

EFFECTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES CIVILES [Efficacy of civil procedural regulation]

NICOLÁS CARRASCO DELGADO*
Universidad de Chile

RESUMEN

La problemática de la efectividad de las normas procesales (aquellas que cumplen los objetivos propuestos) puede ser enfocado desde una perspectiva teórica y desde una perspectiva empírica. Existe escasa bibliografía nacional sobre ambas materias. Este trabajo busca aportar elementos dogmáticos para la regulación de normas procesales efectivas, señalando algunos ejemplos con base a la legislación chilena y extranjera.

PALABRAS CLAVE

Derecho procesal – análisis económico del derecho – fuente de prueba.

ABSTRACT

The problematic aspect with efficacy of procedural regulation (those which meet their established targets) can be observed from a theoretical and empirical perspective. There is a lack of national literature available on both materials. This work seeks to contribute dogmatic elements towards the regulation of effective procedural regulation, indicating examples based on Chilean and foreign legislation.

KEYWORDS

Procedural Law – Economic Analysis of Law – Sources of the evidence.

RECIBIDO el 7 de diciembre de 2017 y APROBADO el 7 de enero de 2019

* Profesor Asistente de Derecho Procesal, Universidad de Chile. Doctorando en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, Universidad Autónoma de Madrid. Becario del programa Becas Chile para cursar estudios de Doctorado en el extranjero. Correo electrónico: ncarrascod@gmail.com.

Abreviaturas: *NCPC* (Proyecto de Ley de nuevo Código Procesal Civil); *LAJRC* (Ley 19/2015, de 13 de julio, que contiene una serie de normas a fin de poner en funcionamiento el mecanismo de subastas electrónicas a través de la agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado); *LEC* (Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil); *InsO* (*Insolvenzordnung* de Alemania).

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Entenderemos que las normas procesales son efectivas cuando cumplen sus objetivos (cualesquiera sean). La efectividad de las normas constituye algo deseable. Es razonable pretender que las normas satisfagan los fines para los cuales fueron dictadas. Las normas constituyen el producto de un proceso colectivo de formación que implica costos, tiempo y ciertos niveles de consenso que son difíciles de obtener. Si las normas terminan no siendo efectivas, entonces habría un malgasto de recursos asociados a ese proceso colectivo.

El estudio de la efectividad de las normas puede ser enfocado desde una perspectiva empírica y desde una perspectiva dogmática. La primera perspectiva supone examinar con metodologías de recogida y tratamiento de datos si las normas efectivamente cumplen sus objetivos. La última perspectiva persigue asentar ciertas bases teóricas acerca de cómo se logra la efectividad de aquello que las normas mandan, prohíben o permiten. En este trabajo nos concentraremos en la segunda perspectiva en relación a las normas procesales.

Si examinamos la literatura nacional veremos que la doctrina ha dedicado escasos esfuerzos a trabajar esta materia en la perspectiva procesal civil¹. No existen trabajos que de manera sistemática hayan examinado los requisitos o exigencias que una norma procesal requiere para ser efectiva. Parte de ese vacío se pretende subsanar con este trabajo.

¹ Algunas preocupaciones sobre la materia se expresan en PALOMO, Diego, *Y ahora, Tras la Experiencia Procesal Penal ¿La Oralidad al Proceso Civil?: Algunas Claves y Criterios a Seguir*, en *Revista Ius et Praxis* 10 (2004), 2, pp. 225-265; PALOMO, Diego, *Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el proyecto de nuevo CPC chileno*, en *Revista Chilena de Derecho* 36 (2009), 3, pp. 621-661; GARCÍA, José Francisco – LETURIA, FRANCISCO, *La Justicia civil y comercial chilena en crisis: Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, en *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil* (Santiago, Libertad y Desarrollo, 2006), pp. 29-82; PÉREZ RAGONE, Álvaro, *El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 42 (2014), pp. 543-547; HUNTER, Iván, *La negativa injustificada a la exhibición de la prueba documental en el proceso civil chileno: Una solución epistemológica para superar una regulación deficiente*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 46 (2016), pp. 193-226; NÚÑEZ, Raúl – CARRASCO, Nicolás, *La quiebra sin bienes. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, en *Revista Ius et Praxis* 17 (2011), 1, pp. 139-176.

Damos por descontado que las normas procesales deben poseer un objetivo determinado (aspecto que corresponde definir en cada caso al legislador). Sin embargo, la cuestión a resolver es: ¿cómo hacer que las normas procesales cumplan sus objetivos?

Considero que la respuesta a esa pregunta puede ser enfocada desde dos perspectivas. La primera está en relación con la aproximación de la efectividad de las normas a partir de sus destinatarios (las normas serán efectivas si están estructuradas de modo de ser cumplidas por sus destinatarios). La segunda perspectiva refiere a la aproximación de la efectividad de las normas respecto de su estructura misma (las normas serán efectivas si están estructuradas para cumplir ciertos objetivos). Ambas perspectivas serán examinadas en este trabajo de manera novedosa ya que no surgen de algún trabajo anterior (propio o de otro autor) sobre este tema. Para explicar de mejor manera esas aproximaciones se recurrirá a ejemplos de normas procesales efectivas e inefectivas provenientes del Derecho nacional y comparado.

Como una cuestión conceptual introductoria, la efectividad de las normas procesales se diferencia de la eficiencia de las normas procesales. Para marcar esa diferencia se debe entender que la eficiencia procesal posee un tratamiento dogmático en el análisis económico del derecho. Serán los criterios de eficiencia los que darán contenido, a lo menos, a cuatro formas de entender la eficiencia de una norma. Tales criterios identifican la eficiencia de una norma en la medida que ella minimice costos (criterio de eficiencia de Coase²), o bien, cuando la norma que se dice eficiente produce el tránsito hacia un nuevo estado de cosas que es preferido por todos, o bien, que no genera un perdedor como consecuencia de ella (criterios de eficiencia paretianos³), o cuando produciendo perdedores, las ganancias de los ganadores permiten eventualmente una compensación a los perdedores, y a pesar de esa compensación los ganadores siguen siendo ganadores (criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks⁴), o finalmente, cuando la norma facilita que los bienes vayan a manos de quienes más los valoran (criterio de la maximización de la riqueza de Posner⁵). En cambio, en

² COASE, Ronald, *El problema del costo social*, en *Revista de Estudios Públicos* 45 (1992), pp. 81-134.

³ PARETO, Vilfredo, *Manual de Economía Política* (traducción castellana de Guillermo Cabanellas, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1954).

⁴ KALDOR, Nicholas, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, en *The Economic Journal* 39 (1939), pp. 549-555; HICKS, John, *The Foundations of Welfare Economics*, en *The Economic Journal* 49 (1939), pp. 696-712.

⁵ POSNER, Richard, *Some uses and abuses of Economics in Law*, en *The University*

el apartado siguiente desarrollaremos una perspectiva de eficacia de las normas procesales, que introduce elementos diversos de los criterios de eficiencia referidos.

II. LA EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES DESDE LA PERSPECTIVA DE SUS DESTINATARIOS

La efectividad de las normas procesales desde la perspectiva de sus destinatarios examina y pone el foco de atención en si las normas procesales son cumplidas y ejecutadas por sus destinatarios. En el Derecho procesal los destinatarios habituales de las normas serán el juez y las partes. Los ejemplos que se mencionarán en esta sección indagan sobre la efectividad de las normas procesales respecto de esos sujetos.

La efectividad de las normas procesales, desde la perspectiva de sus destinatarios, viene condicionado por diversos factores. Los factores que describiremos corresponden al cúmulo informacional de los destinatarios (conjunto de información que las partes poseen sobre algún aspecto de trascendencia para la resolución del conflicto), sus preferencias y su vinculación con el riesgo. Cada uno de ellos corresponde a elementos o parámetros que un legislador debería considerar al momento de regular una norma procesal que pretende ser efectiva (en caso que la información, preferencia o la vinculación con el riesgo del destinatario sea relevante para los fines buscados por la ley procesal). Se trata de factores que se encuentran presentes en cierta clase de destinatarios.

Muchas veces esos factores son utilizados por el legislador de manera intuitiva, sin ser plenamente consciente que una adecuada regulación de la norma procesal de acuerdo a ese factor es lo que permitirá una mayor efectividad. Por ejemplo, las normas de subastas han sido estructuradas para que los derechos o bienes sean asignados a quienes posean la mayor disposición a pagar. Tal regulación intuitivamente es adecuada como mecanismo de disposición judicial de bienes, sin embargo, pueden fallar en su propósito (transformarse en una norma inefectiva) si no atiende a la posiciones que posibles oferentes pueden tener respecto del riesgo. Sin considerar ese último factor existirá una asignación del derecho o bien subastado a la persona que *expresa* una mayor disposición a pagar, lo que no significa (según veremos) que *sea* el titular de la mayor disposición a pagar considerando todos los perfiles de riesgo posible.

Es evidente que esta perspectiva de análisis requiere que el legislador considere cuestiones no puramente jurídicas en relación al aspecto nor-

mativo de las normas (aquello que las normas ordenan, mandan o prohíben), sino que exige considerar cuestiones conductuales, las que refieren aspectos de incentivos, deseos, creencias, información y expectativas de los destinatarios. La ciencia jurídica con la ayuda de la economía y la sociología ha avanzado en ese aspecto conductual⁶. Considero, de acuerdo a lo que expresaré en este artículo, que recurrir a los aportes provenientes de esas disciplinas pueden ayudar a mejorar la efectividad de las normas procesales.

Dado el vacío de la dogmática jurídica nacional sobre esa materia considero que un primer avance es establecer un listado de factores que son relevantes para el cumplimiento de los objetivos de las normas procesales con ejemplos que pueden ayudar a un mejor entendimiento. En esa línea veremos como el cúmulo informacional de los destinatarios de las normas procesales, sus preferencias y posiciones frente al riesgo sirven como elementos para un legislador que busque la efectividad de las normas procesales.

⁶ Por nombrar solamente algunos: BARBERIS, Nicholas, *Thirty Years of Prospect Theory in Economics: A Review and assessment*, en *Journal of Economics Perspectives* 27 (2013), 1, pp. 185-187; THALER, Richard, *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, en *Journal of Economic Behavior and Organization* 1 (1980), 1, pp. 39-60; TVERSKY, Amos – KAHNEMAN, Daniel, *Loss Aversion in Riskless Choice: A reference-dependent Model*, en *Quarterly Journal of Economics* 106 (1991), 4, pp. 1039-1061; THALER, Richard – SUSTEIN, Cass, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, en *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* 43 (2003), pp. 1-43; THALER, Richard – BENARTZI, Shlomo, *Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving*, en *Journal of Political Economy* 112 (2004), 1, pp. 164-187; SUSTEIN, Cass, *Endogenous Preferences, Environmental Law*, en *Program in Law and Economics, Working Paper* 14 (1993), pp. 1-36; KOROBKIN, Russell, *The status quo bias and contract default rules*, en *Cornell Law Review* 83 (1998), pp. 608-687; NADLER, Janice – SEIDMAN, Shari, *Eminent Domain and the Psychology of Property Rights: Proposed Use, Subjective Attachment, and Taker Identity*, en *Journal of Empirical Legal Studies* 5 (2008), pp. 713-749.

