

La flexibilidad del procedimiento civil

Una reconstrucción teórica

Andrés Peña Adasme

TESI DOCTORAL UPF / 2018

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. Francisco Ramos Romeu

Dr. Jaume Solé Riera

DEPARTAMENT DRET



A la memoria de Claudia Domke Ríos

AGRADECIMIENTOS

Una tesis doctoral es un trabajo de largo aliento y normalmente muy solitario. Sin embargo, casi nunca es fruto de un esfuerzo exclusivamente individual. La mayoría de las veces, son muchas las personas que, de una u otra manera y de forma anónima, contribuyen a su conclusión. A todas aquellas personas que de distintas formas contribuyeron a esta tesis doctoral van dirigidas estas palabras de agradecimiento. Corriendo el riesgo de omitir a alguien quisiera agradecer especialmente:

A Daniela Mestre Domke, mi compañera en esta aventura, quien cruzó la mitad del mundo para acompañarme y llenó de alegría, amor y locura mis días en Barcelona.

A mí querida familia y, en especial a mis queridos padres: Mercedes Adasme, por su amor incondicional de madre y a Juan Peña por su alegría infinita de vivir.

A mis queridos sobrinos Benjamín, Simón, Emilio, Julieta, Mariana y Martín, porque los años invertidos en esta tesis me dificultaron poder compartir con ellos.

A Esteban T., Gigliola M., Paola T., Pablo N., Martín M., Danilo N., Adolfo B., Karin R., Ramiro T., Rut T., Eduardo G., Nadeska M., Pablo V., Esteban M., Karina M., Francisca B., Paz S., y a todos quienes me visitaron en Barcelona porque me hicieron sentir un poco menos lejos de mi tierra.

A Paula G., Elizabeth S., Diego G., Christopher D., Carolina O., Magdalena B., con quienes compartí lindos momentos en nuestra madriguera del Clot.

A Silvio Cuneo, por sus muchas historias y porque juntos compartimos importantes momentos en Barcelona.

Al profesor Jaume Solé Riera, quien aceptó amablemente codirigir esta tesis por la UPF, por siempre buena disposición y su importante colaboración.

A los profesores Pablo Parejas, Manuel Jesús Cachón, Jordi Nieva Fenoll, Francisco Ramos Méndez y Michele Taruffo, por tener la gentileza de recibirme y discutir conmigo algunos aspectos de esta investigación.

A Diego González, Pablo Vargas, Nadeska Mestre, Katherine Moraga, Mariluz Valdés, Andrés Mestre, Gonzalo Olmedo, Pilar Navarro, Franco

Anabalón, Enrique Letelier, Ramón García y Álvaro Pérez, por ayudarme a conseguir libros y textos necesarios para esta tesis doctoral.

A los profesores del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Valparaíso, porque siendo tan solo un estudiante me consideraron, me dieron una oportunidad para contribuir y para comenzar mi carrera académica.

A Patricia Gallegos por ayudarme con las correcciones formales al texto. Y a Evi Ulbrich y Danilo Navarro por su corrección del resumen.

Al Estado de Chile y su Programa Becas-Chile CONICYT, por haberme beneficiado con una beca de doctorado en el extranjero sin la cual esta tesis hubiese sido muy difícil de realizar.

A la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, por haberme otorgado una ayuda económica para realizar una estancia de investigación en Luxemburgo.

Al Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, por haberme recibido como huésped para realizar una estancia de investigación.

Al Institute of Advanced Legal Studies de Londres por haberme recibido y permitido acceder a su biblioteca para obtener material necesario para los aspectos relativos al nuevo proceso civil inglés.

Y para finalizar unos agradecimientos especiales. Porque a nuestros maestros nos debemos... Y porque la vida me ha permitido dedicarme a una actividad en la que he podido conocer personas dignas de esa calificación:

A Francisco Ramos Romeu, el director de esta tesis doctoral, porque me aceptó como discípulo apenas conocerme, por guiarme con libertad para seguir mis propias ideas, a quien admiré tan pronto lo leí por primera vez, y porque logra armonizar como pocos brillantez y sencillez.

