

Eficacia, eficiencia y efectividad de la tutela jurisdiccional: un ensayo para reorientar sus conexiones funcionales

Validity, efficiency, and effectiveness of jurisdictional protection: an essay to reorient its functional connections

Pablo Martínez Zúñiga

Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile.

Correo electrónico: pablo.martinez@ucn.cl. <https://orcid.org/0000-0002-9448-9737>

Recibido el 04/07/2023

Aceptado el 15/11/2023

Publicado el 07/12/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n43.04>

RESUMEN: En el presente trabajo se pone de manifiesto la atípica recepción que ha tenido el vocablo tutela jurisdiccional en Chile, generalmente acompañado de los calificativos comunes sin una orientación teórica clara: eficacia, efectividad y eficiencia. Se propone para integrarlos y redefinirlos, una lectura en clave funcionalista, que permita a esta triada de voces comunicarse y hacerse recíprocamente condicionantes. Así, para que sea eficaz el derecho material, la tutela jurisdiccional debe ser efectiva, materializadora de esos derechos sustantivos. A su vez, para que podamos constatar esa efectividad en la realidad, es necesario que el instrumento procesal sea eficiente en términos funcionales a las dos categorías anteriores. Se propone

ABSTRACT: In the present paper, the atypical reception that the term jurisdictional protection has had in Chile is revealed. Especially accompanied by common qualifiers without a clear theoretical orientation: efficacy, effectiveness and efficiency, proposing to integrate and redefine them, by reading in a functionalist key, which allows this triad of voices to communicate and mutually condition each other. Thus, for material law to be effective, jurisdictional protection must be effective, materializing those substantive rights. In turn, in order for us to verify this effectiveness in reality, it is necessary that the procedural instrument be efficient in functional terms for the two previous categories. The reevaluation of one of the specific variables for procedural efficiency

y justifica entonces, la revalorización de una de las variables concretas para la eficiencia procesal; la técnica procesal idónea o adecuada.

is proposed and justified, the suitable or adequate procedural technique.

PALABRAS CLAVE: Tutela jurisdiccional, eficacia, efectividad y eficiencia procesal, funcionalismo.

KEY WORDS: Jurisdictional protection, efficacy, effectiveness and procedural efficiency, functionalism.

I. INTRODUCCIÓN

Para quienes no tienen ningún contacto con la dogmática procesal, debe explicarse la popularización en las culturas jurídicas de la Europa continental y especialmente en Iberoamérica de la expresión tutela jurisdiccional de los derechos. Particularmente en Chile, donde el estudio del Derecho Procesal científico y la recepción de tendencias doctrinales un poco menos procedimentalistas han tardado en llegar.

Dado lo anterior, la primera cuestión es transparentar que la voz tutela jurisdiccional tiene recepción en el ordenamiento nacional, pero dicho recogimiento no está contorneado lo suficiente ni tampoco explicado. Decimos esto porque podríamos escuchar de los operadores jurídicos en Chile hablar de garantías, de procesos, de protección de derechos, tutelas u otro similar sin que se utilice ninguna de estas categorías de manera voluntaria para identificar una de otra. Por ejemplo, es común que se utilice la expresión tutela para referirse a la acción regulada en el Código del Trabajo, particularmente en los artículos 485 y siguientes,¹ que dan lugar a un rito especial para la protección de derechos fundamentales aplicados especialmente a la relación jurídico material nacida de un contrato de subordinación y dependencia entre trabajador y empleador.

Del mismo modo en el sistema chileno se utiliza la expresión para referirse habitualmente a la “*tutela jurisdiccional efectiva*” como un instituto comprensivo y sinónimo del debido proceso y de las garantías de orden procesal que lo componen.² Esta última referencia es una muestra de que el fecundo desarrollo de la doctrina constitucional sin duda tiene un impacto hacia la disciplina del Derecho Procesal, permeando las categorías de todo lo referente a los derechos fundamentales, también al ámbito de su protección jurisdiccional.³ El problema es que desde la técnica procesal no puede quedar reducido todo un instituto que tardó décadas en madurar y en arribar a Latinoamérica, circunscrito a una sola categoría de derechos, por muy elevada que sea la jerarquía de estos. Aquello es esencialmente reduccionista y no refleja toda su extensión y alcance.

Estos asentamientos legales y culturales sobre la expresión tutela deben ser precisados de cara a esclarecer un binomio (tutela y jurisdicción) cuya difusión en el *civil law* está consolidada. Así como también, el o los apellidos con que comúnmente le acompañan: eficaz, efectiva y eficiente.

¹ El párrafo 6° del Capítulo II del Título II del Libro V del Código del Trabajo lo denomina “*Del procedimiento de Tutela Laboral*”.

² VARGAS (2019), pp. 32-40.

³ GONZÁLEZ (2012), p. 289.

A. El abordaje inicial: la tutela jurídica

Hay un concepto más general que la tutela jurisdiccional y que dice relación con la tutela jurídica a secas. En cuanto a la protección que el Estado presta a los derechos e intereses de las personas,⁴ esta actividad se desarrolla por una doble e incluso por una triada de actuación.

La primera o primaria⁵ se desarrolla a través de la función legislativa en que se formula el derecho objetivo⁶ que impone a los coasociados normas de conducta en beneficio de todos, de carácter obligatorio y general. No obstante, esta imposición objetiva o abstracta de las normas generales y obligatorias no satisface completamente los fines del derecho ni agota el ámbito de protección estatal y por ende se requerirá de la potestad jurisdiccional en casos en que, las proposiciones normativas sean desobedecidas, las prohibiciones transgredidas y las autorizaciones o permisos violados. Entonces aparece la segunda tutela que brindan los órganos jurisdiccionales para la actuación o realización de este mandato general contenido en la norma abstracta o estática; la tutela jurisdiccional.

Marinoni explícitamente postula que la tutela jurisdiccional puede ser considerada como una especie dentro de un género, la de “*la tutela de los derechos*”,⁷ pudiendo observarse una legislativa (o primaria como hemos señalado) y también otra proveniente de la propia administración o ejecutivo que también puede promover y proteger derechos.

Es sobre esta segunda tutela en torno a la cual gira todo el eje del Derecho Procesal actual,⁸ y ya no en torno al mecanismo por el cual se otorga esta prestación, es decir, al proceso.⁹ De ahí que autores como Montero propongan derechamente el cambio de nombre de la disciplina.¹⁰

Ahora, antes de continuar con esta breve explicación, debemos referirnos sin duda a la voz tutela propiamente tal. Aquélla es, como dice Couture,¹¹ propia del léxico de la escuela alemana, y se utiliza para referirse a la satisfacción efectiva de los fines del derecho y la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas. Fue particularmente desarrollada por Adolf Wach, quien construyó la teoría científica del proceso en torno a la nomenclatura de tutela jurídico procesal.¹² Fue recogida ampliamente por la escuela científica italiana a través de la obra de Chiovenda, quien declaraba su fuerte influencia del procesalismo científico alemán, particularmente de Wach. Fue tal esta injerencia

⁴ ROMERO (2017), p. 16.

⁵ MONTERO (2019), p. 204.

⁶ CALAMANDREI (1963), p. 115.

⁷ MARINONI (2019), p. 7.

⁸ RODRÍGUEZ (2007), p. 66.

⁹ Esta afirmación debe ser matizada, por cierto, con las nuevas tendencias en la ciencia procesal continental, en orden a incorporar como objeto profuso de estudio a los llamados “MASC” (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos). Entre nosotros, véase: FUENTES y VARGAS (2020), pp. 25 y ss.

¹⁰ MONTERO (2019), p. 31.

¹¹ COUTURE (2013), p. 391.

¹² VÁSQUEZ (2015), p. 76.

que terminó en norma positiva, por ejemplo, el Código Civil Italiano de 1942 en su título VI se refiere a la tutela de los derechos y entre los artículos 2907 a 2933 se utiliza derechamente la frase “*Tutela giurisdizionale dei diritti*”. El camino luego es fácil de trazar hacia nuestras costas, considerando la influencia de la escuela italiana del siglo XX sobre toda Iberoamérica.