Una visión crítica de esta tendencia de pensamiento puede verse en JONES, Owen, *Why Behavioral Economics Isn't Better, and How it Could Be*, en *Vanderbilt Public Law Research Paper* 14-32 (2014), pp. 1-41; disponible [en línea]: <http://ssrn.com/abstract=2504775>. Pero eso no significa que Jones se oponga a un estudio multidisciplinario tendente a dar efectividad a la ley, puede verse JONES, Owen – GOLDSMITH, Timothy, *Law and behavioral biology*, en *Columbia Law Review* 105 (2005), pp. 405-502.

1. *Cúmulo informacional de los destinatarios de las normas procesales como factor de su efectividad*

Existen leyes procesales que se basan para cumplir sus objetivos en la información que poseen sus destinatarios. No se trata de un juicio normativo concreto que pretende obtener información de ciertos y determinados individuos. Esa finalidad es imposible si consideramos que la ley posee carácter de generalidad y no conoce de manera previa los específicos sujetos afectados con su regulación. Más bien se trata de un juicio normativo abstracto que generaliza los destinatarios a determinadas categorías de individuos que se presume poseen información necesaria para que la norma procesal cumpla sus finalidades. Ese juicio normativo abstracto será más probable a medida que se definan de mejor manera tales categorías de destinatarios.

En el caso específico del Derecho procesal, ese juicio normativo abstracto se hace más sencillo. La razón se encuentra en que el conflicto y la naturaleza de la relación jurídico procesal reduce el número de categorías (juez, partes o terceros) o sub-categorías (jueces especialistas o comunes; demandantes o demandados; terceros coadyuvantes, independientes o excluyentes) relevantes⁷.

Por tanto, la norma procesal puede perseguir obtener información (para cumplir sus objetivos) de esas categorías o sub-categorías al momento de establecer reglas que las regulen con ese fin. En específico el legislador utiliza el probable cúmulo informacional que poseen las partes al regular la actividad probatoria, y utiliza la información que posee el juez al momento de establecer las reglas relacionadas con la sentencia judicial.

a) *El cúmulo informacional de las partes como factor de regulación de las normas procesal en materia probatoria.* Los medios de prueba persiguen obtener información desde las fuentes donde es posible recabar antecedentes, datos o circunstancias que son de interés en un proceso para acreditar las pretensiones o defensas de las partes⁸ Por tanto, es racional y evidente que la regulación procesal probatoria permita que esa información sea obtenida. Frente a diversas regulaciones en materia probatoria

⁷ Para un examen de la idea de relación jurídico procesal entre los sujetos procesales (las partes y el órgano jurisdiccional) puede verse WACH, Adolf, *Manual de derecho procesal civil* (traducción castellana de Tomás Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1977), I, p. 70.

⁸ MENESES, Claudio, *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*, en *Revista Ius et Praxis* 14 (2008) 2, pp. 43-86.

debe aceptarse la regulación que permita la incorporación al proceso de la mayor cantidad de antecedentes posibles, siempre que se respeten las exigencias de debido proceso aplicables a la especie. Desde esta perspectiva, una regulación probatoria será inefectiva cuando no logre cumplir el objetivo de generar por su intermedio que las partes puedan acceder a información necesaria para sus expectativas de litigación.

La regulación probatoria visualiza a las partes como fuente posible de información, ya que ellas poseen antecedentes que son relevantes para acreditar las argumentaciones sostenidas por la contraria. Se han clasificado las fuentes de prueba dependiendo la naturaleza de la fuente desde la cual se accede a la información. Se distingue entre fuentes reales y personales⁹. Estas últimas describen el supuesto en que las partes son el hontanál de la información necesaria para el proceso. Por tanto, la efectividad de las normas procesales probatorias sobre fuentes personales depende que se fuerce, dentro de los límites legales, el acceso a la mayor información proveniente desde esos destinatarios.

En la normativa procesal civil nacional existen dos pruebas que se estructuran sobre la base de considerar a las partes como fuente personal de prueba: la absolució de posiciones y la exhibición de documentos. Ambos supuestos de regulaci6n ser6n examinados bajo el prisma de la efectividad de las normas procesales.

i) Efectividad de las normas sobre la absolució de posiciones en el CPC y NCPC.— La absolució de posiciones se estructura como una prueba que posee como fuente de prueba la contraparte. Los litigantes son el objeto de la b6squeda de informaci6n. Lo que ellos conozcan o sepan personalmente sobre los hechos que conforman el conflicto subyacente es lo que justifica que sean considerados como fuentes de informaci6n.

Si esta prueba desea ser efectivo tiene que posibilitar el acceso a la informaci6n que los litigantes posean. Con todo, existen límites a esa

⁹ “En atenci6n a su naturaleza, resulta pertinente clasificar las fuentes de prueba en reales o personales, seg6n se trate de una cosa (v. gr., los documentos) o de una persona (p. ej. los testigos y los peritos). La diferencia entre las fuentes de prueba reales y personales estriba en el grado de control que las partes pueden ejercer respecto de ellas, desde que respecto de las fuentes personales no concurre (o al menos no debiese concurrir) control material por parte de los litigantes. Por el contrario, trat6ndose de las fuentes reales puede existir dominio, posesi6n o tenencia”; SALDÍAS, David, *Deber de colaboraci6n probatoria en el proceso civil* (Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2017), pp. 36-37.

búsqueda. Diversos requerimientos o exigencias de debido proceso (nos concentraremos en aquellas que son aplicables al proceso civil), persiguen evitar que la confesión sea obtenida con vulneración de los derechos del litigante al que se recurre en esta fuente de prueba personal. Por ejemplo, una serie de normas tienen como propósito que la prueba confesional sea rendida de manera libre y sin coacción ilegítima¹⁰.

En el caso específico del proceso civil un mecanismo que el legislador ha ideado para garantizar esa finalidad es el mecanismo del pliego de posiciones. Ese mecanismo exige que las preguntas vengan establecidas y redactadas por escrito de manera previa a la audiencia a la que se cita a la contraparte a declarar (se conservarán en secreto hasta ese momento¹¹). La normativa que consagra ese mecanismo constituye una alternativa a una regulación que establezca que la prueba confesional sea desarrollada de manera verbal en base a un contrainterrogatorio. Incluso es posible plantear una tercera alternativa regulatoria consistente en un sistema predominantemente oral donde las preguntas a la parte citada a confesar provengan de un pliego de posiciones redactado con anterioridad a la audiencia respectiva.

Esas alternativas vienen impuestas por los principios formativos de escrituración (en el caso de la absolución de posiciones) como por la oralidad (prueba confesional sujeta a interrogatorio). Sin embargo, mi preocupación teórica es examinar la efectividad de ambos mecanismos para acceder a la información que poseen los litigantes omitiendo esa consideración estructural de los procedimientos civiles. La duda que surge es si las exigencias del proceso civil asociadas a un pliego de posiciones se justifican en términos de efectividad de esta prueba.

Se considera que el mecanismo del pliego de posiciones constituye una limitación injustificada que afecta la efectividad de la prueba confesional en el proceso civil, y con ello, hace difícil que las partes del proceso sean una fuente apropiada para recabar en el proceso lo que ellos conozcan o sepan de los hechos que configuran el conflicto en cuestión.

¹⁰ En la confesión procesal civil se busca garantizar la libertad de la declaración de absolución de posiciones por medio de exigir que las posiciones sean formuladas en términos claros y precisos de forma que puedan ser entendidas sin dificultad (artículo 386 CPC); la realización de la diligencia en presencia del juez si es que alguna de las partes lo solicita (artículo 388 inciso 2 CPC); el derecho del confesante que no supiera el idioma castellano a ser examinado por medio de un intérprete, o el derecho del confesante sordo a que las preguntas sean dirigidas por escrito y si fuera mudo el derecho a dar por escrito sus contestaciones (artículos 382 y 391 inciso 1 CPC).

¹¹ Artículo 387 del CPC.

En primer lugar, el mecanismo de pliego de posiciones no es el único que permite garantizar la justa y libre expresión del confesante. La existencia de un interrogatorio es admitido en un proceso civil escrito como el nacional para la prueba testimonial¹², sin que existan razones de fondo que impidan utilizar un sistema de interrogatorio para el confesante. Es ese interrogatorio el que posibilita el acceso a una mejor y mayor información, lo que incide en la efectividad de esta prueba.

En segundo lugar, el mecanismo de pliego de posiciones limita innecesariamente el acceso a la información que puede poseer el confesante, favoreciendo conductas estratégicas de ese sujeto. En efecto, el confesante sabe que las preguntas del pliego de posiciones vienen redactadas de manera previa a la audiencia, y sabe que tiene dos oportunidades para poder asistir a la misma (sin que existan consecuencias negativas por su inasistencia a la primera citación¹³). Entonces, el confesante puede esperar aportar antecedentes probatorios relevantes para el proceso después del momento en que las preguntas se encuentren redactadas (pero antes del vencimiento del término probatorio). De esa forma, y a pesar de la eventual escasa ocurrencia de esta posición estratégica, la norma permite espacios donde la prueba confesional no pueda indagar sobre tales antecedentes, lo que constituye una vía para reducir la efectividad de la regulación de esta prueba en su estructura actual.

La regulación contenida en el NCPC constituye una mejora porque elimina la modalidad de absolución de posiciones para la prueba confesional¹⁴, la que pasa a denominarse “*declaración de parte*”¹⁵. Tal declaración puede comprender la declaración voluntaria de la propia parte (artículo 332 NCPC), como la declaración de la contraparte (artículo 333 NCPC). En ambos casos se sujetará al declarante a las preguntas y contra-interrogaciones de la contraparte (artículos 332 inciso 3 y artículo 333 inciso final NCPC). En el caso particular de la declaración de la contraparte la misma debe versar sobre hechos y circunstancias de que tenga noticia y que guarden relación con el objeto del juicio los que deben ser

¹² Interrogatorio que se encuentra regulado en su esencia entre los artículos 363 y 379 CPC.

¹³ El artículo 393 del Código de Procedimiento Civil dispone que si no concurre en primera oportunidad el litigante citado se le volverá a citar bajo los apercibimientos legales.

¹⁴ Lo que ha sido valorado en la doctrina nacional, ver BORDALÍ, Andrés, *Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 23 (2016), 1, p. 191.

¹⁵ Tratada en el Libro 2do, título I, capítulo 5to, párrafo 6º, artículos 332 a 336 NCPC.

explicitados por la parte solicitante (artículo 333 inciso 1 CPC), con lo que se limitan los comportamientos estratégicos de las partes, particularmente del solicitante.