A Claudio Meneses, quien fuera mi primer tutor, a quien admiro en lo profesional y personal. Cuyos primeros consejos fueron clave en mi formación. Con la esperanza que esta tesis doctoral sea la merecida recompensa a la apuesta que hiciera por mí hace algunos años atrás.

A Felipe Gorigoitia, por ofrecerme su amistad, por sus palabras francas y directas, por estar siempre dispuesto a discutir y conversar sobre cualquier idea que se me ocurriera, y porque con el tiempo se ha convertido en un consejero invaluable para la confección de esta tesis doctoral.

RESUMEN

Esta tesis doctoral versa sobre la flexibilidad del procedimiento civil. El objetivo general es realizar una reconstrucción teórica de esta noción en materia procesal civil. Nuestra pretensión es identificar los diferentes aspectos de la flexibilidad procedimental, reunirlos y elaborar con ellos una explicación teórica coherente y con suficiente potencia explicativa.

Con este objetivo, elaboramos un concepto funcional de flexibilidad según el cual esta puede ser entendida como adaptabilidad. En segundo lugar, desarrollamos los fundamentos de la flexibilidad: la instrumentalidad del Derecho procesal y la eficiencia de la justicia. A propósito de estos fundamentos, nos referimos a los fines u objetivos de la justicia civil. A continuación, elaboramos un concepto estructural de flexibilidad para luego analizar en detalle los diversos mecanismos e instituciones que confieren flexibilidad al procedimiento. Por último, analizamos y comparamos, a través del prisma de la flexibilidad, los criterios que determinan el procedimiento aplicable en España, Chile e Inglaterra.

ABSTRACT

This PhD thesis deals with the flexibility of civil procedure. The general objective is to carry out a theoretical reconstruction of this notion in the context of civil procedure. Our aim is to identify the different aspects of procedural flexibility, bring them together and elaborate a coherent theoretical explanation with sufficient explanatory power.

With this objective, we elaborate a functional concept of flexibility according to which it can be understood as adaptability. We then develop the fundamentals of flexibility: the instrumentality of procedural law and the efficiency of justice. With regard to these foundations, we refer to the aims or goals of civil justice. Next, we elaborate a structural concept of flexibility to then analyze in details the various mechanisms and institutions that provide flexibility to the procedure. Finally, we analyze and compare, through the prism of flexibility, the criteria that determine the applicable procedure in Spain, Chile and England.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTO DE FLEXIBILIDAD PROCEDIMENTAL	9
I. Flexibilidad: etimología y lenguaje natural	11
II. Flexibilidad en materia procesal	12
1. <i>Flexibilidad en materia arbitral</i>	13
2. <i>Flexibilidad en algunos antecedentes legislativos en materia de arbitraje y métodos alternativos de solución de conflictos</i>	17
3. <i>La flexibilidad en materia procesal civil</i>	19
4. <i>Flexibilidad en algunos antecedentes legislativos relativos al proceso civil</i>	24
4.1 “Proyecto Storme” de 1994.....	25
4.2 Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1998.....	26
4.3 Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2004	26
4.4 Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía de la Comisión de las Comunidades Europeas de 2002.....	27
4.5 Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice. Recommendation N° R (84)5 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 28 February 1984.....	28
4.6 ALI / UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure	29
4.7 Access to Justice Interim Report de 1995 y Access to Justice Final Report de 1996	31
III. La flexibilidad en otras ramas del Derecho	35
1. <i>La flexibilidad en el Derecho del trabajo</i>	35
2. <i>La flexibilidad en el Derecho constitucional</i>	41
IV. Hacia un concepto funcional y estructural de flexibilidad procedimental	43
1. <i>Precisiones y premisas</i>	43
2. <i>Concepto funcional y estructural de flexibilidad</i>	46

