Universidad de Chile.

MIGUEL Y ROMERO, MAURO y DE MIGUEL Y ALONSO, CARLOS. Derecho procesal práctico. Tomo II. 1967. Editorial Bosch, Barcelona, undécima edición.

PINZÓN, MARIO; LOPEZ, LUIS; PEÑA, DANIEL; DE LA CRUZ, DIONISIO y AMADOR, LUIS. 2010. Derecho Económico. Colección Enrique Low Murtra. Tomo VI. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia.

POSNER, RICHARD. 2000. El análisis económico del derecho. Fondo de cultura económica. México.

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISO. 1990. Derecho procesal civil. Tomo II. Barcelona. Editorial José M. Bosch.

RENDENTI, ENRICO. 1957. Derecho procesal civil. Tomo III. Editoriales jurídicas Europa- América. Buenos Aires.

RIVAS, ADOLFO. 1998. La jurisdicción voluntaria. Estudios procesales. Editorial Instituto colombiano de derecho procesal.

SPECTOR, HORACIO. 2006. Justicia y bienestar desde una perspectiva del derecho comparado. Metas e instrumentos. En: KLUGER Viviana. Análisis económico del derecho. Argentina. Edición: Heliasta.

TAVANO, MARIA JOSEFINA. 2006. Coase: Un teorema para el derecho. Su aplicación: A la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia. En: Análisis Económico del Derecho. Compilación: Kluger, Viviana. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.

- REVISTAS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

BEJARANO, JESUS ANTONIO. 1999. El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. Revista de Economía Institucional. Vol. 1, Nº1. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

BEYER, HARALD. Ronald Coase y su Costo Social. 1992. Revista de Estudios Público. Nº 45.

BORDALI SALAMANCA, ANDRES. 2009. Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado. Revista Chilena de Derecho. Vol. 36, Nº 2

CARRASCO, NICOLÁS. 2010. La contra cautela. Una mirada desde el análisis económico del derecho procesal. Revista Derecho y Humanidades. Vol. 2, Nº 16.

CARRASCO, NICOLÁS. 2012. Análisis económico del derecho de la tutela cautelar en la legislación civil en Chile. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado. N° 2.

CARRASCO, NICOLAS y NUÑEZ, RAUL. 2015. Análisis económico de la administración de justicia: ¿la justicia como bien público o privado?. Revista Chilena de Derecho. Vol. 42, N°2.

CHINEA GUEVARA, JOSEFINA. 2006. Jurisdicción voluntaria y función notarial. En: Pérez Gallardo, Leonardo B. y Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro. Revista Derecho Notarial. Vol. 2, Editorial Félix Varela. La Habana.

COASE, RONALD. 1992. El problema del costo social. Revista de Estudios Públicos. N° 45.

COOTER, ROBERT y RUBINFELD, DANIEL. 1989. Economic Analysis of Legal Disputes and their resolution. Journal of Economic Literature. Vol. 27, N° 3.

COOTER, ROBERT. 2000, Las mejores leyes correctas: Fundamentos axiológicos del análisis económico del derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Fondo de Cultura Económica: Centro de Estudios de la Gobernabilidad y Políticas Públicas. México.

CORREA JORGE; PEÑA, CARLOS y VARGAS, JUAN. 2000. ¿Es la Justicia un bien público?. Revista perspectivas Vol. 3, N°2. Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile.

CORREA, JORGE y AGUAD, ALEJANDRA. 2000. Racionalización de la Posesión Efectiva. Colección Informes de Investigación N°5, Año 2. Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales.

GARCIA, JOSÉ FRANCISCO y LETURIA, FRANCISCO JAVIER. 2006. Justicia civil: diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. Revista chilena de Derecho. Vol.33, N°2. Santiago.

GÓMEZ- FERRER, RAFAEL. 2006. Jurisdicción voluntaria. En: Pérez Gallardo, Leonardo B. y Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro. Revista Derecho Notarial. Vol. 2, Editorial Félix Varela. La Habana.

MATURANA CRISTIAN. 2008. El anteproyecto de Código Procesal Civil. Revista de derecho procesal de la Universidad de Chile. (Nº 21): pp 25 y ss.

MERY NIETO, RAFAEL. 2004. Notas sobre análisis económico del derecho: Una mirada desde América Latina. Revista de derecho y humanidades Nº 10.

MUÑOZ ROJAS, TOMÁS. 1990. Sobre la Jurisdicción voluntaria. Revista Actualidad Civil. Nº 3. Universidad De la Rioja.