En particular, la Constitución Política de la República de Chile de 1980 si bien no utilizó expresamente la voz tutela, sí lo hizo mediante la expresión protección de los derechos: “*La Constitución asegura a todas las personas: La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos*”¹³

En cuanto al calificativo “*jurisdiccional*”, es importante hacer estas aclaraciones, porque afirmar y usar este binomio categorial (tutela jurisdiccional) implica la adopción de un sustrato teórico determinado con consecuencias jurídico-normativas también en consecuencia, que denotan un escalón arriba en el camino hacia la revalorización del interés público en el proceso y el rol de los jueces y juezas concretas en este trabajo. Máxime al momento de entender el conflicto, la administración de justicia, el objeto de la tarea jurisdiccional y la finalidad de esta potestad pública. Por ende, lo que toca ahora para reflexionar en torno al asunto en cuestión, es la noción del Estado Juez.

B. Tutela jurisdiccional y jurisdicción

La jurisdicción en tanto potestad pública ha tenido sin duda una de las más interesantes evoluciones dentro del estudio de las potestades públicas. Se ha llegado a hablar en nuestros días del gobierno de los jueces,¹⁴ de activismo judicial o de que el poder organizado jurídicamente que detenta este poder-deber¹⁵ ha llegado a posicionarse como el poder estatal respecto del cual prácticamente no existen ámbitos externos a su control, extendiéndose también al de otras potestades como la legislativa y la administrativa.¹⁶

Esta evolución no es intrascendente pues el paso del tiempo y la evolución de este concepto ha permeado también a la jurisdicción chilena y con ello la mirada que se tiene de sus fines, para que podamos entender por qué aparecen luego vigorizados los poderes de la judicatura en diseños procesales modernos que propugnan mayor eficiencia encaminada a la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Decir el derecho o “*jurisdicencia*”¹⁷ es la traducción al español del latín *iuris dictio*, origen etimológico de la expresión¹⁸ y que tiene un sinnúmero de acepciones dependiendo del contexto en que se utiliza. Puede ser utilizada en referencia al ámbito de potestades de un determinado órgano público, también en referencia a una materia específica que sirve para individualizar luego al órgano jurisdiccional en

¹³ Constitución Política de la República de Chile (1980), Artículo 19 N°3.

¹⁴ Para un tratamiento profundo del tema puede verse GARCÍA y VERDUGO (2013).

¹⁵ COLOMBO (1999), p. 41.

¹⁶ BORDALÍ (2016), p. 29.

¹⁷ RODRÍGUEZ (2007), p. 33.

¹⁸ COLOMBO (1991), p. 30.

concreto, al poder de un órgano del Estado sobre el individuo y/o para denominar órganos estatales que tienen el poder específico para resolver conflictos de intereses.¹⁹ De todos estos usos nos interesa el último de ellos, que enuncia lo que clásicamente el Derecho Procesal chileno ha entendido por función jurisdiccional, siguiendo una línea de pensamiento sociológica sobre su finalidad, que la identifica con la resolución de conflictos de intereses jurídicos intersubjetivos.²⁰ No compartimos que esta definición sea omnicompreensiva por lo que la resistiremos desde ya, pero debemos entender que es fruto de una evolución en que Chile está a medio camino.²¹

La primera concepción de la potestad de administrar justicia supone un Estado absolutista que está representado en la figura del monarca, príncipe o como quiera titularse. Éste detenta la plenitud de los poderes públicos, que son sólo dos: el legislativo y el ejecutivo.²² Es dentro de esta segunda función donde se ubica la administración de justicia y en ella los jueces no son más que delegados monárquicos pues toda la potestad jurisdiccional (si podemos llamarlo así en este período) recae sobre el Rey en tanto “*vicario de Dios*”.²³ Lo más relevante en términos de la significación de la potestad jurisdiccional es que en esta época no existe la intención de proteger o tutelar derechos subjetivos de particulares, pues no encontramos en la sociedad civil sujetos de derechos sino súbditos que se encuentran en una situación de igualdad formal negativa frente al poder del Estado:²⁴ todos carecen de derechos subjetivos, públicos o privados.

El barón de Bredé; Montesquieu pronunció la frase “*el poder de juzgar, tan terrible a los hombres, se hace invisible y nulo ya que el tribunal no es más que la boca de la ley*”.²⁵ La famosa expresión representa plenamente lo que significa la jurisdicción para el llamado Estado de Derecho Legal, o Estado de concepción político-liberal.

En el Estado Liberal la separación de poderes supone una concepción sobre la jurisdicción que se mira con suma desconfianza. Esto se explica históricamente por la experiencia de la Francia pre revolucionaria que encajó en la ciudadanía el fundado temor de que la administración de justicia no era sino un brazo más del poder del Rey a través del cual éste expandía y abusaba del mismo. De este modo, la función legislativa pasa a ocupar un lugar privilegiado y la soberanía de la Ley, manifestación de la voluntad popular, es condición de la libertad y autonomía de los hombres.²⁶

En este orden de cosas, el Estado se erige sobre la idea liberal de concebir a todas las personas al menos formalmente como iguales, y a la luz del *Code de 1804*, existe una sinonimia entre derecho y

¹⁹ MONROY (1996), p. 206.

²⁰ ORELLANA (2018), p. 27.

²¹ Lo anterior, sin perjuicio del matiz apuntado *supra*, sobre la incorporación de los “MASC”, en cuanto administración de justicia pensada por y para el justiciable.

²² MONTERO (2019), p. 60.

²³ BORDALÍ (2016), p. 16.

²⁴ BORDALÍ (2016), p. 20.

²⁵ MONTESQUIEU (1995), p. 112.

²⁶ BORDALÍ (2016), p. 21.

ley, con plena confianza en la plenitud y completitud de la voluntad general infalible que crea la ley, es decir un enaltecimiento de la potestad legislativa, sin alternativas creadoras de derecho para el juez. Dice Vigo que la labor en concreto del jurista en este modelo es simplemente “*subsumir el caso individual en el supuesto genérico previsto en la ley, construyendo el silogismo respectivo donde la premisa mayor sería el [sentido] que se obtenía de las entrañas de la misma por medio de ciertos métodos (centralmente el gramatical y el lógico), la premisa menor el caso, y la conclusión que proyectaba en el caso las consecuencias previstas en la ley*”.²⁷

Pareciera que estuviésemos hablando de otro tiempo cuando revisamos la forma de entender a la jurisdicción en el estado moderno. Sin embargo, en Chile es frecuente encontrar desde la enseñanza del derecho, pasando por la práctica forense y hasta en la labor legislativa y judicial la arraigada cultura jurídica procesal liberal de nuestra tradición legal.²⁸

Caló hondo en nuestra administración de justicia el modelo liberal, porque en Latinoamérica a mediados del siglo XIX los diseños procesales y de la administración orgánica de justicia provenientes de la tradición europea fueron heredados sin hacer un “*borrón y cuenta nueva*”. Recogieron las concepciones jurisdiccionales de los conquistadores, y en el caso particular de Chile se mantienen hasta hoy, con un modelo de justicia colonial²⁹ orientado en su tronco común (la jurisdicción civil) por un código decimonónico anexo de la codificación general civil de Andrés Bello y que supone el mito de la igualdad formal del Estado liberal.³⁰ Esta concepción hoy es incoherente con el sistema, producto de las reformas procesales chilenas en materia de litis familiar, penal y laboral, pero no ha dejado de tener injerencia sobre la formación judicial y su labor. Esta es la razón por la cual en el sistema procesal chileno la reforma a la jurisdicción civil es tan anhelada.³¹

El mito de la igualdad formal, en que gobiernan el principio dispositivo, y la concepción de un juez pasivo estilo *iudex* romano, además de entender al conflicto de intereses como una cuestión entre particulares, está en crisis. De hecho, la doctrina más autorizada postula que debe ser abandonado por no ser acorde hoy a la concepción de un Estado Constitucional, protector de derechos.³² Si bien la concepción decimonónica del juez del Estado liberal sirvió profundamente para combatir el absolutismo, después de la segunda guerra mundial estas concepciones formalistas merecieron ser revisadas. Y es en este entendido en que no solo la jurisdicción, sino que el Estado en general ha visto cómo la Constitución, las garantías y los derechos fundamentales han pasado a desplazar a la ley en cuanto fuente directa y orientadora de la actividad jurisdiccional.³³

²⁷ VIGO (2017), p. 12.

²⁸ GARCÍA (2020), p. 256.

²⁹ LARROUCAU (2020), p. 75.

³⁰ Nos referimos al Código de Procedimiento Civil chileno de 1902.