V. Algunos conceptos cercanos a la flexibilidad.....	49
1. <i>Principio de adaptabilidad y flexibilidad</i>	49
2. <i>Formalismo y flexibilidad</i>	51
2.1 <i>Formalismo jurídico</i>	52
2.2 <i>Formalismo procesal</i>	55
3. <i>Proporcionalidad y flexibilidad</i>	62
CAPÍTULO SEGUNDO. FINES U OBJETIVOS DE LA JUSTICIA CIVIL.....	67
I. Dificultades en la investigación de los fines de la justicia civil	68
II. Objetivos de la justicia civil en la historia reciente del Derecho procesal: la consolidación de un cambio de orientación.....	72
1. <i>El Code de Procédure Civile francés de 1806</i>	73
2. <i>El Zivilprozessordnung austríaco de 1895</i>	76
3. <i>Civil Procedure Rules inglesas de 1999</i>	80
III. Concepciones contemporáneas sobre los objetivos de la justicia civil: dos ideas generales para comenzar	84
IV. Objetivos de la justicia civil: enfoques erróneos	88
V. Funciones de la justicia civil en la actualidad. Relaciones recíprocas entre funciones y fines.....	93
VI. Fines u objetivos de la justicia civil en el Derecho comparado	98
1. <i>Alemania</i>	99
2. <i>Austria</i>	100
3. <i>Holanda</i>	100
4. <i>Francia</i>	102
5. <i>Bélgica</i>	102
6. <i>Italia</i>	102
7. <i>Estados Unidos</i>	104
8. <i>Brasil</i>	105
9. <i>Inglaterra</i>	106
10. <i>España</i>	108
11. <i>Chile</i>	109
12. <i>Otros países</i>	111
VII. La verdad como objetivo de la justicia civil	111

VIII. Objetivos de la justicia civil: En busca del equilibrio perdido	116
1. Premisas.....	116
2. Pacificar con justicia.....	118
3. Controlar y limitar el poder	122
4. Aplicar el Derecho.....	124
CAPÍTULO TERCERO. FUNDAMENTOS DE LA FLEXIBILIDAD PROCEDIMENTAL	127
I. Instrumentalidad del Derecho Procesal	129
1. Aspectos generales sobre la instrumentalidad.....	129
2. Diversos planos de la instrumentalidad	132
3. Negación y relativización de la instrumentalidad	133
4. El doble sentido de la instrumentalidad.....	138
4.1 El sentido negativo de la instrumentalidad: no sobrevalorarás	138
4.2 El sentido negativo de la instrumentalidad y flexibilidad.....	143
4.3 El sentido positivo de la instrumentalidad: eficacia o efectividad ...	146
4.4 Eficacia, efectividad y eficiencia en el Derecho procesal civil	146
A. Distinciones necesarias.....	146
B. Eficacia y efectividad.....	155
C. Eficiencia.....	157
D. Eficacia y efectividad en materia procesal	157
E. Diversas formas de determinar o analizar la eficacia y la efectividad	158
F. La “efectividad” de la tutela judicial en España	159
G. La “efectividad” de la tutela jurisdiccional en Brasil	163
4.5 Diversos planos de la eficacia	164
4.6 Eficacia de las normas jurídicas en las ciencias generales del Derecho.....	166
4.7 Justificación de la eficacia	167
4.8 El sentido positivo de la instrumentalidad: la eficacia y sus implicaciones	168
4.9 El aspecto positivo de la instrumentalidad (eficacia) y flexibilidad.....	168
II. Eficiencia de la justicia civil	170
1. Eficiencia como concepto y eficiencia como valor o imperativo	170
2. Justificación de la eficiencia: relación entre eficiencia y justicia	176
3. Eficiencia: ni lo único importante ni lo más importante.....	180
4. Concepto de eficiencia de la justicia civil.....	182