Con todo, considero que la norma del artículo 333 inciso 4 NCPC, puede ser susceptible de mejoras para favorecer su efectividad. Esa norma establece que las personas jurídicas y demás entidades con capacidad para ser parte declararán por medio de sus representantes o apoderados con facultades suficientes, “*sin perjuicio de poder designar un mandatario especial*” que se entenderá los representa para todos los efectos legales relacionados con la diligencia. La prueba de declaración de parte rendida por medio de mandatarios no necesariamente favorece el acceso a los hechos relevantes para el proceso ya que ese conocimiento puede existir en otros funcionarios de la persona jurídica. En otras palabras, que exista flexibilidad respecto de la persona que puede comparecer a esta prueba en el caso de tales personas, no implica una mejora en el sustrato fáctico que será aportado al proceso. Tal mejora supone una regla de no flexibilidad, en donde el solicitante pueda identificar la concreta persona, dentro de la estructura de la persona jurídica respectiva, que mejor conocimiento tenga de los hechos del proceso¹⁶. Esa persona debería ser la citada a declarar, para efectos de evitar respuestas evasivas o que demuestren desconocimiento de la materia tratada. Esas respuestas pueden ser legítimamente dadas por un mandatario o por un representante legal, ya que no tienen obligación o deber de conocer los hechos que son objeto del pleito.

ii) Efectividad de las normas sobre la exhibición de documentos de partes en el CPC y NCP.— La exhibición de documentos es una prueba que de manera directa persigue acceder a información, datos y antecedentes relacionados con el conflicto del proceso que posee la parte contraria. El destinatario de las normas de exhibición es poseedor o titular de esa información. La efectividad de la regulación de la exhibición de documentos dependerá que las normas posibiliten que ese acceso ocurra. Por contrapartida, las normas procesales sobre exhibición de documentos serán inefectivas si establecen requisitos, formalidades o reglas de sanciones e incentivos que dificulten la obtención de esa información en comparación con un escenario donde no existen esos requisitos, formalidades o sanciones e incentivos.

¹⁶ En sentido similar se ha sostenido la necesidad de citar a declarar a la persona que haya intervenido personalmente en los hechos asociados a la persona jurídica, ver PALOMO, Diego, *La fase de prueba*, en BORDALÍ, Andrés – PALOMO, Diego – CORTEZ, Gonzalo (autores), *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía. Procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, LegalPublishing, 2014), p. 370.

Cuando se examinan las reglas de exhibición de documentos del CPC se constata que la regulación procesal no favorece la efectividad de esta prueba¹⁷.

Lo anterior se demuestra dado que el CPC establece una normativa que favorece excesivamente la posición del exhibiente. Ese sujeto controlará la cantidad de información que se exhibirá de manera estratégica, no atendiendo a la finalidad esta prueba (obtener la mayor cantidad de información útil para el proceso), sino que a la finalidad del exhibiente de perjudicar el acceso de su contraparte a esos antecedentes.

En primer lugar, si el exhibiente no desea exhibir le basta con afirmar que los documentos no existen¹⁸, justificando razonablemente tal negativa. El CPC al no establecer una regulación de colaboración probatoria hace recaer el riesgo de la no exhibición en el solicitante de exhibición¹⁹. La mera afirmación de no existencia de los antecedentes pedidos permite

¹⁷ Una descripción general de esta escasa efectividad se encuentra en HUNTER, cit. (n. 1), p. 196: “De esta forma el litigante que no cumple con la exhibición puede ser compelido al cumplimiento del deber, pero en ningún caso la expectativa de obtener un resultado favorable en el juicio sufrirá una merma. El legislador reacciona disponiendo mecanismos coercitivos –de dudosa constitucionalidad y de escasa utilización práctica– para que el litigante en cuyo poder se encuentra el documento produzca su exhibición en el proceso, pero no sanciona esa inactividad con alguna consecuencia procesal concreta que pueda colocar en riesgo la estrategia. Esta dinámica, desde la perspectiva de quien pretende triunfar en el juicio, genera incentivos hacia la rebeldía en la exhibición documento, especialmente cuando se trata de un medio de prueba que puede arrojar información fiable y relevante para la determinación de los hechos. Dado el contexto anterior y frente a la inexistencia de una consecuencia de índole procesal que sea eficaz para lograr la exhibición de la prueba...”.

¹⁸ El artículo 277 CPC discurre sobre la base que los documentos están en posesión del exhibiente. La sanción procesal que consagra la norma requiere que el exhibiente incumpla con la exhibición “*existiendo en su poder los instrumentos o libros a que las medidas se refieren*”. Por tanto, afirmar que esos antecedentes no se encuentran en su posesión implica una prueba imposible de ser contradicha por la contraria.

¹⁹ Carretta señala las normas de sanción por la no exhibición de documentos como ejemplos de reglas que consagran la buena fe procesal, pero critica su efectividad al no consagrarse expresamente tal principio, ver CARRETTA, Francesco, *Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 21 (2008), 1, p. 120. Esa conclusión agrega una nueva razón (adicional a las explicadas) para la falta de efectividad de tales normas. Para un examen crítico del principio de la buena fe y su fundamento a los deberes procesales, véase MONTERO AROCA, Juan, *Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal*, en MONTERO, Juan – ALVARADO,

que el exhibiente a bajo costo frustrare el acceso a la información solicitada. Es evidente que la efectividad de una prueba no puede estar condicionada al ejercicio de la mera discrecionalidad del sujeto que es titular o poseedor de la fuente de prueba²⁰. Así, para estar en presencia de una prueba eficaz se deben limitar los deseos de una de las partes de frustrar el objetivo de acceso al cúmulo informacional pertinente para el proceso. En contraposición con tal ideal, el CPC opera en la lógica de incentivar al exhibiente a frustrar la exhibición que lo perjudique, y con ello limita o morigera la efectividad de la exhibición de documentos. La sanción del artículo 274 CPC no es apropiada, cuando las multas o el arresto que pueden decretarse respecto del desobediente dependen que el solicitante de la exhibición logre demostrar que los documentos existen (hecho altamente improbable), única manera de probar que la negativa a exhibir “*no es categórica*” (presupuesto para la aplicación de tal sanción).

En segundo lugar, en caso que quede en evidencia que el exhibiente es contumaz e indolente en el cumplimiento de sus cargas procesales (no exhibe en las dos oportunidades en la que es citado; o bien, exhibe de manera inapropiada), la supuesta sanción que asocia el CPC a ese comportamiento corresponde más bien a un incentivo para mantener tal comportamiento estratégico. El CPC dispone que frente a ese actuar del exhibiente los documentos no podrán ser exhibidos posteriormente (artículo 277 de CPC). Tal consecuencia procesal es precisamente lo que desea el exhibiente. Las excepciones que permiten presentar tales documentos están establecidas en beneficio del mismo exhibiente en la medida que justifique razonablemente que no los pudo exhibir antes, o que se refieren a hechos distintos de aquellos que motivaron la solicitud de exhibición²¹.

Sobre esta materia el Proyecto de Código Procesal Civil dispone en su artículo 309 inciso 6º la siguiente regulación: “*El tribunal podrá dar por*

Adolfo (coordinadores), *Proceso civil e ideología* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2011), pp. 337-340.

²⁰ Los deberes de colaboración se han estructurado como mecanismos de efectividad a favor del correcto desarrollo del Estado en tanto interés del Estado, y no sólo de los litigantes, véase CARRETTA, cit. (n. 19), p. 111.

²¹ La segunda justificación reconoce que el control de la efectividad de esta prueba se encuentra en el exhibiente. Si esa parte solicita que se autorice a presentar documentos que originalmente no exhibió en su momento por que se “refieren a hechos distintos de aquellos que motivaron la solicitud de exhibición”, implica sostener que el exhibiente tiene la aptitud legalmente reconocida de valorar si los hechos que sostienen la exhibición son idénticos o no con el contenido de los documentos cuya exhibición se solicita. Se trata de una valoración aceptada por la ley y queda al arbitrio del mismo exhibiente.

acreditados los hechos que se pretendan probar con la exhibición de documentos que se encuentren en poder de la contraparte, si esta injustificadamente no cumpliere con este deber en los términos y oportunidad señalados por el tribunal, habiéndosele apercibido en ese sentido en la resolución que hubiere ordenado la diligencia”.

La efectividad de esa norma se pretende complementar con el apercibimiento del artículo 162 N° 5 NCPC que trata sobre la medida prejudicial preparatoria de exhibición de libros de contabilidad, y que señala que si se desobedece la exhibición existiendo en su poder los documentos solicitados exhibir “*perderá el derecho a hacerlos valer después, salvo que la otra parte los haga también valer en apoyo de su defensa, o si se justifica o aparece de manifiesto que no los pudo exhibir antes, o si se refieren a hechos distintos de aquellos que motivaron la solicitud de exhibición*”. En otras palabras, reitera la sanción procesal ineficaz del artículo 277 CPC.

Pues bien, el artículo 309 inciso 6 del Proyecto de Código Procesal Civil ha sido calificada como un complemento que tiende a la “eficacia del actual sistema procesal civil”, porque permite evitar la frustración de prueba que produce el actual sistema²². Sin embargo, presenta ciertas deficiencias que pueden mermar su efectividad. Se ha llamado la atención que la consecuencia de la renuencia quedará sujeta a la decisión judicial, lo que significa que no existe una sanción legal que señale *ex ante* el efecto concreto asociado a su vulneración²³. Además, queda sin resolver la manera en que se deben conjugar los hechos que se tendrán por probados como consecuencia de la desobediencia a exhibir con el resto de la ponderación de las pruebas rendidas en el proceso²⁴. Finalmente, la norma exige ciertos costos de transacción por parte del exhibiente. No basta que un litigante pida una medida de exhibición de documentos. Para aplicar tal norma deberá explicitar o hacer constar los específicos hechos que pretende acreditar con la medida. Esos hechos, con todo, deben ser susceptibles de ser vinculados con su pretensión o racionalmente conectados con los documentos solicitados exhibir (de otra forma, podría generarse una conducta estratégica del exhibiente en cuanto solicitar exhibición de documentos que sabe inexistentes, y apostar al error judicial, de forma de lograr por esta vía un efecto probatorio determinado).

Para permitir una mayor efectividad en la regulación de esta prueba se requiere deberes de colaboración entre las partes²⁵. Esos deberes pro-

²² HUNTER, cit. (n. 1), p. 200.

²³ HUNTER, cit. (n. 1), pp. 200-201.

²⁴ SALDÍAS, cit. (n. 9), pp. 143-144.

²⁵ Estos deberes son inexistentes en el CPC, tal como se ha señalado: “Hasta ese

ducirán consecuencias procesales negativas para la parte que no aporte antecedentes debiendo hacerlo. La característica propia de los deberes procesales (a diferencia de las cargas) se encuentra en que lleva aparejada una sanción o un mecanismo de coacción²⁶. Se ha señalado que un mecanismo justo y eficiente en ese sentido es el que permite inferir que el documento no exhibido es contrario a los intereses de la parte desobediente. Esa inferencia valorada con el resto de la prueba conducirá a consecuencias probatorias que restringirán el actuar estratégico del desobediente²⁷.

Tales deberes de colaboración no persiguen necesariamente una mejora en el acceso a la información. En otras palabras, no significa que los documentos que no fueron exhibidos en un sistema sin deberes de colaboración, necesariamente serán exhibidos en una legislación donde existan esos deberes. Sin embargo, la mejora en términos de efectividad es que se genera una amenaza a los destinatarios de la exhibición (litigantes potenciales) acerca que un comportamiento estratégico en esta materia les producirá consecuencias negativas en sus pretensiones o defensas. Un factor relevante para dilucidar si existirá efectividad con reglas de colaboración es la posición al riesgo del litigante que es destinatario de esas normas. Un litigante adverso al riesgo valorará las consecuencias negativas asociadas a un incumplimiento a los deberes de colaboración de una manera más intensa que un litigante neutral o propenso al riesgo. Por tanto, ese litigante se verá inducido en una mayor cantidad de supuestos a exhibir los antecedentes solicitados, facilitando una mayor efectividad de esa prueba²⁸.

momento histórico, y ya analizando nuestro propio contexto nacional, tenemos que, respecto de lo ocurrido con nuestro CPC, este, en razón, de su innegable influencia decimonónica, no hace referencia alguna y no consagra expresamente exigencias genéricas o generales de adecuación de conductas de las partes a un modo acorde con la buena fe procesal, y se limita únicamente a sancionar, bajo supuestos aislados, ciertas conductas procesales”; LARROUCAU, María Matilde, *La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales*, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 1 (2010), 1, p. 67.