³¹ Boletín 8197-07 del Senado, 2012. Proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil.

³² MARINONI (2019), p. 45.

³³ Para profundizar sobre el punto relativo al principio dispositivo y las potestades del juez civil, entre nosotros, véase ROMERO (2021).

En el Estado de Derecho Constitucional la jurisdicción supera la idea de que su centro o fin es la resolución de conflictos de intereses y se enfrenta a un desafío mayor que es la protección y/o tutela no solo de derechos subjetivos, sino también de velar por la actuación concreta del derecho objetivo, provocando la eficacia del ordenamiento jurídico completo. Aparecen entonces las teorías jurídicas sobre la función de la jurisdicción, que se muestran críticas a esta concepción meramente pacificadora y que entienden que sin la labor del juez el Estado de Derecho pierde su eficacia.³⁴

Lo importante es entender que está asentado que la concepción decimonónica ha cedido terreno al menos en la doctrina y que se ha repensado la actividad jurisdiccional como una labor creadora, sustituta y/o sucedánea de la actividad primaria de creación de derecho abstracto u objetivo. Se propone una actividad protectora estatal a la que se tiene derecho por el sólo hecho de ser persona, y como dijera Couture: *“en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución”*.³⁵

Esta concepción de una jurisdicción que implica actividad más que pasividad, derechos subjetivos públicos, garantías, derechos fundamentales y una expansión del control a que puede llegar la potestad jurisdiccional, no está exenta de críticas. Como mencionábamos más arriba, en el afán de esta labor protectora han aparecido voces que tildan a estas concepciones contemporáneas como manifestaciones de *“activismo judicial”* para graficar con ello la injerencia de la actividad judicial sobre la esfera política cuando a raíz de casos concretos se pretende favorecer intereses o promover una cierta agenda política.³⁶ No obstante, y teniendo muy presente que el punto de equilibrio es sumamente delicado, la cuestión parece ir, al menos en Chile, en reubicar la tarea del juez en la entrega de una respuesta al requerimiento ciudadano que sea acorde con los compromisos que el Estado chileno celebró a propósito del acceso a la justicia y la protección de derechos. En este sentido la necesidad de eficiencia en la labor jurisdiccional apunta a la función misma y su calificativo, es decir que ésta sea efectiva en su tarea protectora.

C. Tutela con apellido: tutela jurisdiccional efectiva

Situados en la nomenclatura procesal contemporánea escrita en clave de tutela de los derechos, y de manera más idónea, en clave de tutela jurisdiccional de esos derechos como la función y el fin de la jurisdicción, más que en la pacificación y resolución de conflictos, y considerando el rápido avance que han tenido estas concepciones y usos en los distintos ordenamientos continentales y latinoamericanos, no podemos dejar de abordar el adjetivo calificativo que acompaña a la tutela jurisdiccional en el foro, la doctrina y en la jurisprudencia. Nos referimos a la *“efectividad”*.

La afirmación sobre la efectividad de los derechos y de que esto ha de lograrse en términos no volun-

³⁴ ARENHART ET AL (2021), p. 17.

³⁵ COUTURE (2013), p. 48.

³⁶ LARROUCAU (2020), p. 32.

tarios por vía jurisdiccional³⁷ es una afirmación de tipo deóntico. Lo que en concepto de la sociedad debe ser, no necesariamente lo que es. Se trata de un calificativo axiológico de cómo debe entenderse el ejercicio jurisdiccional. Así, no toda tutela jurisdiccional es admitida en un Estado de Derecho Constitucional, ella debe tener una correspondencia con la realidad y con la necesaria misión de protección que se declara: la realización de los derechos. Por eso es importante tener bien establecido, que no se trata de un instituto que se compone únicamente de garantías abstractas, que versa solamente sobre reglas formales o adjetivas, y que lo “efectivo” es una vinculación imposible de disociar con él o los derechos materiales³⁸ cuya tutela es requerida en una situación concreta.

Hechas estas declaraciones más que aclaraciones, abordemos entonces las complicaciones conceptuales que enfrentamos para esclarecer y proponer algún contenido siquiera dentro de la tutela jurisdiccional efectiva que podamos focalizar para encausar luego propuestas de cara a los tiempos que corren para nuestra disciplina y para abandonar con o sin reformas normativas poco a poco las concepciones de matriz liberal para el proceso.

No obstante, su frecuente uso dogmático, forense y jurisprudencial, parece tener poco contenido cuando observamos a los operadores jurídicos. Incluso se utilizan frecuentemente por la propia doctrina procesal términos que parecieran análogos o sustitutos: tutela jurisdiccional “eficaz”, tutela jurisdiccional “efectiva” y tutela jurisdiccional “eficiente”.

Estamos frente a la punzante categoría postulada por el filósofo norteamericano Félix Cohen de los conceptos mágico-jurídicos, que son más bien “escamoteos verbales” (refiriéndose al *jurisprudence* norteamericano) vacíos de contenido. “El sistema está repleto de conceptos sobrenaturales, es decir, de conceptos que no pueden ser definidos en términos de experiencia, y de los cuales se supone que fluyen decisiones empíricas de todo tipo. La teoría jurídica moderna presenta un ultimátum a estos conceptos no verificables”.³⁹

En esta reflexión, hay un convencimiento férreo que el problema además se debe a la desconexión aún muy evidente entre la naciente y redescubierta ciencia procesal (fenómeno de no más de veinte años en Chile)⁴⁰ y la praxis judicial. Esta desconexión provoca que los usos que han penetrado desde distintas fuentes; tratados internacionales suscritos por los estados latinoamericanos, la formación doctoral de la doctrina procesal actual y el fenómeno del neoprocesalismo, hagan que la terminología aún no encuentre una depuración adecuada, completa y suficiente.

Es por lo anterior que como primer propósito se propondrá una vuelta de tuerca más a estos tres adjetivos. El uso de los dos primeros calificativos (eficacia y efectividad), cuando se utilizan, hacen en referencia a la afirmación deóntica que más arriba se postuló, por ende, no piense el lector que se

³⁷ BARONA (2019), p. 4.

³⁸ TARUFFO (2017), pp. 13-20.

³⁹ COHEN (1935), p. 65.

⁴⁰ MATURANA (2018), pp. 225-242.

trata de un ejercicio lingüístico científicista, sino asentar ambas categorías en distintos planos para luego vincularlas. La idea es que giren en torno a sí mismos de manera funcional para despejar el lenguaje técnico procesal con propósito, no por mera sofisticación.

Esta cuestión es relevante sobre todo en términos de técnica procesal, por lo que se la enunciará de la manera más sencilla posible para luego explicar la conexión necesaria o funcional:⁴¹ para que sea eficaz el derecho material, para que pueda ser obedecido de manera lo más general posible y por ende legitimarse el ordenamiento jurídico y cumplir sus fines, la tutela jurisdiccional tiene que ser efectiva, materializadora de esos derechos. A su vez, para que podamos constatar esa efectividad en la realidad, es necesario que el instrumento procesal sea eficiente en términos funcionales a las dos categorías anteriores.

II. EFICACIA, EFECTIVIDAD Y EFICIENCIA: UN GIRO HACIA LO FUNCIONAL

Confieso mi desconfianza hacia la introducción en sistemas jurídicos de tradición romana de terminología y elementos que provienen del *common law*. Obviamente como una respuesta natural e inmediata a la formación de cualquier abogado latinoamericano formado en facultades de derecho que están enraizadas en el sistema del *civil law* y que detentan una larga tradición de pensamiento relacionado al estudio sistémico y analítico que implica la teoría del derecho. Sin embargo, en términos procesales, la verdad es que pensando en la triada de conceptos que estamos analizando, vale la pena revolver un poco el naípe en clave realista, y en especial en la subespecie funcional del realismo jurídico.⁴² En este sentido, creo que nos hace bien y no es equívoco epistémicamente cuando afirmamos que la ciencia jurisdiccional está sufriendo cambios porque la misma realidad material se lo está exigiendo. Si entendemos esta idea de que la realidad jurídica, y sobre todo la judicial, es quien ante todo evalúa y requiere respuestas desde y hacia la disciplina del Derecho Procesal, entonces hay allí una fuente que debe ser incorporada dentro las preocupaciones gnoseológicas de la teoría jurídica.