5. Eficiencia de la justicia y las partes litigantes	182
6. La eficiencia en la doctrina procesal.....	183
7. La eficiencia de la justicia civil: una exposición general	192
8. Una justificación adicional de la eficiencia en materia procesal. Los derechos fundamentales de acceso a la justicia y juzgamiento dentro de un plazo razonable	197
9. Eficiencia de la justicia civil y flexibilidad.....	198
CAPÍTULO CUARTO. MECANISMOS E INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE CONFIEREN FLEXIBILIDAD AL PROCEDIMIENTO.....	201
I. Un intento de distinción y sistematización	202
1. Precisiones y premisas.....	202
2. Distinciones o clasificaciones en la doctrina procesal.....	203
II. Flexibilidad de las normas jurídicas y flexibilidad de las normas procesales	205
1. Vaguedad (del lenguaje) del Derecho	206
2. Textura abierta (del lenguaje) del Derecho.....	208
3. Conceptos jurídicos indeterminados de carácter normativo	212
4. Principios jurídicos	214
5. Reglas de fin y directrices.....	226
6. Normas alternativas	232
7. Regulación de la invalidez procesal.....	236
8. Consideraciones conclusivas	241
III. Flexibilidad del procedimiento. Poderes del juez y facultades de las partes para determinar o modificar las normas procesales	241
1. Poderes del juez.....	242
1.1 De los poderes del juez al case management: referencia a la historia reciente del Derecho procesal.....	242
A. Zivilprozessordnung austríaca de 1895.....	242
B. Case management como tendencia generalizada	253
C. Civil procedure rules inglesas de 1999 como consolidación	257
1.2 Distinciones necesarias: poderes de dirección formal, discrecionalidad judicial y case management.....	264
A. Poderes de dirección formal.....	264
B. Discrecionalidad judicial	267
C. Case management.....	269

1.3 Poderes del juez para determinar y/o modificar el procedimiento en el Derecho comparado.....	274
A. Inglaterra.....	275
B. Alemania	276
C. Francia	277
D. España	279
E. Chile	279
1.4 Fundamentos o justificaciones de los poderes del juez para determinar y/o modificar el procedimiento.....	281
1.5 Poderes del juez para determinar o modificar el procedimiento y flexibilidad procesal	283
1.6 Límites a los poderes del juez para determinar y/o modificar el procedimiento	286
2. <i>Acuerdos procesales</i>	296
2.1 Concepto, denominación y distinciones.....	296
2.2 Acuerdos en el desacuerdo	299
2.3 Principio legalidad y acuerdos procesales	300
2.4 Un poco de historia: un desarrollo lleno de dificultades y desafíos.....	302
2.5 Los acuerdos procesales en el Derecho comparado	305
A. Alemania	305
B. Francia.....	306
C. Italia	308
D. Brasil	309
E. Inglaterra.....	311
F. España.....	312
G. Chile	313
H. Otros países.....	315
2.6 Clasificaciones y distinciones.....	316
2.7 Premisas y lineamientos generales	322
A. Fundamento de los acuerdos procesales	322
B. Acuerdos procesales y derechos indisponibles	323
C. Acuerdos procesales y autorización (homologación) judicial.....	325
2.8 Acuerdos procesales y flexibilidad procedimental	327
2.9 Límites a los acuerdos procesales.....	329

CAPÍTULO QUINTO. NORMAS Y CRITERIOS QUE DETERMINAN EL PROCEDIMIENTO APLICABLE	335
I. El mito y la ilegitimidad del procedimiento único	339
II. La utopía de los procedimientos especiales o diferenciados	342
III. Análisis comparado de las normas que determinan el procedimiento aplicable: España, Chile e Inglaterra.....	348
1. <i>España: Nueva distribución procedimental bajo viejos criterios de aplicación</i>	349
1.1 Procedimientos declarativos: procedimiento ordinario, verbal y procedimientos especiales.....	349
1.2 Normas y criterios de aplicación de los procedimientos ordinario, verbal y especiales.....	352
A. Materia como criterio especial	352
B. Cuantía como criterio residual	355
C. Comentarios: criterios de aplicación rígidos e inadecuados.....	359
2. <i>Chile: El anticuado Código de Procedimiento Civil y sus atisbos de flexibilidad</i>	362
2.1 Procedimientos declarativos: procedimientos ordinarios y procedimientos especiales.....	362
2.2 Normas y criterios de aplicación de los procedimientos ordinarios y especiales	365
A. Materia como criterio especial	367
B. Urgencia de la tutela judicial	368
C. Cuantía como criterio residual.....	369
D. Reglas de determinación de la cuantía	369
E. La substitución del procedimiento	373
F. Comentarios: Algunos atisbos de flexibilidad	375
3. <i>Proyecto de Código Procesal Civil Chileno de 2012: Un pequeño paso hacia la flexibilidad procesal.....</i>	380
3.1 Procedimientos declarativos: Procedimientos ordinarios y procedimientos especiales.....	380
3.2 Normas y criterios de aplicación de los procedimientos ordinarios y especiales	383
A. La voluntad de las partes	384
B. Materia como criterio especial	384
C. Urgencia de la tutela judicial.....	385
D. Cuantía como criterio residual	386