²⁶ CARRETTA, cit. (n. 19), p. 110.

²⁷ Valorando positivamente las reglas de la *International Bar Association* sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional en materia de exhibición de documentos, ver SALDÍAS, cit. (n. 9), pp. 128-132.

²⁸ Una amenaza al propenso al riesgo requiere de mecanismos procesales adicionales que posean un sesgo en contra de la manera en que opera la curva de utilidad marginal del ingreso de ese litigante (en concreto esa curva es de carácter ascendente demostrando que la utilidad marginal del ingreso aumenta a medida que se incrementan esos ingresos). Esos mecanismos de igualdad procesal efectiva exigirían un consenso a favor de un tratamiento procesal diferenciado de acuerdo a la posición de riesgo de los litigantes potenciales. Se considera que no existe respaldo

b) *Cúmulo informacional proveniente del juez como factor de regulación de las normas procesales sobre dictación de resoluciones judiciales.* Las normas procesales recurren al juez como destinatario de su efectividad debido al conocimiento especializado que ese órgano judicial posee para resolver conflictos jurídicos²⁹. El juez corresponde al sujeto que debe resolver un conflicto estableciendo la asignación de derechos o posiciones jurídicas. Se confía esa labor porque se parte de la base que el juez es un órgano capacitado y entrenado para resolver conflictos.

La efectividad de las normas procesales que consideran al juez como destinatario puede ser enfocada desde varias perspectivas. Una de ellas corresponde a la efectividad de las normas procesales en cuanto a optimizar los tiempos de decisión del juez en atención a los costes del sistema judicial y el costo del error en la toma de decisiones³⁰. Desde este prisma una regla efectiva es aquella que pondera ambos costos dependiendo las exigencias procedimentales (distinción del estándar de decisión en el proceso civil o penal). Otra posible perspectiva refiere la existencia de diversos niveles o grados de efectividad de la labor judicial para conocer materias específicas que escapan de la naturaleza común de los conflictos jurídicos. Una regla procesal efectiva en esta segunda perspectiva está en relación con la adecuada especialización de los jueces para conocer de esas materias específicas.

Quisiera detenerme en dos ejemplos de efectividad en relación al juez como destinatario de las normas procesales.

El primer ejemplo corresponde a la efectividad de las normas procesales en acceder al conocimiento especializado de los jueces. Me refiero al conocimiento jurídico que ellos poseen para resolver un conflicto. La regla que permite cumplir ese efectivo se concretiza en el principio *iura novit curia*, en cuanto expresa que “*el Derecho lo conoce el juez*”³¹.

constitucional suficiente para proponer reformas en ese sentido. El principio de igualdad jurídica ante la ley (artículo 19 N° 2 Constitución Política de la República) dificultaría regulaciones procesales que produjeran efectos distributivos en contra del propenso al riesgo y a favor al neutral o al adverso. En otras palabras, la manera cóncava, lineal o ascendente de la curva de utilidad marginal del ingreso no ha sido un factor constitucionalmente aceptable para una regulación procesal que distinguiera entre diversas clases de potenciales litigantes.

²⁹ La categorización del juez como órgano surge del hecho de reunir los tres elementos que la teoría exige para definir a un ente como órgano (elemento competencial; normativo y subjetivo), véase JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado* (Buenos Aires, Editorial Albatros, 1943).

³⁰ CARRASCO, Nicolás, *La eficiencia procesal y el debido proceso*, en *Revista de Derecho Privado* 32 (2017), pp. 443-469.

³¹ Para un repaso de este concepto en la jurisprudencia nacional, ver HUNTER,

La manera de forzar el máximo acceso al conocimiento del Derecho que posee el juez es consagrar ese principio de la manera más amplia posible. Esa regulación supone asegurar que el juez pueda establecer las consecuencias jurídicas y calificaciones normativas de la manera más libre posible. Se ha estimado que un mecanismo de eficacia procesal es el que asegura mayores poderes al juez en el proceso civil³². En concreto un principio *iura novit curia* amplio significa que el juez pueda determinar una atribución judicial distinta de aquellas que hayan sido planteadas por las partes del proceso. Para explicar esta idea podemos considerar la distinción entre atribución inmediata de ganadores-perdedores y la atribución mediata de ganadores y perdedores. En este sentido, si bien la decisión judicial es la que genera los ganadores-perdedores, ella se basa en una elección previa entre diversas situaciones sociales que pueden estar en juego al momento de la decisión. Por lo mismo, podemos diferenciar la atribución inmediata de ganadores-perdedores (que se alcanza por medio de la decisión judicial), y la atribución mediata de ganadores-perdedores (que viene dada por la elección de aquella opción disponible para el juez a efectos de adoptar la decisión judicial). Así, la atribución inmediata es única y pública, ya que consta en un acto jurídico procesal perfectamente identificable (resolución que contiene la decisión), y además, dicho acto será de conocimiento de todos los sujetos, ya que normalmente los actos de los tribunales son públicos (artículo 8 de la Constitución Política de la República de 1980 y artículo 9 del Código Orgánico de Tribunales de 1943). En cambio, la atribución mediata tiene como característica ser múltiple y normalmente secreta, ya que, existen muchas posibles elecciones a ser consideradas por el tribunal para fundar una decisión y, además, como normalmente la elección aceptada es aquella que se contiene en la sentencia el resto de las otras elecciones posibles de atribución mediata normalmente serán desconocidas para alguien distinto del juez.

Usando esa distinción podemos apreciar que al no limitar al juez a las opciones de decisión que plantean las partes, accederemos de mayor medida posible al conocimiento que el juez pueda tener sobre la clase de conflicto en cuestión. Los límites que debe respetar esa regulación corresponden un aspecto tradicionalmente tratado en el Derecho procesal: la atención al mérito del proceso (principio de congruencia).

Iván, *Iura Novit Curia en la jurisprudencia civil chilena*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* 23 (2010), 2, pp. 197-221.

³² Para una revisión de las posiciones dogmáticas a favor y en contra de esos mayores poderes en el marco de la discusión del modelo del juez civil como garante de la tutela jurisdiccional, ver PICÓ I JUNOY, Joan, *El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta* 6 (2012), 1, pp. 11-31.

Respecto a la vinculación entre el mérito del proceso y la decisión judicial civil, el artículo 160 CPC, consagra que las “*sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes...*”. Esa norma establece lo que se ha denominado congruencia procesal, esto es el vínculo entre aquello que ha sido materia del conflicto y aquello que es decidido por el juzgador. En esa perspectiva solamente puede ser resuelto lo que las partes sometieron a discusión en el proceso. Se ha sostenido que el elemento que controla la violación o respeto del principio de congruencia es la *causa petendi*³³. Así, serán las partes principales las que en sus escritos fundamentales (demanda, contestación, réplica y dúplica), configurarán el objeto debatido.

Es fácil observar cómo podemos vincular la efectividad de las normas procesales desde la perspectiva del acceso al conocimiento especializado del juez si le concedemos al juez un amplio margen para poder decidir, limitando el principio de congruencia. Hunter ha realizado un ejercicio teórico en ese sentido demostrando que las teorías que tratan de explicar este asunto con propuestas derivadas de los elementos de la causa de pedir no brindarían una respuesta satisfactoria ya sea porque no quedaría claro como diferenciar los aspectos de hecho y jurídicos de la causa de pedir (sobre la base que a partir de esa distinción el juez podría concentrarse exclusivamente en los aspectos normativos), así como por la falta de respaldo legal de ciertas distinciones doctrinales (como las que diferencian entre causa próxima y remota)³⁴. Propone atender a lo que denomina “*el efecto jurídico solicitado*”. El juez podría (en su visión) efectuar una calificación jurídica diversa a la actor, otorgar la tutela pedida en base a una institución jurídica diversa, o asignar un significado jurídico distinto, con

³³ “Desde el derecho histórico se ha venido desarrollando una garantía procesal esencial a la que se alude frecuentemente con el nombre de “principio de congruencia de la sentencia”, en virtud de la cual el juez debe fallar exclusivamente conforme a los puntos que hayan sido objeto del debate. En nuestro proceso civil lo anterior se recoge en el art. 160 del C.P.C. En otra perspectiva se postula en la doctrina la existencia de una limitación a los poderes del juez en la aplicación del derecho, tratando de conseguir que en la sentencia no se conceda una cosa distinta de la pedida, no tampoco se omita el pronunciamiento de algo que le fue solicitado en la etapa procesal pertinente. Ahora, el mecanismo de control que se reconoce a las partes para obtener que se respeten tales límites está determinado fundamentalmente por la extensión del concepto de causa petendi”; ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La congruencia de la sentencia*, en *Revista Chilena de Derecho* 25 (1998), p. 448.

³⁴ HUNTER, Iván, *El principio dispositivo y los poderes del juez*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 35 (2010), pp. 174-176.

tal que se mantenga incólume el efecto jurídico pedido³⁵. Considero que esa perspectiva da una amplitud mayor del poder de los jueces al decidir, y permite una mayor efectividad normativa³⁶.

El segundo ejemplo de efectividad en relación al juez como destinatario de normas procesales corresponde a la regulación del vicio de casación en la forma de existencia de decisiones contradictorias³⁷. Tal causal pretende asegurar la coherencia argumentativa en el ejercicio jurisdiccional. Un procedimiento civil no se entiende si no es sobre bases de legitimidad de los actos que lo conforman. En relación a la labor del juez esa legitimidad viene condicionada por el acceso al conocimiento que el juez posea. Los actos jurídicos procesales en un proceso se encaminan a obtener una decisión que concrete y exprese ese conocimiento. Una exigencia básica de esa decisión es que tal conocimiento sea desarrollado de manera coherente, comprensible y comunicable para los justiciables y destinatarios de la regla de Derecho particular que ella crea. En ese contexto una decisión que posea contradicciones, inconsistencias internas y vicios de ininteligibilidad atenta contra el entramado orgánico y procedimental que está predispuesto para la generación de una sentencia. En otras palabras, hace inefectivo todo el aparato del sistema judicial en alcanzar una decisión legítima³⁸.

Si aceptamos tal manera de entender el ejercicio judicial aparecerá como algo evidente que las reglas procedimentales deben tender a reprimir las decisiones jurisdiccionales inconsistentes y contradictorias. El Código de Procedimiento Civil establece un mecanismo de invalidación de las sentencias que estén afectas a ese vicio.

Sin embargo, de manera contraria a su finalidad, la jurisprudencia ha entendido reiteradamente que la causal de decisiones contradictorias

³⁵ HUNTER, cit. (n. 24), p. 184.