Lamentablemente no es posible alcanzar esta meta del todo porque quien escribe está fuertemente permeado por las abstracciones de la formación y el sistema de enseñanza continental. Trataré de todas formas de matizar estas ideas realistas para hacer de la efectividad, la eficacia y la eficiencia conceptos operativos entre ellos hacia un fin. Aunque desde ya es importante hacer esta prevención porque como dice Vásquez por mi “*conciencia jurídica*”,⁴³ incurriré en análisis sistémicos, abstractos y analíticos, pero tal vez la mixtura sea el honesto y espontáneo resultado que espero pueda aportar a una mirada operativa de la cuestión.

⁴¹ Utilizaré esta expresión formulada por Félix Cohen, aún no lo cito directamente pues la expresión será retomada en lo sucesivo y desarrollada para concatenar los tres adjetivos.

⁴² GOLDING (1961), pp. 1032-1057.

⁴³ VÁSQUEZ (2015), pp. 11-13.

A. La aproximación funcionalista

La teoría realista en clave funcionalista fue propuesta en la obra más citada en la historia de la *Columbia Law Review*, que se publicó en junio de 1935 por el profesor norteamericano Félix S. Cohen.⁴⁴

En la publicación, a la edad de 27 años, en pleno trabajo doctoral se propuso cuestionar y reflexionar en torno a lo que llamó los “*sinsentidos jurídicos*”, y se aventuró a demostrar cómo en el derecho y en otras ciencias, los conceptos o categorías “*trascendentales*” lo único que habían hecho era generar verdaderas “*acrobacias conceptuales*” de cuestiones absolutamente vacías de contenido, que en el fondo nada aportaban al conocimiento realmente pues no eran verificables en la realidad.⁴⁵ Ninguna de ellas era posible percibir las por la “*experiencia efectiva*”.

En lo que nos concierne, la aproximación de Cohen denunciaba ya en esa época la vaciedad de la categoría *due process of law* preguntándose ¿Cuándo es debido el proceso legal?, y de cómo se había transformado en una verdadera “*cortina de sinsentido trascendental*” para justificar decisiones judiciales cuestionables.

Coincidimos con estas observaciones. La propia concepción actual de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso son utilizados para un sin número de cuestiones sin una clara delimitación y sin que podamos afirmar su acaecimiento en la realidad judicial como para entender cumplida la promesa del art. 19 numeral 3° inciso primero de la actual Constitución chilena, cuando se asegura a todos los ciudadanos la “*protección*” en el ejercicio de sus derechos.

Cohen se propuso la tarea de abandonar los sinsentidos y avocarse a la tarea de erradicar o suprimir los conceptos desprovistos de significado real, olvidar los problemas que están también desprovistos de significado, redefinir los conceptos en una aproximación funcional y redirigir la investigación hacia el mismo objetivo. El objetivo a su vez propuesto por el “*método funcional*” es encontrar significación (no abandonarlos, la tarea es redescubrirlos) de los conceptos jurídicos con miras a sus implicancias o consecuencias en un contexto dado: por ejemplo, en el plano social.

Cohen no es una isla en estas ideas. En Latinoamérica, Massini ha denunciado que el excesivo cientificismo, monismo científicista o matematización de todas las ciencias humanas, ha llevado a que nos olvidemos del objeto de esta ciencia, que no es otro que “*directivas del obrar, criterios a la luz de los cuales evaluar las conductas jurídicas y juicios normativos acerca del cual es la conducta jurídicamente debida en un cierto tipo de situaciones; en otras palabras, lo que los juristas realizan en la práctica, a exigencias de jueces, abogados, administradores o legisladores, es un estudio de tipo práctico, intrínsecamente ordenado a la dirección del obrar humano jurídico. Por otra parte, es preciso que así sea, toda*

⁴⁴ El artículo lleva por nombre original “*Trascendental Nonsense and the Functional Approach*”.

⁴⁵ COHEN (1935), p. 50.

vez que el objeto del saber jurídico es una realidad práctica, operable, realizable por el hombre a través de su obrar libre”.⁴⁶

Continúa el profesor mendocino con una segunda crítica atendible y es que hemos olvidado el carácter de saber práctico del derecho. “*Todo saber jurídico, en tanto que jurídico, ha de ser práctico, pues su objeto lo es, ya que se trata de una praxis humana social en materia de justicia*”.⁴⁷

De lo dicho, por supuesto se descuelga que dos pensadores de tiempos, latitudes y corrientes diversas encuentran conexión: Cohen y Massini coinciden en los problemas de verificación que algunos conceptos jurídicos tienen ante la realidad. De esta coincidencia o relación aparece la propuesta realista funcional de Cohen de repensar y redefinir las conceptualizaciones abstractas y de darles un enfoque funcional, que no es otra cosa que un sentido pragmático, verificable, operativizable o práctico. En lo que toca a la tutela jurisdiccional efectiva; que cumpla su objetivo más elemental: la materialización de los derechos que son prometidos en protección por el Estado.

Majaderamente hemos ya dicho que esta trilogía de adjetivos calificativos se usa indistintamente tanto por la doctrina del Derecho Procesal, Constitucional, Civil, Penal, etc., como por los teóricos del derecho. La proposición que hicimos más arriba tiene una sola pretensión y no es la labor titánica de develar la íntegra significación de cada uno de los conceptos en términos epistemológicos, sino más bien buscando conexiones entre ellos considerando su importancia y las ideas sobre tutela jurisdiccional.

Debemos transparentar que utilizaremos ideas y concepciones que provienen desde la tradición continental de la Filosofía del Derecho, sabiendo que hay en esta fuente un sinnúmero de versiones y posiciones dogmáticas y estamos conscientes de ello, reconociendo que la propuesta no es a la complejización del tema sino a una redefinición pragmática de la misma, sin que el tema se agote en caso alguno con las explicaciones que siguen.

Esta idea de vincular eficacia, efectividad y eficiencia nace a propósito de encontrarme con otra investigación, del profesor argentino Héctor García⁴⁸ relacionada al Derecho del Trabajo.

B. Respecto de la eficacia

Siguiendo una tesis dominante y que encuentra necesaria conexión y atribución al positivismo jurídico aún dominante entre nosotros y obviamente con ello a Kelsen, digamos que las normas jurídicas, sean materiales o procesales,⁴⁹ requieren de la eficacia para poder ser consideradas válidas.⁵⁰ Si no se

⁴⁶ MASSINI (2006), p. 97.

⁴⁷ MASSINI (2006), p. 99.

⁴⁸ GARCÍA (2020), pp. 2-18.

⁴⁹ MONROY (1996), pp. 145-172.

⁵⁰ KELSEN (1982), pp. 24 y 219.

materializa este calificativo de eficacia las normas materiales carecen de validez. En este sentido, una norma inválida es una norma jurídica inexistente.⁵¹

El jurista austríaco propuso una relación entre eficacia y validez, que se complementa y fluye de la idea de que los sujetos a quienes se destinan acaten sus mandatos o imperativos en un grado de generalidad al menos. “*El mínimo de eficacia*” lo llamó. El principio de legitimidad del ordenamiento se compromete a ello también.

Si bien para Kelsen existe una relación en el sentido enunciado entre validez y eficacia, su postura se encuentra en un medio entre aquéllos que confundían eficacia con validez y aquéllos que niegan toda relación entre ambos conceptos.⁵² Para el purismo positivista la eficacia supone en definitiva un hecho de la realidad, al igual que el acto de su instauración. Supongamos nosotros para conectar con el ejercicio jurisdiccional la instauración de una norma jurídica individual (en clave purista) como lo es la sentencia judicial.

Esta idea también fue reconocida H. L. Hart, quien en su *Concept of Law* enunciaba la idea de que la norma válida es aquella que es generalmente eficaz. La eficacia de una regla es un enunciado externo,⁵³ una conclusión del observador de un sistema jurídico. La cuestión es pasar entonces al punto de vista de quien participa del ordenamiento jurídico, no sólo de quien observa. En términos funcionales el observador debe considerar el punto de vista del participante para conceptualizar las implicancias sociales de la norma. Esto último es parte del enfoque funcionalista.