E. Comentarios: Un pequeño paso hacia la flexibilidad procesal	386
4. <i>Civil Procedure Rules Inglesas: un ejemplo de flexibilidad procesal</i>	388
4.1 Tres vías procedimentales (procedural tracks): small claim track, fast track y multi-track	388
4.2 Normas y criterios de aplicación de las vías procedimentales (allocation and scope of each track)	392
A. Materia y cuantía como criterios especiales	393
B. Cuantía como criterio residual	394
C. Complejidad del conflicto y del futuro proceso como criterio general	395
D. Comentarios: Un ejemplo de flexibilidad procesal.....	396
5. <i>Síntesis comparativa final</i>	400
IV. Presupuesto procesal del procedimiento adecuado	402
1. <i>Explicación tradicional</i>	402
2. <i>Reconstrucción dogmática del presupuesto procesal del procedimiento adecuado</i>	405
V. De los procedimientos diferenciados y rígidos al procedimiento flexible	406
CONCLUSIONES	409
BIBLIOGRAFÍA.....	421

ABREVIATURAS

AED	Análisis económico del Derecho
ADR	<i>Alternative dispute resolution</i>
ALI	<i>American Law Institute</i>
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CEPEJ	Comisión Europea por la eficiencia de la justicia
Cap.	Capítulo
CNUDMI/UNCITRAL	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Coord.	Coordinador
CPC	Código de Procedimiento civil de Chile
CPR	<i>Civil Procedure Rules</i> inglesas de 1999
COT	Código Orgánico de Tribunales de Chile
CT	Código del trabajo de Chile
dir.	Director
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ed.; eds.	Edición / Editor / Editores
FJ	Fundamento jurídico
LA	Ley de Arbitraje española
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil española
LMU	Ley Modelo de UNCITRAL
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial española
LTF	Ley de Tribunales de Familia de Chile
Nº	Número
p.; pp.	Página; Páginas
PIDCyP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PCPC; Proyecto	Proyecto de Código Procesal Civil chileno de 2012
RAE	Real Academia Española de la Lengua
Secc.	Sección
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
trad.	Traductor
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law</i>
UTM	Unidad Tributaria Mensual
Vol.	Volumen
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

INTRODUCCIÓN

“... el criterio general que reclama ser seguido es aquel por el cual las formas de procedimiento deben configurarse e interpretarse de manera *elástica y flexible*, para poderse adaptar a las exigencias de cada controversia”.

(MICHELE TARRUFO, “Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 121 y 122).

El objeto de estudio de esta tesis doctoral es la flexibilidad del procedimiento civil, más específicamente, la posibilidad de que el procedimiento pueda adaptarse o adecuarse a las complejidades y particularidades de cada conflicto que es objeto del juicio.

La crisis de la justicia civil es un tema recurrente en la literatura procesal. Los problemas relativos al alto costo, las demoras excesivas y la ineffectividad de los sistemas judiciales constituyen lugares comunes. Estos problemas surgen y son consecuencia de diversas circunstancias jurídicas, económicas, sociales y culturales existentes en los distintos países, algunas

comunes y otras particulares. Entre los diversos aspectos involucrados en el desempeño de la justicia civil, un elemento que consideramos clave en el sistema jurisdiccional y que está llamado a jugar un rol fundamental en toda esta problemática, es el procedimiento jurisdiccional.

En relación con este aspecto, la respuesta tradicional para enfrentar estos problemas de la justicia ha sido la creación, en forma paralela al procedimiento común, de una serie de procedimientos especiales. La razón es que en muchos casos el procedimiento común no resulta adecuado o conveniente, por lo que se busca crear procedimientos que sean adecuados a las particularidades propias de cada tipo de controversia.