³⁶ La jurisprudencia nacional en temas de precario ha admitido esta posibilidad al permitir que los jueces puedan cambiar la calificación jurídica de comodato precario a precario sin que ello implique vicio de ultra petita. Puede verse: Corte Suprema, 18 de diciembre 2010, en causa Rol N° 10277-99, Legal Publishing N° 17754, considerandos 4° y 5°; Corte Suprema, 17 julio 2001, en causa Rol N° 3923-2000, Legal Publishing N° 22276, considerandos 7° y 8°; Corte Suprema, 25 septiembre 2008, en causa Rol N° 5657-2007, Legal Publishing N° 39879, considerando 6°, todas citadas en ROSTÍAS, Ignacio, *La causa de pedir en el juicio de precario (Corte de Apelaciones de Valparaíso)*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* 26 (2013), 1, pp. 229-232.

³⁷ El artículo 768 N° 7 CPC, señala: “*El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: 7ª. En contener decisiones contradictorias*”.

³⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (Madrid, Trotta, 2002), p. 425.

solamente es reclamable respecto de incompatibles e inconciliables decisiones contenidas en la parte resolutive de la sentencia. La explicación para esa restrictiva interpretación se basa en un análisis literal del concepto “decisiones”, entendiendo que los mandatos contenidos en la parte resolutive son aquellos que poseen esa naturaleza³⁹. Lo curioso es que una decisión no es un acto imperativo que surge sin causa ni antecedente. Una decisión implica una fundamentación y un ejercicio discursivo previo. El entendimiento del concepto de “decisiones” sin recurrir al proceso que conduce al acto terminal de “decisión” demuestra un razonamiento en extremo formalista, carente de análisis y que afecta la efectividad del sistema judicial cuando existen decisiones irreconciliables. Esa interpretación, deja fuera de esa causal todas las inconsistencias que pudieran existir entre la parte resolutive y los argumentos expresados en la parte considerativa de la sentencia⁴⁰.

Tal manera de interpretar la causal que se examina limita y restringe de manera indebida las posibles conductas indebidas de los jueces al momento de decidir. Establece un estándar demasiado bajo y poco exigente, ya que salvo yerros analíticos y lógicos burdos es difícil que una parte resolutive posea una decisión contradictoria (por ejemplo, una que es-

³⁹ Corte Suprema, 26 de octubre de 2004, en causa Rol 32-04, considerando 11º: “Que, tal como se advirtió, para explicar la inconcurrencia del segundo vicio de casación, hay que acudir a principios primordiales de derecho procesal. Cuando se consagra dicho vicio, la ley dice claramente que consiste en contener decisiones contradictorias. Por lo tanto, las contradicciones deben estar contenidas en la parte resolutive del fallo, y no en otra de sus secciones, porque aquella es la que contiene las decisiones. En efecto, la contradicción de un considerando con lo decisorio no implica la concurrencia del vicio, ya que lo que prima es la determinación que se adopte, aun cuando no concuerde con la fundamentación de la misma. Menos aún puede concurrir o presentarse este vicio, entre diversos considerandos de un fallo, aun cuando éstos sean calificados, como ha ocurrido en el presente caso, como resolutivos, porque la calificación que le asigne una parte a determinada institución de derecho no cambia la naturaleza jurídica de la causal que se invoca”; disponible [en línea]: internet: <http://www.jurischile.com/2004/11/261004-rol-n-32-04.html>. Ese criterio ha sido mantenido en otras decisiones de la Excelentísima de la Corte Suprema, ver: Corte Suprema, 2 de septiembre de 2010, en causa Rol 5.590-2010; disponible [en línea]: internet: <http://iura.cl/jp/suprema/2010/5590.html>. Esas decisiones forman parte desde antiguo en nuestra jurisprudencia, puede verse la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de diciembre de 1980, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 77, sec. 1º, pp. 130-132.

⁴⁰ Tales considerandos corresponden a la decisión “en la parte considerativa de diversas cuestiones que servirán de base a la decisión del asunto principal discutido en el proceso” Corte Suprema, 31 de diciembre de 1991, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 88, sec. 1º, pp. 112-114.

tablezca que se accede a la acción reivindicatoria, y que a continuación señale que se rechaza la misma acción). Esa jurisprudencia deja de lado un conjunto amplísimo de supuestos donde se produce una falla y vicios que atentan contra la efectividad de las normas que persiguen un ejercicio jurisdiccional basado en consideraciones de racionalidad de la decisión. Por ejemplo, no sería susceptible de invalidación la sentencia que accediendo a la acción reivindicatoria contenga únicamente considerandos en los cuales se señala que no proceden los requisitos de tal acción en el caso concreto que conoce.

Razonables esfuerzos dogmáticos tendentes a superar esa limitada manera de entender la corrección de la decisión judicial no han logrado mayores resultados⁴¹. Creo necesario revitalizar esos esfuerzos desde el prisma de la efectividad de las normas procesales.

2. Las preferencias de los destinatarios de las normas procesales como factor de su efectividad

Cuando nos referimos a las preferencias como criterio de la efectividad de las normas procesales estamos haciendo mención a una de las cualidades de los destinatarios de esas normas. En específico nos enfocamos en aquello que las personas consideran como deseable, o bien en las ordenaciones de bienestar o de deseos que realizan las personas.

La complejidad habitual en materia de preferencia dice relación con la posibilidad de acceder a ellas, o bien de medirlas, sin caer en simplificaciones burdas. Las preferencias reales de las personas son difícilmente discernibles por un tercero, y en todo caso, de ser posible su constatación, se exigiría una inversión de recursos prohibitiva. Frente a esa imposibilidad de acceder a las preferencias reales de los sujetos y de los destinatarios de las normas, la ciencia económica y la filosofía moral han producido importantes avances, demostrando que ciertos aspectos de las preferencias de las personas son identificables y pueden ser medidos y comparados. Uno de los mecanismos que se utiliza es el concepto de “preferencias reveladas”. Ellas pueden ser perceptibles por medio de mecanismos de

⁴¹ Se ha señalado que los requisitos para calificar un razonamiento contenido en un considerando como resolutivo deben cumplirse los siguientes requisitos: “a) Formalmente, debe ubicarse entre las motivaciones del fallo. Su presencia en la parte resolutive excluiría, en principio, el debate y conduciría a calificar la oración como decisión. b) Sustancialmente, debe importar un anticipo efectivo de la decisión que, por tal puede o no reiterarse, en lo resolutivo. c) Puede contener el establecimiento de los hechos del pleito o, a lo menos, de aquellos cuya existencia representan el fundamento inmediato de la sentencia”; TAVOLARI, Raúl, *El proceso en acción* (Valparaíso, Editorial Libromar, 2000), p. 216.

mercado habituales y exigen observación de las conductas de las personas para derivar de las elecciones que ellas adoptan aquello que prefieren y con qué intensidad⁴².

Las normas procesales pueden buscar su efectividad por medio de incentivar aquellas preferencias que mejor conduzcan al cumplimiento de sus objetivos. El ejemplo paradigmático donde instrumentos procesales intervienen para satisfacer sus finalidades recurriendo a las preferencias de los sujetos corresponde a la regulación de los procedimientos concursales. El concurso puede hacer uso de las preferencias de los acreedores para incentivar la reducción de sus necesidades insatisfechas de crédito que configuran la masa pasiva. En esa lógica las normas procesales en esa área del Derecho buscan incrementar la tasa de recuperación de los acreedores⁴³. Ese fin procesal de eficiencia concursal se basa precisamente en las preferencias de los sujetos. Para ello se requiere aceptar que la normativa concursal corresponde a un supuesto de aplicación de responsividad no negativa. Esa característica lógica satisface exigencias de aciclicidad, esto es, si la alternativa X_1 es preferida a X_2 , X_2 a X_3 , y así sucesivamente hasta X_n X_n , entonces, la aciclicidad exige que X_1 sea considerada *al menos tan buena* como X_n ($X_1 X_n \geq X_n$). La aciclicidad es una condición más tenue que la transitividad. Esta última supone una preferencia estricta entre ternas, de forma que si X_1 es preferida a X_2 , y X_2 es preferida a X_3 , entonces, X_1 es preferida a X_3 . En términos tales que si se cumple tal transitividad en la totalidad de las ternas, entonces, la transitividad se cumple para todo el conjunto⁴⁴. En este sentido si, $x_1 P x_2$, representa una relación binaria según la cual “ x_1 prefiere en un sub conjunto P a x_2 ” en el contexto de un conjunto S , tendremos que: para todo X_1, X_2 y X_3 perteneciente al conjunto S : $(x_1 P x_2 \& x_2 P x_3) \rightarrow x_1 P x_3$.

De esta forma, si en un concurso enfrentamos a los acreedores a un escenario futuro donde le indicamos que la tasa de recuperación es \$100 (escenario X_1), y otro escenario donde la tasa de recuperación es \$200 (escenario X_2), es altamente probable, que los acreedores escogerán el esce-

⁴² SCITOVSKY, Tibor, *Frustraciones de la riqueza: La satisfacción humana y la insatisfacción del consumidor* (traducción castellana de Eduardo Suárez, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1986), p. 44.

⁴³ CABRILLO, Francisco, *Quiebra y liquidación de empresas* (Madrid, Unión Editorial, 1989), p. 45; PEINADO, Juan Ignacio, *Cooperación y pillaje en el concurso*, en *Estudios de Derecho Concursal* (Madrid, Marcial Pons, 2006), p. 239; MARINC, Matej – VLAHU, Razvan, *The Economics of Bank Bankruptcy Law* (Berlin, Springer-Verlag, 2012), p. 10; SCHWARTZ, Alan, *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy*, en *The Yale Law Journal* 107 (1998), p. 1815.

⁴⁴ SEN, Amartya, *Elección colectiva y bienestar social* (Madrid, Alianza Editorial, 1976), pp. 65-66.

nario X_2 . Lo que en términos de la relación binaria anterior, significa que: $x_2 \succ x_1$. Incluso, en el improbable caso que los acreedores no prefieran estrictamente X_2 , es difícil concebir que X_2 no sea considerado al menos tan bueno como X_1 , tomando en cuenta todos los factores relevantes que pudieran ser de importancia para los acreedores. De esta forma, tendremos que: $X_2 \succeq X_1$, adquiere al menos algún valor para tales acreedores. En otras palabras, es posible entender que la responsividad no negativa permite explicar la búsqueda de una mejora en la recuperación en las preferencias de los sujetos que participan del concurso. Por tanto, para que los procedimientos concursales alcancen ese objetivo deben satisfacer esa característica lógica. Ella permitirá justificar la decisión de una mayoría de acreedores por un procedimiento de reorganización cuando exista igualdad de resultado de recuperación entre ese procedimiento y uno de liquidación⁴⁵.

3. La posición frente al riesgo de los destinatarios de las normas procesales como factor de su efectividad

También es posible sostener que la norma procesal será efectiva si cumple sus objetivos al identificar adecuadamente la preferencia de riesgo de los destinatarios de sus normas.