En este orden de ideas que vincula a la realidad, a lo real o las verificaciones en la realidad, Alf Ross formuló sus ideas sobre la vigencia del derecho.⁵⁴ Es del todo pertinente hacer referencia al autor danés, quien se encuentra según Kelsen en una confusión entre validez y eficacia a través de su explicación de encontrarse la eficacia (Ross le llama efectividad) en la adhesión social a las reglas, configurándose ésta como uno de los factores de la vigencia del derecho. Esta fórmula, como vemos, difiere en su terminología de lo anteriormente expuesto. Se utiliza sin embargo para explicar el mismo fenómeno: la vigencia de un determinado sistema u ordenamiento está en la idea de efectividad (eficacia kelseniana). Siempre desde la realidad, mirado por un observador externo, pero también desde lo interno, en tanto la regla es vivida como socialmente obligatoria y se actúa en consecuencia a ella.

Dice el autor de la escuela de Copenhague: “*El derecho presupone la regularidad en el comportamiento del Juez al hablar de fuerza y validez del derecho. La vigencia de éste involucra dos cuestiones: el acatamiento regular y externamente observable de una pauta de acción y la experiencia de esa pauta como norma obligatoria. El derecho vigente debe ser vivido como socialmente obligatorio. La vigencia del*

⁵¹ KELSEN (1982), pp. 23-28.

⁵² KELSEN (1982), p. 218.

⁵³ HART (1963), p. 129.

⁵⁴ ROSS (1977), p. 17.

derecho no puede apoyarse en una visión puramente conductista”.⁵⁵ Así, el derecho es un conjunto de reglas concernientes al ejercicio de la fuerza física ejercida institucionalmente por orden, a su vez, de normas jurídicas creadas por los órganos jurisdiccionales.⁵⁶

Decimos todo esto, porque en el fondo la importancia del problema de la validez de las normas ha ocupado a iusfilósofos de todos los sectores, naturalistas, positivistas, los respectivos neos y sus versiones renovadas, así como las tendencias contemporáneas. Si es un problema de tal entidad, merece la pena entonces entender y adoptar una postura respecto de lo que realmente implica la eficacia. Está inescindiblemente vinculada a los fines queridos por la norma, sean éstos verificados con la exactitud propuesta por la fuente política creadora, o sean los que finalmente termina determinando la realidad judicial y forense.

C. Sobre la efectividad y su conexión funcional a la eficacia

Teniendo enunciado que a través de la eficacia y a través de la efectividad se comprometen sin duda la vigencia o validez de las normas jurídicas, repensemos estas categorías en miras de la tutela jurisdiccional, separando aguas. Para ello, la explicación de Capella sobre el punto es clarificadora, además de coherente con la separación de funciones estatales. Capella advierte que “*la eficacia de una norma respecto de un fenómeno jurídico empírico determinado se entiende como la capacidad de la norma para funcionar como determinante de causa de tal fenómeno*”.⁵⁷ Es eficaz x norma porque es lo que determina que ocurra y.

Se refiere entonces a una relación material que mira el impacto de las normas jurídicas en cuanto al “*universo social*” o realidad.⁵⁸

Trayendo esto al lenguaje procesal, podríamos afirmar por ejemplo que x norma procesal logró tutelar un derecho z porque la ley creó un diseño procesal funcional a esa finalidad.⁵⁹ Esto es lo que queremos proponer.

El profesor español agrega que las normas pueden tener un fondo ideológico que no se percibe y que puede llegar a ser observable la norma en términos de eficacia en tal sentido, pese a que no se trate de la eficacia declarada por el legislador o la realmente querida (voluntad) por el mismo legislador.

Por su parte, efectividad sería “*una especie de eficacia particular, exclusivamente institucional*”.⁶⁰ Es decir, la norma es efectiva a su vez cuando es obedecida y aplicada por los órganos del poder público.

⁵⁵ ROSS (1977), p. 51.

⁵⁶ VIGO (2019), pp. 20-24.

⁵⁷ CAPELLA (2008), pp. 84-90.

⁵⁸ CAPELLA (2008), p. 85.

⁵⁹ Es necesario precisar que nos referimos al fenómeno de la tutela material de un derecho a través de la jurisdicción, ya que las normas procesales no sólo protegen derechos materiales, sino que también, satisfacen o efectivizan actuaciones necesarias procesales para que a su vez el procedimiento tramitado sirva a los fines de tutela material.

⁶⁰ CAPELLA (2008), p. 87.

Eficacia y efectividad sugieren entonces, ser conceptos empíricos, es decir debe tratarse de fenómenos perceptibles, correspondientes en la realidad.⁶¹ No obstante, siguiendo a Capella está referido en el primer caso a la ordenación de conductas por los coasociados y en el segundo a la aplicación y respeto de esas normas por la institucionalidad.⁶²

Desde una concepción economicista, se ha dicho 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”*.⁶³

La efectividad que puede verse confundida con eficacia, o utilizada comúnmente de manera indistinta a propósito de explicaciones sobre tutela jurisdiccional, creemos y queremos que tengan una significación diferente, en el sentido que sea funcional al concepto de eficacia referido por Capella y clásicamente atribuido a Kelsen.

Ahora, ¿por qué hablar de funcionalidad? Porque el pragmatismo u operatividad que pretende esta concepción del derecho puede adecuar y generar un nexo coherente entre ambos calificativos proclamando la necesidad de que salgan de ese estatus de meros slogans.

Cohen nos ofrece una alternativa, un puente a través del *“enfoque funcional”*⁶⁴ cuando nos dice *“en todos los campos del derecho encontraríamos la misma costumbre de ignorar las cuestiones prácticas valorativas o de hecho y buscar refugio en problemas jurídicos, que siempre pueden ser resueltos mediante el manipuleo de conceptos técnicos según formas aprobadas”*.⁶⁵

Esta idea de los *“sinsentidos jurídicos”* se aplica plenamente a las voces en comentario (eficacia y efectividad) cuando se adjuntan permanentemente a la tutela jurisdiccional sin una finalidad.

Refuerza esta idea la explicación de Cohen en torno a que las categorías jurídicas se transforman en dogmas sino pueden ser traducidos en experiencia verificable.⁶⁶ Se reducen así los problemas del derecho básicamente a la idea de ¿cómo deberían o como están efectivamente resolviendo los tribunales de justicia? Esto es plenamente aplicable a la idea de efectividad institucional propuesta por Capella y analizada previamente.

⁶¹ CAPELLA (2008), p. 88.

⁶² CAPELLA (2008), p. 88.

⁶³ CARRASCO (2019), pp. 67-100.

⁶⁴ COHEN (1935), p. 51.

⁶⁵ COHEN (1935), p. 45.

⁶⁶ COHEN (1935), p. 58.

El legislador manda prohíbe o permite⁶⁷ con fines propuestos por la norma en abstracto, y sólo se realiza o verifica en la realidad (en cuanto fines y legitimidad) si es posible constatar que dichos mandatos o imperativos se recojan en la realidad judicial. Luego, sin el aparato jurisdiccional y la segunda tutela, no es posible realizar las normas jurídicas abstractas⁶⁸ cuestión ya enunciada también en nuestra disciplina por Calamandrei en sus “*Instituciones*”. De ahí que queramos proponer que la tutela jurisdiccional es funcional a la eficacia de las normas jurídicas y cuando esto ocurre la primera puede ser recién valorada o calificada entonces como efectiva.

Finalmente, una vuelta más sobre la efectividad en la función propuesta. Capella nos propone que la eficacia se materializa jurisdiccionalmente por el reconocimiento de los órganos institucionalizados (los tribunales) de esas normas jurídicas formuladas. Agrego en lo pertinente: de manera abstracta a través de la tutela primaria. De ahí la necesidad de proponer al menos una diferenciación en el ámbito procesal de estas dos categorías. Sin efectividad de la tutela judicial el ordenamiento o sistema de normas jurídicas es ineficaz y eso compromete en definitiva su validez y/o existencia, en la medida en que se trate de una ineficacia generalizada y constante, no aislada.⁶⁹

La norma material encuentra una vía de realización o concreción por medio de la tutela jurisdiccional, precisamente para la ordenación de la conducta humana, del necesario paso del enunciado ontológico al deóntico.

III. ¿QUÉ ROL JUEGA ENTONCES LA EFICIENCIA EN TODO ESTO?

Digámoslo desde ya, la eficiencia se conecta de manera funcional a la efectividad de la tutela jurisdiccional. El desenvolvimiento de esta a efectos de poder prestarse en términos de derecho fundamental de contenido concreto supone necesariamente que se inmiscuya este concepto en la técnica procesal⁷⁰ utilizada tanto por el legislador en cumplimiento de este mandato constitucional, como por el juez al momento de la substanciación procesal de un caso concreto y materialización de esta.