La permanente crisis de la justicia civil revela que esta no es la mejor respuesta, pues no logra solucionar los problemas. Además, esta estrategia genera otros problemas adicionales, como son el aumento de volumen, dispersión e incoherencia normativa, los que dificultan el estudio, sistematización, interpretación y aplicación de las normas procesales por parte de los operadores jurídicos. ¿Por qué las formas de ofrecer o presentar los medios de prueba deben ser diferentes en el procedimiento civil, laboral o de familia? ¿Por qué los tribunales superiores deben vestirse con una regulación para conocer de un recurso ordinario en materia de familia y luego cambiarse el traje normativo para conocer de un recurso ordinario en materia laboral? Desde luego existen regulaciones especiales que sí son necesarias, pero la mayoría de las diferencias en los procedimientos no se justifican.

Sin embargo, frente a estos problemas de la justicia civil, en la dogmática procesal contemporánea más reciente hemos podido identificar, en forma excepcional, una respuesta diferente: la flexibilidad procedimental. Algunos pocos autores han sugerido como deseable que el procedimiento civil pueda adaptarse o adecuarse a las características y particularidades de cada conflicto particular. Incluso, algunos han considerado a esta idea como una tendencia reciente en los diversos procesos de reformas procesales de los últimos años. De esta forma, hemos podido constatar que la flexibilidad del procedimiento civil es una idea que de alguna manera anda rondando la dogmática procesal contemporánea, es un propósito mencionado recurrentemente, es una intuición que está orbitando algunos de los estudios comparados más relevantes sobre la justicia civil.

El problema es que estas referencias a la flexibilidad procedimental se limitan a ideas vagas o generales. Salvo una relevante excepción, no hemos

encontrado investigaciones que hayan analizado más detenidamente el concepto de flexibilidad y sus diferentes elementos. Este vacío de reflexión y análisis sobre la flexibilidad del procedimiento civil es el punto de partida desde el cual comienza nuestra investigación. Nuestro planteamiento surge de la intuición que la flexibilidad procedimental bien entendida y bien aplicada puede contribuir a un mejor desarrollo del proceso y a un mejor ejercicio de la jurisdicción.

El objetivo general de nuestra tesis doctoral es efectuar una reconstrucción teórica de la noción de flexibilidad en materia procesal civil. Nuestra idea es poder identificar los diferentes aspectos de la flexibilidad procedimental, reunirlos y elaborar con ellos una explicación teórica coherente y con suficiente potencia explicativa. Nuestra pretensión es que esta construcción teórica tenga una validez general por sobre una o más legislaciones procesales particulares.

Además, la investigación persigue los siguientes objetivos específicos: (1) Elaborar y defender un concepto de flexibilidad procedimental en materia procesal civil. (2) Identificar, explicitar y analizar los fundamentos jurídicos de la flexibilidad del procedimiento civil. (3) Identificar y analizar los diferentes mecanismos e instituciones jurídicas que permiten conferir flexibilidad al procedimiento. (4) Construir un sistema conceptual que permita clasificar y exponer en forma ordenada y sistemática los diferentes mecanismos e instituciones jurídicas que permiten conferir flexibilidad al procedimiento. (5) Elegir una institución procesal determinada que pueda resultar paradigmática y analizarla a través del marco teórico de la flexibilidad procedimental.

En nuestra tesis doctoral intentaremos demostrar las siguientes hipótesis: (1) La flexibilidad del procedimiento civil es la aptitud del procedimiento para ser adaptable o ajustable a las necesidades y circunstancias de cada caso concreto. (2) La flexibilidad del procedimiento civil encuentra su fundamento en la instrumentalidad del Derecho Procesal y en la eficiencia de la justicia. (3) La flexibilidad procedimental no depende exclusivamente de las facultades conferidas a las partes o al juez para determinar o modificar el procedimiento. La flexibilidad de un procedimiento depende también de los principios y normas jurídicas que, a partir de sus características y contenido normativo, son en sí mismas flexibles y, además, de la regulación antiformalista de la invalidez procesal.