Como sabemos, las personas poseen ciertas posiciones frente al riesgo generado por una situación futura. Se ha sostenido que las personas pueden ser adversas, propensas y neutrales al riesgo. La diferencia entre cada una de ellas viene dada por la relación que una persona tiene entre la utilidad en un ingreso monetario y la utilidad marginal de ese ingreso. El adverso al riesgo es el que estima que la utilidad de una perspectiva cierta de ingreso monetario es mayor que la utilidad esperada de una perspectiva incierta de valor monetario esperado igual. Si se mantiene indiferente entre ambas perspectivas será neutral y es propenso al riesgo si tiene una preferencia por una perspectiva de ingreso incierta⁴⁶.

En ciertas ocasiones las preferencias de riesgo de los destinatarios de las normas procesales constituyen el factor fundamental de su efectividad.

⁴⁵ Así sucede con el plan de insolvencia en la legislación alemana (artículos 217 y siguientes *InsO*). Tal mecanismo de reorganización supone el siguiente punto de equilibrio de responsividad no negativa: si el plan se adoptará se permite una mayor o igual recuperación en comparación con la liquidación. En caso que los acreedores y el deudor fallen en alcanzar ese punto de equilibrio, entonces el juez lo impondrá (artículo 245 *InsO*).

⁴⁶ COOTER, Robert – ULEN, Thomas, *Derecho y Economía* (México D.F, Fondo de Cultura Económica, 2004), pp. 80-82.

El caso paradigmático lo constituye la regulación sobre subastas. La finalidad de las subastas es alcanzar una asignación de titularidad de ciertos bienes o derechos de modo competitivo para asegurar un valor apropiado de esos bienes o derechos. Las subastas judiciales constituyen mecanismos que buscan constituir un símil o procedimiento análogo a una asignación de mercado. La competencia de los distintos oferentes y las reglas de publicidad con las que van asociadas persiguen derrotar ciertas externalidades negativas a la intervención judicial. Sin embargo, no todas las regulaciones posibles de subastas están en condiciones de constituir un reemplazo adecuado de una asignación de mercado. Para asegurar ese objetivo y ser eficiente las normas sobre subastas requieren capturar todos los perfiles de riesgo de los potenciales oferentes.

Para ello podemos recurrir a la clasificación de Ken Binmore y realizar un breve repaso de 4 tipos de subastas: (i) Subasta inglesa, que supone que el subastador invita a ofertar por el bien, terminando la subasta cuando el bien es asignado al último en pujar luego de que nadie ofertara en las oportunidades; (ii) Subasta holandesa, se comienza ofertando un precio elevado y se va bajando gradualmente hasta que el comprador pide que se detenga la subasta; (iii) Subasta de primer precio y ofertas selladas, cada oferente envía de manera secreta su propuesta, siendo asignada a quien haga la oferta más alta, y (iv) Subastas de Vickrey, se asigna al precio más alto entre las pujas de los perdedores, esto es, a la segunda oferta más alta, salvo que exista un empate en la primera plaza, en cuyo caso el ganador se elige aleatoriamente entre ellos⁴⁷.

Volviendo a las preferencias de riesgo en relación a esas clases de subastas, tenemos que los oferentes adversos al riesgo son aquellos que preferirán ofertar primero si de esa forma se aseguran el resultado cierto de obtener la subasta, en la medida que ello genere más valor que un resultado esperado de alcanzar ese mismo bien a un precio menor⁴⁸. Dicha lógica de funcionamiento del adverso al riesgo no es atrapada por la subasta inglesa ya que en ese sistema no gana quien oferta primero asegurando un resultado, sino que gana quien oferta un mayor precio en pujas sucesivas. En ese contexto, el adverso al riesgo no pujará sino cuando pueda presenciar que su nivel de oferta es mayor a pujas ya realizadas. Para poder capturar a ese sujeto se requiere que la normativa posea flexibilidad en la determinación del mecanismo de subastas. En este caso,

⁴⁷ BINMORE, Ken, *Teoría de Juegos. Una breve introducción* (Madrid, Alianza Editorial, 2011), pp. 156-159.

⁴⁸ Esto no es sino aplicación de la preferencia del adverso al riesgo a un resultado cierto con menos rentabilidad o a mayor coste que un resultado esperado o probable con mayor rentabilidad o menores costos.

si se pudiera adoptar una subasta holandesa se podría capturar al sujeto adverso al riesgo.

Si las normas sobre subastas son indiferentes a las posiciones sobre el riesgo de los potenciales oferentes se verá frustrado su objetivo de transformarse en un sustituto de mercado eficaz en un contexto judicial. Este es un caso paradigmático donde el uso de consideraciones jurídicas propiamente tal resulta insuficiente para dar efectividad a las normas procesales. El estudio de la manera en que el riesgo influye en las decisiones de ciertos sujetos (que asimismo pueden ser destinatarios de las normas procesales) proviene de aportes desde la Economía, psicología y sociología. Tal como expresamos al inicio de este artículo, el estudio de la faz conductual de los destinatarios de las normas (incluyendo de los destinatarios de las normas procesales) exige recurrir a aspectos elementales de esas otras ciencias.

Vinculado con el examen de las preferencias de riesgo examinadas se encuentra la necesidad que las reglas de subastas contemplen mecanismos que reconozcan el efecto de conservación asociado a la disposición a pagar del dueño o de personas cercanas al dueño del bien subastado. Es común que en las subastas concurren personas relacionadas con el titular del bien a subastar. Esas personas constituyen una clase de oferente que presentan características diversas del oferente que no es dueño ni tiene relación con el dueño. La Economía del comportamiento ha llamado la atención sobre las diferencias más intensas que se producen entre la disposición a pagar y la disposición a conservar un bien en aquellas personas que son dueñas o poseen una relación cercana con el dueño de un bien⁴⁹.

La disposición a pagar corresponde a la cantidad que una persona se encuentra dispuesta a desembolsar por adquirir un bien o servicio que desea (la denotaremos "DP") y la disposición a aceptar corresponde al precio mínimo que una persona estaría dispuesta a recibir por desprenderse de un bien que ya posee (la denotaremos "DA"). Se ha podido comprobar que ambas disposiciones no son simétricas ($DP=DA$), sino

⁴⁹ HOVENKAMP, Herbert, *Legal policy and the endowment effect*, en *Journal of Legal Studies* 20 (1991), pp. 225-247; KNETSCH, Jack, *The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves*, en *American Economic Review* 79 (1989), 5, pp. 1277-1284; COURSEY, Don – HOVIS, John – SCHULZE, William, *The disparity between willingness to accept and willingness to pay measures of value*, en *Quarterly Journal of Economics* 102 (1987), 3, pp. 679-690; PLOTT, Charles – ZEILER, Kathryn, *The Willingness to Pay-Willingness to Accept Gap, the Endowment Effect, Subject Misconceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuations*, en *American Economic Review* 95 (2005), 3, pp. 530-545.

que dependen de la utilidad marginal decreciente del ingreso (modo de la curva de utilidad marginal propia del adverso al riesgo). De esta forma, las personas tendrán una disposición a aceptar mayor que la disposición a pagar ($DA > DP$)⁵⁰. Lo anterior, genera una consecuencia evidente en el bienestar de las personas ya que las personas sentirán una propensión a desprenderse de sus bienes menor de la que sienten por adquirir bienes del mismo género. Si lo quisiéramos extrapolar a la regulación de una subasta no habrá la misma disposición de parte del dueño del bien a subastar respecto de la disposición que poseen los otros sujetos que concurren a la subasta. Lo que significa, que si el primero no se encuentre afecto a restricciones de presupuesto, debería triunfar en la subasta.

La existencia de esas diferentes clases de oferentes (o destinatarios de las normas procesales de subastas) dependiendo de las diferencias entre ambas disposiciones exige que las normas procesales contemplen mecanismos que puedan capturar esa diferencia para la satisfacción de sus objetivos. El establecimiento de una subasta holandesa podría coadyuvar en ese sentido en tanto logra capturar al dueño o persona cercana al dueño que siendo neutral o adverso al riesgo posea un fuerte efecto de conservación. Esa característica se demostrará en un incentivo a ser el primero en pujar ya que el efecto de conservación primará sobre la disposición a pagar de los otros oferentes.

De no recurrir a esas consideraciones tendremos normas procedimentales claramente inefectivas como ocurre con la regulación del Código de Procedimiento Civil, que estructura todo el mecanismo de asignación de derechos por medio de subastas a través de un procedimiento obligatorio de subasta americana⁵¹. Esa regulación no admite considerar las preferencias de riesgo de los potenciales oferentes; tampoco se preocupa de reducir las asimetrías de información que artificialmente surgen por el uso de un mecanismo judicial⁵², ni menos considera la valoración de riesgos de

⁵⁰ HOVENKAMP, cit. (n. 39), pp. 225-226.

⁵¹ El mecanismo de subasta para bienes inmuebles implica que se debe aprobar una tasación (que de acuerdo al artículo 486 del CPC será aquella que figure en el rol de avalúos, o si existe oposición, la que sea determinada por tasación de peritos). Esa tasación sirve en la generalidad de las subastas de piso mínimo para la subasta, la que deberá ser realizada por medio de posturas sucesivas que van subiendo el precio del bien a adjudicar (artículo 493 CPC), hasta que solamente un postor puje por el último precio señalado por el juez.

⁵² Me refiero fundamentalmente a la necesidad de mecanismos apropiados de publicidad de las subastas por medios electrónicos. Un ejemplo apropiado de una regulación eficaz corresponde a la legislación española sobre subastas electrónicas. Con fecha 14 de julio de 2015 se publicó la LAJRC. Para tal efecto, la LAJRC efectúa

liquidación inoportuna de activos⁵³.

Es curioso que la doctrina nacional no haya llamado la atención sobre esas deficiencias. La regulación propuesta por el NCPC demuestra esa falta de preocupación e indiferencia dogmática. Tal normativa no consagra reglas que atiendan a las preferencias de riesgo de los destinatarios de las subastas ni establecen reglas que flexibilicen el mecanismo obligatorio legal de liquidación de bienes por medio de dar espacio a que el juez o los directamente interesados (fundamentalmente los acreedores) puedan consagrar mecanismos que permitan obtener mejoras en el valor del bien subastado.

III. LA EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES DESDE LA PERSPECTIVA DE SU ESTRUCTURA INTERNA

La segunda aproximación de la efectividad de las normas procesales está en relación con el cumplimiento de ciertos objetivos de política pú-

una reforma profunda a la LEC, en lo relativo al procedimiento de subastas para adecuarlos a las subastas electrónicas. Sobre la necesidad de mecanismos apropiados de publicidad ello se cumple en tal legislación porque de conformidad al artículo 645 LEC la convocatoria a la subasta se anunciará en el BOE y a modo informativo en el Portal de la Administración de Justicia (ambos mecanismos de publicidad electrónicos). La posibilidad de otros medios de publicidad públicos o privados queda sujeto a la decisión del Secretario Judicial, a instancia del ejecutante y del ejecutado, quienes deberán pagar por dicha forma de notificación. Lo relevante es que en todo caso el gasto de publicidad se internaliza en las partes, lo que para el funcionamiento del sistema en su conjunto resulta una mejora respecto de la alternativa presencial, que exige costos de transacción de concurrencia física de funcionarios judiciales y privados. Puede verse CARRASCO, Nicolás, *El óptimo de justicia procesal concursal en las subastas electrónicas: ¿Cómo podemos obtener una mayor tasa de recuperación en los procesos concursales?*, en BUENO DE MATA, Federico (editor), *Fodertics 5.0* (Granada, Editorial Comares, 2016), pp. 355-364.