De esta proposición hay que develar entonces dos cuestiones antes de desarrollar cualquier explicación: ¿de qué hablamos en el Derecho Procesal cuando hablamos de eficiencia? y la importancia de su conversión contemporánea: la técnica procesal adecuada o idónea.

En cuanto a la eficiencia, no cabe duda alguna que no es un concepto jurídico. Proviene de la teoría elemental económica. Esto no es menor porque todos queremos calificar a cualquier objeto de estudio con el calificativo de eficiente, pero a menudo no lo usamos en el sentido que necesariamente ocupa a los teóricos del derecho.

⁶⁷ El Art. 1º de Código Civil Chileno establece que la ley que es una manifestación de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

⁶⁸ CALAMANDREI (1963), p. 123-125.

⁶⁹ KELSEN (1982), p. 224.

⁷⁰ MARINONI (2019), p. 98 y DE LA OLIVA (1980), pp. 10-19.

Digo lo anterior porque desde la doctrina del “Análisis Económico del Derecho” la eficiencia se erige como uno de sus pilares fundamentales. Posner abre fuegos en su clásica obra señalando que los conceptos a utilizar son los de valor, utilidad y eficiencia.⁷¹ Para esta doctrina la eficiencia supone la asignación de recursos en la que se maximiza el valor, reconociéndose sin embargo las limitaciones de esto a la hora de la toma de decisiones sociales.⁷²

Stordeur señala que se trata de un concepto elemental para este enfoque teórico economicista, que importa en la asignación de recursos (escasos) la maximización de la utilidad o riqueza,⁷³ reconociendo, sin embargo, las limitaciones y la indiferencia de la economía en relación con la justicia y la equidad tanto del servicio judicial como de su respuesta.

Estas nociones, que sin duda son de utilidad porque subyace bajo ellas la noción el máximo aprovechamiento posible los recursos disponibles, no reflejan el completo sentido que le da la realidad al eficientismo procesal. Ello es óbice a que podamos establecer única o puramente criterios económicos para el análisis, la configuración normativa y el desenvolvimiento de la prestación jurisdiccional, y en definitiva del concepto en estudio.

Que todas las personas tomen sus decisiones con la finalidad de maximizar su utilidad o satisfacción, es un estado de cosas supuesto por el Análisis Económico del Derecho, que es epistemológicamente cuestionable y empíricamente inverificable. Está fuera del conocimiento humano el poder comprobar que ese enunciado se dé respecto de los justiciables a todo evento.

Este estado de cosas dadas que se plantea como inherente a la persona humana, casi en clave *iusnaturalista* por las doctrinas economicistas del derecho, es asimismo su pecado original.

Fiel a la propuesta funcional, recordar lo dicho por Cohen: “*en lugar de presuponer causas ocultas o principios trascendentales detrás de todo lo que vemos o hacemos, debemos redefinir los conceptos del pensamiento abstracto como construcciones, o funciones, o complejos o pautas, o arreglos de las cosas que efectivamente vemos o hacemos. Todos los conceptos que no puedan ser definidos en términos de los elementos de la experiencia efectiva carecen de significado*”.⁷⁴

Una idea que aparece sin duda más sencilla y operativa es la de reconocer dentro de esta concepción de la eficiencia las limitaciones de la teoría económica y afirmar a la vez que la eficiencia constituye “*un test de deseabilidad*” propia de la mirada económica de la conducta humana. El equilibrio que satisface las condiciones de eficiencia sea en sentido estricto o potencial es deseable desde el punto de vista del bienestar o utilidad, en tanto éstas están en la mejor situación posible dadas las circunstan-

⁷¹ POSNER (2007), p. 37.

⁷² POSNER (2007), p. 57.

⁷³ STORDEUR (2011), p. 20.

⁷⁴ COHEN (1935), p. 83.

cias del caso.⁷⁵ Este llamado al equilibrio concilia mejor la tradición procesal de los países latinos para con la introducción de la terminología económica como la que comentábamos.

Hablamos hace décadas de un principio orientador que ha estado a la mano todo este tiempo y que refleja una pretensión mucho más sencilla que hay en la disciplina para con esta terminología. Me refiero al viejo principio de “*economía procesal*” que se delimita o conceptualiza clásicamente bajo la idea de que el proceso, instrumental que es, no puede ser más costoso que el valor de los bienes que están en debate.⁷⁶ Ello supone simplificación de formas, limitación sobre pruebas onerosas, reducción de impugnaciones recursivas, reducción de costes para los justiciables para el desahogo de diligencias, etc. Hoy en Chile, de acuerdo con la doctrina más contemporánea se le continúa definiendo en términos bastante pragmáticos, como “*la obtención del máximo resultado posible con el mínimo esfuerzo*”.⁷⁷

De todo, quiero dejar establecido que la eficiencia está de alguna manera asentada en el ideario procesal. Pero eso no significa que lo sea únicamente desde la óptica de la técnica económica o del Análisis Económico del Derecho. La prestación jurisdiccional como derecho fundamental es una actividad humana cuya función es la materialización de los derechos de las personas. Este regreso hacia la humanización, de volver hacia la justicia de carne y hueso⁷⁸ supone utilizar a las ciencias auxiliares para ese fin, pero no transformar al derecho en una más de esas ciencias auxiliares. Ya despojamos al derecho del mínimo componente axiológico que aún le queda, si es que le queda alguno, al que la economía es absolutamente indiferente: la búsqueda de alcanzar fines de realización de la justicia a través de su actuación, particularmente del Derecho Procesal.⁷⁹

La cuestión que se coloca en semejante contexto es si realmente se muestra deseable ese tipo de efectividad, indiferente a los valores, que conduce a una negativa contraposición entre utilitarismo y justicia en la medida en que la relativiza en función de la *performance*, al transformar al juez en burócrata, asimilando las funciones ejecutiva y judicial.

De Oliveira, utilizando como ya hemos detectado y referido precedentemente esta triada de términos de manera indistinta, refiere esta conexión necesaria hacia los valores del ordenamiento jurídico. De hecho, hacia el punto central en estudio que es la tutela jurisdiccional efectiva y que sincera como el resultado de una conjugación virtuosa de estos conceptos: “*A nuestro entender, la efectividad solo se revela virtuosa si no coloca en el limbo otros valores importantes del proceso, comenzando por el de la justicia, pero no sólo por éste. Justicia en el proceso significa ejercicio de la función jurisdiccional de conformidad con los valores y principios normativos conformadores del proceso justo en determinada sociedad (imparcialidad e independencia del órgano judicial, contradictorio, amplia defensa, igualdad*

⁷⁵ STORDEUR (2011), p. 37.

⁷⁶ COUTURE (2013), p. 155.

⁷⁷ CORTEZ Y PALOMO (2018), p. 54.

⁷⁸ MARINONI (2019).

⁷⁹ FULLER (1967), p. 202.

formal y material de las partes, juez natural, motivación, publicidad de las audiencias, término del proceso en plazo razonable, derecho a la prueba).

*Por eso, la racionalidad del derecho procesal no ha de ser la racionalidad tecnológico-estratégica, sino la orientada por una validez normativa que la fundamente y al mismo tiempo esté fundamentada por el discurso racional del juicio, de modo que la sociedad pueda controlar tanto la corrección material como la concordancia dogmática de la decisión. No desconozco, es claro, que el propio valor justicia, reflejando la finalidad jurídica del proceso, se encuentra íntimamente relacionado con la actuación concreta y eficiente del derecho material, entendido en sentido amplio como todas las situaciones subjetivas de ventaja conferidas por el orden jurídico a los sujetos de derecho”.*⁸⁰

Prefiero entonces, en este orden de cosas y de manera no antojadiza, pues ya se han dado razones para ello, valernos de la propuesta entregada por el profesor chileno Ramón García quien en su obra sobre el *Case Management*, sin necesidad de recurrir al Análisis Económico del Derecho en *latu sensu* propone una categorización inicial de la eficiencia, a la vez que una propuesta de contenido de esta.⁸¹

Lo primero que se advierte en esta concepción es la de plantearlo como un principio que informa o debe informar y promover todo sistema de justicia. Esto no es menor, porque en la distinción entre principios y reglas de Alexy⁸² los primeros suponen mandatos de optimización (para el legislador y para el juez al adjudicar) que pueden alcanzar verificación en un grado o medida de posibilidades conforme otras reglas y principios opuestos. Esta idea es importante porque siendo la eficiencia un mandato de optimización en tanto norma jurídica, irradia hacia el resto del ordenamiento procesal en concreto. En Chile la expresión “*racionalidad*” utilizada por la Constitución actual invita a incorporar este principio como un mandato de optimización para el legislador y veremos que también podemos postular lo mismo para el juez dependiendo de la técnica procesal adecuada o idónea que quiera consagrarse.