NUÑEZ OJEDA, RAÚL. 2005. Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). Revista de Estudios de la Justicia, Nº 6. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

ORELLANA TORRES, FERNANDO. 2003. La jurisdicción en el derecho procesal chileno. En: Revista de Derecho, filosofía e historia.

PALOMO, DIEGO. 2005. Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?. Revista Derecho Valdivia, Vol.18, Nº1.

PALOMO, DIEGO. 2014. Reformas de la ejecución civil y del proceso monitorio: La apuesta chilena por la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a un debido proceso. Estudios Constitucionales, Año 12, Nº 1. Universidad de Talca.

POSNER, RICHARD. 1998. Utilitarismo, economía y teoría del derecho. Centro de Estudios Públicos. Nº69.

VARGAS, MACARENA. 2013. Hacia la desjudicialización de la ejecución civil. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, Nº 1. Pontificia Universidad Católica.

ALBORNOZ GABILÁN, JOSÉ. 2011. El debido proceso administrativo y su reconocimiento en los procesos disciplinarios de los órganos de la Administración del Estado regidos por la Ley 18.834 sobre estatuto administrativo. Tesis para Optar al Grado de Magíster en Derecho. Universidad de Chile. Santiago.

MARTINEZ FELIP, PATRICIO. Los principios de concentración y economía procesal en los procedimientos civiles chilenos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile.

OYARZÚN RIVEROS, MARÍA DE LA LUZ. 2004. Análisis de las modificaciones introducidas por la ley 19.903 al trámite de la dación de la posesión efectiva en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales Universidad de Chile.

POBLETE ITURRIATE, ORLANDO. 1978. Contribución al estudio de la jurisdicción voluntaria. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales Universidad de Chile.

URRUTIA AGUILERA, PATRICIA. 2000. La jurisdicción voluntaria. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile.

VEGA PIMENTEL, LUIS y SOLIS ROMERO, GLORIA. 1977. Un ensayo de distribución de la llamada jurisdicción voluntaria en los distintos órganos del estado.. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales Universidad de Chile.

- LEYES Y OTRAS NORMATIVAS

CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. 1998. Ley que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. Modifica Ley nº 4.808, sobre Registro Civil.

CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. 1986. Ley 18.575. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado.

CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. 2003. Ley 19.880. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

ESPAÑA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 15 año 2015.

- SITIOS WEB

CARRASCO, NICOLAS. 2016. El análisis económico del derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis. [En línea] <https://www.researchgate.net/publication/289505114_EI_AED_como_herramienta_p rocesal_en_la_sociedad_post-crisis> [Consulta: 22 junio de 2016]

CORTE SUPREMA. Conversatorio de la Corte Suprema sobre la Reforma Procesal Civil. 2015. Dirección de Estudios Corte Suprema. [En línea] <<http://decs.pjud.cl/index.SUPREMA.php/noticias/83-conversatorio-de-la-corte-suprema-sobre-la-reforma-procesal-civil>> [Consultado: 2 febrero 2016]

FERNANDEZ BUJÁN, ANTONIO. 2001. Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro. [En línea] <[https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(089-148\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(089-148).pdf)> [Consulta: 22 junio de 2016]

EMG, CONSULTORES S.A. Estudio de estimación de ingreso de causas para el sistema de justicia civil bajo el actual régimen de funcionamiento. [En línea] <<http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Estimacion-de-Ingreso-Causas-Sistema-Justicia-Civil.pdf>> [Consulta: 22 junio de 2016]

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. 1988. Montevideo. [En línea] <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2152-el-c%C3%B3digo-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica.html> [Consulta: 22 junio de 2016]

LUCENA, ANTONIO. 2013. Jurisdicción voluntaria – Desjudicialización. [En Línea] < <http://notin.es/jurisdiccion-voluntaria-desjudicializacion-i/>> [Consulta: 22 junio de 2016]

MINISTERIO DE JUSTICIA. Propuesta de anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria presentada por la sección especial constituida por orden del ministro de justicia el 20 de abril de 2012. 2013. España. [En línea] <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292411495688?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Descargas&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_anteproyecto_de_Ley_de_Jurisdiccion_Voluntaria_presentada_por_la_Seccion_Especial_cons.PDF&blobheadervalue2=1288780672200> [Consulta: 22 junio de 2016]

MINISTERIO DE JUSTICIA. Reforma Procesal Civil. Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil. 2012. Mensaje N° 432-259. [En línea] < <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf>> [Consulta: 22 junio de 2016]

TARUFFO, MICHELE. 2008. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. [En línea] < <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf>> [Consulta: 22 junio de 2016]