⁵³ El fenómeno de *fire sales* refleja el costo de oportunidad de la enajenación de activos en condiciones no apropiadas, dadas las faltas de profundidad del mercado, la escasa participación de oferentes potenciales y la existencia de problemas de carácter macroeconómicos como una deceleración general de la economía o del sector productivo en que participa el deudor. Puede verse LOPUCKI, Lynn – DOHERTY, Joseph, *Bankruptcy Fire Sales*, en *Michigan Law Review* 106 (2007), 1, pp. 2-60; SHLEIFER, Andrei – VISHNY, Robert, *Liquidation values and debt capacity: A market equilibrium approach*, en *Journal of Finance* 47 (1992), 4, pp. 1343-1366; WHITE, Michelle, *The costs of corporate bankruptcy: a U.S-European comparison*, en BHANDARI, Jagdeep – WEISS, Lawrence (editores), *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspective* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), pp. 467-500; BERKOVITCH, Elazar – ISRAEL, Ronen, *The bankruptcy decision and debt contract renegotiation*, en *Review of Finance* 2 (1998), 1, pp. 1-27.

blica que persiguen ser satisfechos por la estructura procedimental determinada por el legislador. Esos objetivos son relativamente indiferentes respecto de la información, preferencias o posición del riesgo de los destinatarios, poniendo el foco de su atención en la manera en que los mecanismos procedimentales en sí mismos pueden lograr determinados objetivos de política pública judicial.

Esa indiferencia respecto de los sujetos se debe a que lo esencial para el cumplimiento de los objetivos propuestos es el diseño de una estructura procedimental en sí sin que sea relevante el mayor o menor uso que los destinatarios de las normas (como una función de su información, preferencia, o posición frente al riesgo) hagan de esos mecanismos.

Como ejemplo de la efectividad de las normas procesales desde la perspectiva de su estructura interna podemos mencionar la resolución de conflictos civiles para resolver conflictos de relevancia jurídica. Para una visión tradicional del Derecho procesal civil el objetivo del proceso es resolver conflictos⁵⁴. Esta visión ha sido cuestionada fuertemente por la doctrina⁵⁵. Más allá de esas críticas se desea plantear que la resolución

⁵⁴ Así, por ejemplo, Couture, señala: “la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente para resolver mediante juicio (como acto de autoridad) el conflicto de intereses. Su función sustancial es dirimir, con fuerza vinculatoria el litigio sometido a los órganos de la jurisdicción”; COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, De Palma, 1993), p. 122. Para Juan Colombo Campbell, el proceso corresponde a: “La forma de solución de conflictos a cargo del Estado quien la ejerce a través de funcionarios imparciales denominados jueces”; COLOMBO, Juan, *La jurisdicción en el derecho chileno*, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile* 8 (1968), 8, disponible [en línea]: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/10351/10407#af1>. Asimismo, para Héctor Santos: “Es hoy el método idóneo para dar solución a los litigios, tanto por su nota de imparcialidad como por la fuerza de sus resoluciones, respaldadas por el aparato coactivo del Estado”; SANTOS, Héctor, *Teoría General del Proceso* (México DF, McGraw-Hill, 2000), p. 19.

⁵⁵ Para la perspectiva de los fines del proceso como forma de resolver conflictos, el error judicial caería en la discusión de si el conflicto fue solucionado o no. Con todo, aparece con evidencia que esa forma de entender el procedimiento y la producción de errores resulta un tanto vacía de contenido, ya que el juicio de corrección de la decisión no estaría pensada en mérito a criterios o parámetros de decisión internos del Derecho (reglas o principios), sino que vinculados por su propio fin (resolución de conflictos); en circunstancias que esto último nada dice respecto de si una decisión judicial se encuentra correcta o ha incurrido en error en atención a tales parámetros. Fernando Atria señala: “Pero aun en los casos en que haya conflicto, la intervención del derecho no siempre los soluciona: en casos, por ejemplo, de divorcio, es perfectamente posible que el llevar el asunto ante el magistrado el conflicto se haga más agudo (...). A esto el profesor Bulypin podría responder [que el] conflicto entre

de conflictos, a lo menos, puede ser uno de los objetivos que busque un legislador procesal civil con la finalidad de disminuir cierta cantidad de conflictos sociales o privados.

Cuando nos referimos a la necesidad de resolver conflictos estamos refiriendo a una resolución efectiva del conflicto, esto es que la contraposición de intereses cese entre las partes. Eso podrá ser alcanzado si el procedimiento facilita vías auto-compositivas de forma que la solución del conflicto vendrá dada por la decisión libre y voluntaria de las partes, o bien porque el efecto coercitivo de la decisión genera que el conflicto subyacente cese en términos jurídicamente relevantes.

La problemática surge porque la estructura procedimental puede establecer medios de término del conflicto que sean indiferentes a la solución del conflicto subyacente. Existe una serie importante de mecanismos formales de terminación de un conflicto civil. Se trata de instrumentos que finalizan un conflicto, haciendo como si el conflicto subyacente ha sido resuelto sin que exista decisión sobre el fondo ni un acuerdo entre las partes del proceso. Ejemplos de estos mecanismos de conclusión formal de un proceso corresponden al abandono del procedimiento, al desistimiento de la demanda, y a ciertas vías impeditivas del ejercicio de acciones (como reglas de preclusión para plantear cuestiones anexas a un proceso⁵⁶, o reglas de prescripción).

los dos cónyuges queda jurídicamente solucionado cuando se ha dictado sentencia de divorcio y se ha decidido cuáles son las condiciones patrimoniales y de visitas (etc.) en que cada uno de ellos quedará. En el sentido en que se usa al caracterizar la función de la jurisdicción, la verdad de la frase «el conflicto está solucionado» no es negada por el hecho de que en un sentido no jurídico las relaciones de los ex-cónyuges hayan devenido en más, no menos, conflictivas a consecuencia del proceso. Pero nótese que aquí «solucionar el conflicto» no significa solucionar el conflicto. Significa simplemente establecer que el hecho institucional del matrimonio que existía ha terminado, y que ambos ex-cónyuges se encuentran en posiciones institucionales diversas»; ATRIA, Fernando, *Creación y aplicación del derecho: Entre formalismo y escepticismo*, en ATRIA, Fernando –BULYGIN, Enrique – NAVARRO, Pablo – MORESO, José Luis – RODRÍGUEZ, Jorge – RUIZ MANERO, Juan (autores), *Lagunas en el Derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2005), pp. 57-58. Para un examen de la concepción del proceso distinto de la pacificación social, sino como vía por donde el Estado da tutela a quienes comparecen ante la jurisdicción, puede verse BORDALÍ, Andrés, *Función del proceso y la prueba en el proyecto de código procesal civil. Repercusiones para las partes y para el juez*, en *Cuadernos de Extensión Jurídica 23* (Santiago, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 2012), pp. 87-105.

⁵⁶ Ejemplos en el Derecho procesal civil de este supuesto corresponde a las reglas de preclusión del ejercicio de incidentes, especialmente las reglas del artículo 84 inciso 3 y 85 inciso 1, ambas CPC, que permiten rechazar cuestiones anexas a un proceso

Tal como señala uno de los padres de la sociología moderna el proceso judicial posee mecanismos que significan el término del conflicto jurídico por vías diversas de las que ese conflicto terminaría de no concurrir un proceso judicial⁵⁷. En otras palabras, un proceso judicial permite poner término a un conflicto sin que la contraposición de intereses deje de existir.

Pues bien, si el objetivo del Derecho procesal es precisamente poner coto y fin al conflicto subyacente deberían limitarse las posibilidades de término formal de los procedimientos civiles. La efectividad del objetivo de política pública (que los conflictos jurídicos se solucionen de manera real) se encuentra en inversa relación con la amplitud de esos mecanismos de término formal del proceso.

Una manera de alcanzar ese objetivo es hacer uso de ciertos principios formativos (criterios de organización de la tutela procesal⁵⁸) como la dirección formal del proceso por el tribunal.

El principio formativo de dirección formal implica que corresponde al órgano jurisdiccional impulsar la tramitación del procedimiento hasta la resolución definitiva. Por medio del uso de ese principio se pueden eliminar ciertos mecanismos que impliquen un término puramente formal del proceso como el abandono del procedimiento, o bien se pueden limitar el

por ser deducidas de manera inoportuna; otros ejemplos son las reglas que limitan la reconvencción (contenidas en el artículo 315 CPC), o las restricciones de los escritos de réplica o dúplica para ampliar, adicional o modificar las acciones y excepciones que sean objeto principal del pleito formuladas en la demanda en la contestación (artículo 312 CPC). Es importante hacer presente que esas reglas no son negativas desde una consideración de eficiencia, en la medida que ellas establecen un momento final en que ciertas alegaciones pueden ser formuladas. Por tanto, ayudan a generar creencias racionales sobre las preferencias e información que sustentan las posiciones de las contrarias, lo que, a su vez, permite reducir conductas estratégicas de las partes, ver ELSTER, Jon, *EGOnomics* (Barcelona, Gedisa, 1997), pp. 38-40; CARRASCO, Nicolás, *El proceso civil como vía para reducir divergencia entre las partes* (2017), pp. 1-18; disponible [en línea]: https://www.researchgate.net/publication/314045946_El_proceso_civil_como_via_para_reducir_las_divergencias_entre_las_partes, pp. 14-25.

⁵⁷ “La exclusión de todo, salvo de su objeto, del litigio jurídico lleva, sin duda, al formalismo del conflicto, que puede incluso adquirir autonomía con respecto a su contenido material; es lo que ocurre con las argucias jurídicas, cuando ya no son factores concretos los que se oponen sino conceptos que se confrontan de manera completamente abstracta. Por otra parte, el litigio se desplaza a veces hacia terrenos que ya nada tienen que ver con el objeto a dilucidar”; SIMMEL, George, *El conflicto: sociología del antagonismo* (Madrid, Ediciones Sequitur, 2010), p. 34.

⁵⁸ RAMOS, Francisco, *Sistema procesal español* (Barcelona, JM Bosch, 2000), p. 25.

uso de mecanismos de preclusión⁵⁹. Dado que la dirección formal está estructurada como una regla que autoriza al juzgador a dar curso progresivo a los autos, entonces, la carga de la tramitación se distribuye por la ley entre el juez y las partes. Deja de tener sentido ciertos deberes relacionados a la prosecución del proceso en las propias partes y permite dejar de lado ciertos resabios de la visión liberal del proceso⁶⁰. Esos resabios pueden afectar la efectividad de las normas procesales desde su estructura interna al descansar la prosecución del juicio únicamente en el interés de las partes. Sin embargo, ese interés puede estar motivado por consideraciones que no consideren la resolución del conflicto como algo prioritario. Se ha podido demostrar que el funcionamiento de la justicia civil presenta como característica que menos de un 9% de los procesos concluyen en una sentencia definitiva⁶¹. Ello ha permitido concluir que los litigantes instrumentalizan el proceso como mecanismo de negociación forzada o para otros fines diversos de la resolución de conflictos como fin subyacente en el establecimiento de un determinado procedimiento⁶².