El principio de eficiencia que propone García debe ser: “*instrumental en la consecución de los fines del proceso (...) y debe estar al servicio del sistema de justicia, de sus valores y objetivos, esto supone un consenso sobre cuales son ellos y explicitarlos tanto como sea posible. Mientras más claros sean ellos, se orienta mejor la gestión necesaria para alcanzar la eficiencia*”.⁸³

En cuanto al porqué de la eficiencia, destaca este autor que se compone de una doble finalidad axiológica o ética (lo que corrobora la necesidad de este componente que ya hemos venido anunciando) en cuanto a la “*correcta utilización de los recursos públicos y asegurar una medida de justicia a todos los justiciables*”.⁸⁴

⁸⁰ DE OLIVEIRA (2009), pp. 277-288.

⁸¹ GARCÍA (2020), p. 244.

⁸² ALEXY (2002), p. 81.

⁸³ GARCÍA (2020), p. 244.

⁸⁴ GARCÍA (2020), p. 249.

Taruffo y Ortells coinciden, en que la eficiencia debe apuntar a los fines del proceso civil, vinculando este concepto a duración razonable del proceso, costes y calidad de la decisión.⁸⁵ Es decir, en general los autores que han escrito sobre el tema han puesto de relieve, ideas similares sobre la identidad del porqué, del *theos* que debe perseguir la eficiencia como principio.

Un sistema procesal moderno dice Zuckerman debe ser efectivo, eficiente y justo. “Es efectivo cuando hay adecuada fijación de hechos y aplicación de derecho (sentencias bien fundadas) dentro de un tiempo razonable y proporcional con la inversión de los recursos públicos y de los litigantes. Es eficiente, lo que implica que los recursos disponibles para los tribunales sean utilizados para maximizar beneficios y no para desperdiciarlos. Y justo, que los recursos se distribuyan con justicia entre los distintos litigantes, y entre los litigantes presentes y futuros”.⁸⁶

Sin perjuicio de que estas ideas se proponen para analizar el conjunto de casos y no sólo un caso individual, sin duda que tienen sentido en relación con el concepto de eficiencia en análisis. Esto lo dejo planteado porque luego esto se ve reflejado en la idea de Taruffo sobre los denominados planos de la eficiencia procesal.

El profesor italiano distinguió dos niveles,⁸⁷ el institucional y el concreto. Digamos desde ya, que en este trabajo estamos particularmente interesados por el concreto. Respecto del institucional, Berizonce a su vez nombra subniveles como la orgánica de la administración de justicia, los modelos procesales, el auxilio a las partes en términos de defensa, disposición de peritos, colaboradores, infraestructura, entre otros.⁸⁸

Respecto de la eficiencia en concreto, es relevante considerar que en un modelo de normas jurídicas abstractas será difícil poder anticiparse al caso concreto y sus dificultades. Por eso García propone que exista un adecuado equilibrio entre potestades judiciales y norma procesal abstracta y restar injerencia a la excesiva teorización para priorizar lo empírico; como se dan estos conceptos en la práctica.⁸⁹ Me permito agregar: la excesiva teorización es la idea de Cohen y Massini que veníamos trabajando en tanto el “*paraíso de los conceptos jurídicos*” termina por vaciarlos de contenido.

Este equilibrio que propone García no puede considerarse solamente en sistemas anglosajones, puede y debe ser traído a nuestra realidad con los matices necesarios, y haciendo los ajustes de adecuación. En este sentido, de momento, una idea integral de eficiencia estilo *Case Management* pensada en el sistema judicial todo es ideal, pero aún más lejana, para procesos no penales en Chile y en Latinoamérica en general.

⁸⁵ GARCÍA (2020), p. 73.

⁸⁶ ZUCKERMAN (2009), pp. 49-71.

⁸⁷ TARUFFO (2009), pp. 68-69.

⁸⁸ BERIZONCE (2012), pp. 257-289.

⁸⁹ GARCÍA (2020), pp. 187-208.

Esta propuesta de reflexión es más concreta. Desde la perspectiva de la técnica procesal contribuir a concretar tempestividad y costes como dos de los ejes de la nueva tridimensionalidad de los fines del proceso,⁹⁰ pero sobre todo a verificar la protección de los derechos. Luego, es dar esta vuelta funcional (en tanto verificación realista) a las regulaciones rituales y potestades judiciales para efectos de instar por una mayor eficiencia, entregando un marco teórico más definido a estas especiales técnicas que se diferencian del rito común ordinario, cuyo anacronismo sin duda es el que motiva todo este tipo de investigaciones. Usaremos en este sentido, una expresión que creemos se aviene mejor al objeto pretendido: la idoneidad o adecuación de la técnica o diseño procesal.⁹¹ Es incluso una propuesta para erradicar el dejo economicista del eficientismo y revalorar la diferencia entre los justiciables, a efectos de lograr la conexión o puente entre el derecho material y el Derecho Procesal, funcionalmente dispuesto a la verificación del primero en la realidad.⁹²

En esta cuestión hay un importante cambio de paradigma en torno a los objetivos del proceso civil (o procesos no penales para darle una visión un poco más amplia). Pasamos de una visión única, de resolución del conflicto de intereses⁹³ a cualquier costo, para alcanzar una decisión correcta o justa, a un enfoque en la justicia sustantiva, en la justicia procesal y en la consistencia de las decisiones judiciales.⁹⁴ En este sentido se habla de tridimensionalidad de objetivos o fines del proceso: una justicia de costo asequible, de una decisión correcta y efectiva en su ejecución (oportuna y completa) y de tiempos razonables o proporcionados.⁹⁵

Por eso, preferimos la idoneidad o adecuación de la técnica procesal al derecho material protegido, más que hablar de técnica eficiente, para despojarlo del contenido economicista y su indiferencia axiológica. No obstante, si se quiere permanecer en el plano economicista y utilizar la expresión eficiencia, creo que puede postularse perfectamente que ésta comprende a la idoneidad o adecuación de la técnica procesal como una de sus condiciones necesarias.⁹⁶

En definitiva, categorialmente puede entregársele desde lo analítico la ubicación que se quiera, pero como sea, la idoneidad del diseño procesal es condición para la efectividad de la tutela jurisdiccional. La afirmación encuentra sentido máxime cuando sabemos que este ajado binomio tiene y seguirá teniendo reconocimiento de categoría iusfundamental.

⁹⁰ GARCÍA (2020), pp. 187-208.

⁹¹ MARINONI (2019), p. 133.

⁹² PÉREZ (2017), pp. 57-80.

⁹³ CARNELUTTI (1944), p. 4.

⁹⁴ GARCÍA (2020), p. 180.

⁹⁵ GARCÍA (2020), p. 180.

⁹⁶ MARTÍNEZ (2021), pp. 293-331.

VI. CONCLUSIONES

Existe evidencia de que, en nuestro ordenamiento, la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos se ubica hoy como el eje sobre el cual gira la disciplina del Derecho Procesal.⁹⁷ La voz es extraña, novedosa e incluso confusa en el sistema jurídico chileno.

En este sentido, se observa una transición, aunque a paso muy lento, entre la concepción del Estado Juez decimonónico, hacia la prestación jurisdiccional propia del Estado de Derecho Constitucional. Influyen en esto, la arraigada conciencia jurídica colonial instalada aún en la administración de justicia chilena y la incongruencia de reformas procesales combinadas con la vigencia de un Código de Procedimiento Civil de aplicación general, de inminente corte liberal y legalista.

La voz tutela jurisdiccional efectiva se erige como el calificativo axiológico propio de esta nueva concepción sobre la potestad jurisdiccional. Se utilizan, sin embargo, de manera indistinta la eficacia, la efectividad y la eficiencia procesal para medir o prometer el cumplimiento de los fines del proceso civil.