IV. CONCLUSIONES

La efectividad de las normas procesales ha recibido escasa atención en nuestra dogmática procesal civil. Se ha buscado colaborar en dar el sitio que merece por medio de una sencilla clasificación de esa efectividad desde la perspectiva de los destinatarios de las normas y desde la mirada de la estructura interna del procedimiento. Cualquier desarrollo en esta materia requiere utilizar un enfoque multidisciplinario que nos permita diseñar procedimientos que logren los objetivos que el planeador social desee. Algunos aportes se pueden encontrar en este artículo, quedando un trabajo inmenso por desarrollar.

⁵⁹ Por ejemplo, en el proceso de libre competencia en Chile no se consagra abandono del procedimiento como consecuencia de consagrarse en el artículo 20 inciso 1 DL 211 el principio de dirección formal del proceso, ver CARRASCO, Nicolás – NUÑEZ, Raúl – CORONADO, Martín, *Acerca de la homologación del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en las conciliaciones sobre libre competencia en Chile*, en VILAR, Silvia (editora), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (Cizur Menor, Civitas – Thomson Reuters, 2016), pp. 369-370.

⁶⁰ Pérez Ragone caracteriza el carácter liberal de la regulación de un procedimiento basado en la primacía de “la libertad y el dominio de las partes en su visión sobre cualquier impulso por parte del tribunal o cualquier tipo de intromisión por parte del Estado se manifestaban en la solución de los conflictos a través del proceso civil”; PÉREZ, cit. (n. 1), p. 535.

⁶¹ GARCÍA, José Francisco – LETURIA, Francisco, *Justicia Civil: Diagnóstico, Evidencia empírica y lineamientos para una reforma*, en *Revista Chilena de Derecho* 33 (2006), 2, p. 355.

⁶² GARCÍA – LETURIA, cit. (n. 61), p. 354.

BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA, Fernando, *Creación y aplicación del derecho: Entre formalismo y escepticismo*, en ATRIA, Fernando – BULYGIN, Enrique – NAVARRO, Pablo – MORESO, José Luis – RODRÍGUEZ, Jorge – RUIZ MANERO, Juan (autores), *Lagunas en el Derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2005).
- BARBERIS, Nicholas, *Thirty Years of Prospect Theory in Economics: A Review and assessment*, en *Journal of Economics Perspectives* 27 (2013), 1.
- BERKOVITCH, Elazar – ISRAEL, Ronen, *The bankruptcy decision and debt contract renegotiation*, en *Review of Finance* 2 (1998), 1.
- BINMORE, Ken, *Teoría de Juegos. Una breve introducción* (Madrid, Alianza Editorial, 2011).
- BORDALÍ, Andrés, *Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 23 (2016), 1.
- BORDALÍ, Andrés, *Función del proceso y la prueba en el proyecto de código procesal civil. Repercusiones para las partes y para el juez*, en *Cuadernos de Extensión Jurídica* 23 (Santiago, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 2012).
- CABRILLO, Francisco, *Quiebra y liquidación de empresas* (Madrid, Unión Editorial, 1989).
- CARRASCO, Nicolás, *El óptimo de justicia procesal concursal en las subastas electrónicas: ¿Cómo podemos obtener una mayor tasa de recuperación en los procesos concursales?*, en BUENO DE MATA, Federico (editor), *Fodertics 5.0* (Granada, Editorial Comares, 2016).
- CARRASCO, Nicolás, *La eficiencia procesal y el debido proceso*, en *Revista de Derecho Privado* 32 (2017).
- CARRASCO, Nicolás, *El proceso civil como vía para reducir divergencia entre las partes* (2017); disponible [en línea]: https://www.researchgate.net/publication/314045946_El_proceso_civil_como_via_para_reducir_las_divergencias_entre_las_partes.
- CARRASCO, Nicolás – NÚÑEZ, Raúl – CORONADO, Martín, *Acerca de la homologación del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en las conciliaciones sobre libre competencia en Chile*, en VILAR, Silvia (editora), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (Cizur Menor, Civitas – Thomson Reuters, 2016).
- CARRETTA, Francesco, *Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 21 (2008), 1.
- COASE, Ronald, *El problema del costo social*, en *Revista de Estudios Públicos* 45 (1992).
- COLOMBO, Juan, *La jurisdicción en el derecho chileno*, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile* 8 (1968), 8; disponible [en línea]: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/10351/10407#af1>.
- COOTER, Robert – ULEN, Thomas, *Derecho y Economía* (México D.F, Fondo de Cultura Económica, 2004).
- COURSEY, Don – HOVIS, John – SCHULZE, William, *The disparity between willingness to accept and willingness to pay measures of value*, en *Quarterly Journal of Economics* 102 (1987), 3.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, De Palma, 1993).

- ELSTER, Jon, *EGOnomics* (Barcelona, Gedisa, 1997).
- GARCÍA, José Francisco – LETURIA, Francisco, *La Justicia civil y comercial chilena en crisis: Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, en *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil* (Santiago, Libertad y Desarrollo, 2006).
- GARCÍA, José Francisco – LETURIA, Francisco, *Justicia Civil: Diagnóstico, Evidencia empírica y lineamientos para una reforma*, en *Revista Chilena de Derecho* 33 (2006).
- HICKS, John, *The Foundations of Welfare Economics*, en *The Economic Journal* 49 (1939).
- HOVENKAMP, Herbert, *Legal policy and the endowment effect*, en *Journal of Legal Studies* 20 (1991).
- HUNTER, Iván, *La negativa injustificada a la exhibición de la prueba documental en el proceso civil chileno: Una solución epistemológica para superar una regulación deficiente*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 46 (2016).
- HUNTER, Iván, *El principio dispositivo y los poderes del juez*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 35 (2010).
- HUNTER, Iván, *Iura Novit Curia en la jurisprudencia civil chilena*, en *Revista de Derecho Universidad Austral* 23 (2010), 2.
- JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado* (Buenos Aires, Editorial Albatros, 1943).
- JONES, Owen, *Why Behavioral Economics Isn't Better, and How it Could Be*, en *Vanderbilt Public Law Research Paper*, 14-32 (2014); disponible [en línea]: <http://ssrn.com/abstract=2504775>.
- JONES, Owen – GOLDSMITH, Timothy, *Law and behavioral biology*, en *Columbia Law Review* 105 (2005).
- KALDOR, Nicholas, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, en *The Economic Journal* 39 (1939).
- KNETSCH, Jack, *The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves*, en *American Economic Review* 79 (1989), 5.
- KOROBKIN, Russell, *The status quo bias and contract default rules*, en *Cornell Law Review* 83 (1998).
- LARROUCAU, María Matilde, *La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales*, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 1 (2010), 1.
- LOPUCKI, Lynn – DOHERTY, Joseph, *Bankruptcy Fire Sales*, en *Michigan Law Review* 106 (2007), 1.
- MARINC, Matej – VLAHU, Razvan, *The Economics of Bank Bankruptcy Law* (Berlin, Springer-Verlag, 2012).
- MENESES, Claudio, *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*, en *Revista Ius et Praxis* 14 (2008), 2.
- MONTERO AROCA, Juan, *Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal*, en MONTERO, Juan – ALVARADO, Adolfo (coordinadores), *Proceso civil e ideología* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2011).
- NADLER, Janice – SEIDMAN, Shari, *Eminent Domain and the Psychology of Property Rights: Proposed Use, Subjective Attachment, and Taker Identity*, en *Journal of Empirical Legal Studies* 5 (2008).
- NÚÑEZ, Raúl – CARRASCO, Nicolás, *La quiebra sin bienes. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, en *Revista Ius et Praxis* 17 (2011), 1.
- PALOMO, Diego, *Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el proyecto de nuevo CPC chileno*, en *Revista Chilena de Derecho* 36 (2009), 3.

- PALOMO, Diego, *Y ahora, Tras la Experiencia Procesal Penal ¿La Oralidad al Proceso Civil?: Algunas Claves y Criterios a Seguir*, en *Revista Ius et Praxis* 10 (2004), 2.
- PALOMO, Diego, *La fase de prueba*, en BORDALÍ, Andrés – PALOMO, Diego – CORTEZ, Gonzalo (autores), *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía. Procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, LegalPublishing, 2014).
- PARETO, Vilfredo, *Manual de Economía Política* (traducción castellana de Guillermo Cabanellas, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1954).
- PEINADO, Juan Ignacio, *Cooperación y pillaje en el concurso*, en *Estudios de Derecho Concursal* (Madrid, Marcial Pons, 2006).
- PÉREZ RAGONE, Álvaro, *El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 42 (2014).
- PICÓ I JUNOY, Joan, *El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta* 6 (2012), 1.
- PLOTT, Charles – ZEILER, Kathryn, *The Willingness to Pay-Willingness to Accept Gap, the Endowment Effect, Subject Misconception, and Experimental Procedures for Eliciting Valuations*, en *American Economic Review* 95 (2005), 3.
- POSNER, Richard, *Some uses and abuses of Economics in Law*, en *The University of Chicago Law Review* 46 (1979), 2.
- RAMOS, Francisco, *Sistema procesal español* (Barcelona, JM Bosch, 2000).
- ROMERO, Alejandro, *La congruencia de la sentencia*, en *Revista Chilena de Derecho* 25 (1998).
- ROSTÍAS, Ignacio, *La causa de pedir en el juicio de precario (Corte de Apelaciones de Valparaíso)*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* 26 (2013), 1.
- SALDÍAS, David, *Deber de colaboración probatoria en el proceso civil* (Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2017).
- SANTOS, Héctor, *Teoría General del Proceso* (México DF, McGraw-Hill, 2000).
- SCHWARTZ, Alan, *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy*, en *The Yale Law Journal* 107 (1998).
- SCITOVSKY, Tibor, *Frustraciones de la riqueza: La satisfacción humana y la insatisfacción del consumidor* (traducción castellana de Eduardo Suárez, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1986).
- SEN, Amartya, *Elección colectiva y bienestar social* (Madrid, Alianza Editorial, 1976).
- SHLEIFER, Andrei, y VISHNY, Robert, *Liquidation values and debt capacity: A market equilibrium approach*, en *Journal of Finance* 47 (1992), 4.
- SIMMEL, George, *El conflicto: sociología del antagonismo* (Madrid, Ediciones Sequitur, 2010).
- SUSTEIN, Cass, *Endogenous Preferences, Environmental Law*, en *Program in Law and Economics, Working Paper* 14 (1993).
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (Madrid, Trotta, 2002).
- TAVOLARI, Raúl, *El proceso en acción* (Valparaíso, Editorial Libromar, 2000).
- THALER, Richard y BENARTZI, Shlomo, *Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving*, en *Journal of Political Economy* 112 (2004), 1.
- THALER, Richard – SUSTEIN, Cass, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, en *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* 43 (2003).
- THALER, Richard, *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, en *Journal of Economic Behavior and Organization* 1 (1980), 1.

- TVERSKY, Amos – KAHNEMAN, Daniel, *Loss Aversion in Riskless Choice: A reference-dependent Model*, en *Quarterly Journal of Economics* 106 (1991), 4.
- WACH, Adolf, *Manual de derecho procesal civil* (traducción castellana de Tomás Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1977), I.
- WHITE, Michelle, *The costs of corporate bankruptcy: a U.S.-European comparison*, en BHANDARI, Jagdeep – WEISS, Lawrence (editores), *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspective* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996).