Se ha propuesto en este ensayo reflexionar en torno a evitar que estos adjetivos se transformen en “*sinsentidos jurídicos*”, redefinirlos, aplicando la aproximación funcionalista, que implica revisar los conceptos en tanto sus posibilidades y consecuencias de verificación con la realidad.

La *eficiencia procesal* se conecta, como hemos dicho, de manera funcional a la promesa de efectividad de la tutela jurisdiccional. El desenvolvimiento de esta última supone necesariamente la primera. Se vislumbran concepciones económicas, valóricas, y dogmáticas sobre el concepto de eficiencia. Sin embargo, se propone, de cara al objeto de la prestación jurisdiccional una óptica que revalorice las particularidades de cada caso y persona y no tanto en atención a los criterios de maximización de beneficios y utilidades.

La vuelta de tuerca o giro de esta triada hacia lo funcional tiene la pretensión de que los adjetivos descritos salgan de su inactividad en tanto categorías jurídicas y se manifiesten en orden a tributar los dos primeros hacia la eficacia normativa. Dicho de otro modo, para que sea *eficaz* el derecho material, para que pueda ser obedecido de manera lo más general posible y por ende legitimarse el ordenamiento jurídico todo, la tutela jurisdiccional debe que ser *efectiva*, materializadora de esos derechos sustantivos, tanto constitucionales como infra constitucionales. A su vez, para que podamos constatar esa efectividad en la realidad, es necesario que el instrumento procesal sea *eficiente* en términos funcionales a las dos categorías anteriores.

⁹⁷ Sin perjuicio de que, como se ha referido previamente, en nuestros sistemas de referencia comparada se incorpore a los “MASC” dentro de este eje. Por ejemplo, para efectos del Derecho Español, véase ARMENTA (2021).

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ALEXY, Robert (2002): *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducc. de Ernesto Garzón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ARENHART, Sergio; MARINONI, Luiz y MITIDEIRO, Daniel (2021): *Curso de Processo Civil*, 6ª edición (Sao Paulo, Revista Dos Tribunais).
- ARMENTA DEU, Teresa (2021): *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tipos de cambios* (Madrid, Marcial Pons).
- BARONA, Silvia (2019): “A la búsqueda de la eficiencia y celeridad, claves de la justicia civil del siglo XXI”, en: Instituto Colombo-Panameño de Derecho Procesal (coordinador), *Libro homenaje al profesor Fábrega* (Panamá, Sigma editores).
- BERIZONCE, Omar (2012): “Nuevos principios procesales y su recepción en ordenamientos jurídico-nacionales (influencia del derecho internacional y los derechos humanos)”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*. (vol. 9 núm. 42).
- BORDALÍ, Andrés (2016): *Derecho Jurisdiccional* (Valdivia, Ediciones Universidad Austral).
- CALAMANDREI, Piero (1963): *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Traducc. de Santiago Sentis, Buenos Aires, Europa América).
- CAPELLA, Juan (2008): *Elementos de Análisis Jurídico*, 5ª edición (Madrid, Trotta), t I.
- CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil* (Traducc. de Niceto Alcalá, Buenos Aires, Uteha).
- CARRASCO, Nicolás (2019): “Efectividad de las normas procesales civiles”, en: *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 52).
- COHEN, Félix (1935): *El método funcional en el derecho* (Traducc. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- COLOMBO, Juan (1999): *La jurisdicción en el Derecho Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica).
- CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (2018): *Proceso Civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes* (Santiago, Thomson Reuters).
- COUTURE, Eduardo (2013): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 4ª edición (Santiago, Editorial Metropolitana).
- DE LA OLIVA, Andrés (1980): *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia, derechos básicos* (Barcelona, Bosch).
- DE OLIVEIRA, Carlos (2009) “Efectividad y proceso de conocimiento”, en: *Revista Jurídica del Perú* (núm. 105).
- FUENTES, Claudio y VARGAS, Macarena (2020): *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones* (Santiago, Der Ediciones).
- FULLER, Lon (1967): *La moral del derecho* (Traducc. de Francisco Navarro, Ciudad de México, Trillas).
- GARCÍA, Héctor (2005): “Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. apuntes críticos”, en: Seminario internacional Eficacia, efectividad y eficiencia del Derecho del Trabajo en los regímenes legales de condiciones de trabajo, conflicto laboral e inspección del trabajo, charla efectuada el 13 y 15 de septiembre 2005 (Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA).

- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2013): *Activismo judicial: ¿Hacia un gobierno de los jueces?* (Santiago, Ediciones LyD).
- GARCÍA, Ramón (2020): *El Case Management en perspectiva comparada* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- GOLDING, Martin (1961): “Realism and Functionalism in the Legal Thought of Felix S. Cohen”, en: *Cornell Law Review* (vol. 66).
- GONZÁLEZ, Roberto (2012): “Eficientismo y Garantismo Procesales en Serio: Pasando la Página del Debate entre Publicismo y Dispositivismo Procesales”, en: *Derecho & Sociedad* (núm. 38).
- HART, Herbert (1963): *El concepto de derecho* (Traducc. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- KELSEN, Hans (1982): *Teoría Pura del Derecho*, 2ª edición (Traducc. de Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- LARROUCAU, Jorge (2020): *Judicatura* (Santiago, Der Ediciones).
- MARINONI, Luiz Guilherme (2019): *Técnica processual e tutela dos direitos*, 6ª edición, (Brasil, Thomson Reuters).
- MARTÍNEZ, Pablo (2021): “La idoneidad de la técnica procesal: una relectura de la tutela jurisdiccional efectiva”, en: *Revista de derecho (Concepción)* (vol. 89 núm. 250).
- MASSINI, Carlos (2006): *La prudencia jurídica. Introducción a la Gnoseología del Derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- MATURANA, Cristián (2018): “Los Doctores que imparten cátedras de Derecho Procesal en Chile”, en: *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (núm. 9).
- MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil* (Bogotá, Temis), t. I.
- MONTERO, Juan (2019): *Derecho Jurisdiccional I: Parte general*, 27ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MONTESQUIEU, Charles de (1995): *Del Espíritu de las Leyes* (Madrid, Tecnos).
- ORELLANA, Fernando (2018): *Manual de Derecho Procesal*, 6ª edición (Santiago, Librotecnia), t. I.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2007): “Diálogo entre los derechos sustantivo y procesal: el puente de la justicia procedimental”, en: Priori Giovanni (coordinador), *Derecho Material y proceso* (Lima, Palestra).
- POSNER, Richard (2007): *El análisis económico del derecho* (Traducc. Eduardo Suárez, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).
- RODRÍGUEZ, Sergio (2007): *Fundamentos de Derecho Procesal Moderno: Jurisdicción Judicial* (Santiago, Ed. Vitacura).
- ROMERO, Alejandro (2017): *Curso de Derecho Procesal Civil*, 3ª edición (Santiago, Thomson Reuters), t. I.
- ROMERO, Sophía (2021): *Los hechos del proceso civil: alegación y utilización de los enunciados fácticos jurídicamente relevantes para la dictación de la decisión de fondo* (Santiago, Thomson Reuters).
- ROSS, Alf (1977): *Sobre el derecho y la justicia*, 4ª edición (Traducc. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires).
- STORDEUR, Eduardo (2011): *Análisis económico del derecho. Una introducción* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- TARUFFO, Michelle. “Derecho sustancial y procesal”, en: Priori, Giovanni (coordinador), *Derecho Material y proceso* (Lima, Palestra).
- TARUFFO, Michelle (2009): *Páginas sobre justicia civil* (Traducc. Maximiliano Aramburo, Madrid, Marcial Pons).

- VARGAS, Macarena (2019): *El derecho a la ejecución forzada: noción e implicancias a partir de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- VÁSQUEZ, Mónica (2015): *La ciencia útil* (Bogotá, Uniandes).
- VIGO, Rodolfo (2017): *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch).
- VIGO, Rodolfo (2019): *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*, 3ª edición (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- ZUCKERMAN, Adrian (2009): "The Challenge of civil justice reform: effective court management of litigation", en: *City University of Hong Kong Law Review* (núm. 1).

Documentos citados

Boletín 8197-07 del Senado, 2012. Proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil.

Normas citadas

Constitución Política de la República de Chile, 1980.
Código de Procedimiento Civil de Chile, 1902.
Código Civil de Italia, 1942.
Código del Trabajo de Chile, 2003.