La tesis doctoral se divide en cinco capítulos. El capítulo primero está destinado a analizar el concepto de flexibilidad procedimental. En éste se proponen un concepto funcional y un concepto estructural de flexibilidad en materia procesal civil. El segundo capítulo está destinado a profundizar en los fines u objetivos de la justicia civil. La razón es que, como se explicará en el capítulo tercero, los fundamentos de la flexibilidad hacen referencia a fines. El tercer capítulo identifica y desarrolla los fundamentos de la flexibilidad procedimental: la instrumentalidad del Derecho procesal y la eficiencia de la justicia civil. El cuarto capítulo está destinado a identificar, ordenar y desarrollar los diferentes mecanismos e instituciones jurídicas que confieren flexibilidad al procedimiento. Por último, el capítulo final está destinado a analizar comparativamente una institución procesal paradigmática a través del prisma de la flexibilidad: los criterios y normas jurídicas que determinan el procedimiento aplicable en España, Chile e Inglaterra.

Nuestra tesis doctoral se inserta dentro del ámbito de las ciencias jurídicas, más específicamente, dentro del ámbito del Derecho procesal civil. Nuestra investigación es fundamentalmente teórico analítica. En ésta utilizaremos fundamentalmente el método dogmático. Nuestras legislaciones de referencia fundamentales son España y Chile. Aunque en algunos aspectos también tomamos como referencia la nueva legislación procesal civil inglesa. Atendido el escaso desarrollo dogmático y normativo de la flexibilidad, recurrimos también al método histórico y comparado como forma de esclarecer algunos temas, aunque sin pretensiones de exhaustividad. En este sentido, nos apoyamos frecuentemente en la doctrina procesal civil extranjera.

Por último, quisiéramos advertir desde el inicio al lector que en estas páginas no encontrará la receta definitiva en materia procedimental ni nada parecido a la piedra filosofal de la justicia. Nunca fue esta nuestra intención. Por el contrario, probablemente muchas de las cosas que aquí se contienen no son para nada nuevas y les resultarán conocidas para un especialista en Derecho procesal. El propósito no es crear algo nuevo. Nuestra pretensión es reconstruir teóricamente la noción de flexibilidad. La idea es reunir y reordenar una serie de instituciones procesales para observarlas bajo el prisma de la flexibilidad y analizar sus implicaciones. De esta manera, buscamos poder advertir que la flexibilidad es una capacidad o

característica ya existente y que puede ser muy útil para mejorar en alguna medida el desempeño de la justicia civil.

Si esta investigación permite realizar una nueva mirada a las instituciones procesales y, eventualmente, a partir de esta reconstrucción teórica se pueden intentar nuevas investigaciones a través del prisma de la flexibilidad, nuestro objetivo se habrá cumplido.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DE FLEXIBILIDAD PROCEDIMENTAL

Este primer capítulo tiene por objeto elaborar y construir un concepto de flexibilidad procedimental en materia procesal civil e identificar sus elementos.

Las principales legislaciones procesales de referencia en esta investigación (Chile, España e Inglaterra) no definen qué es o qué debemos entender por flexibilidad procedimental en materia procesal civil. Ni siquiera utilizan expresamente el término. Esta circunstancia explica la ausencia de reflexión teórica sobre la materia. Por su parte, la doctrina se limita a utilizar menciones vagas y generales sin definir ni conceptualizar la flexibilidad. Sin embargo, esto no significa que no se pueda intentar dar una noción de flexibilidad procedimental o que dicho intento sea irrelevante. Por el contrario, atendida la ausencia de reflexión sobre la materia, consideramos que para analizar correcta y razonablemente la flexibilidad procedimental este intento resulta ineludible. El estudio de los diferentes aspectos de la flexibilidad exige, desde un comienzo, tener un mínimo de claridad respecto a qué nos referimos cuando hablamos de flexibilidad procedimental.

Desde luego, no pretendemos encontrar la quinta esencia de la noción de flexibilidad ni dar un concepto definitivo. Se trata simplemente de construir un concepto y determinar sus elementos. Lo que intentamos es alcanzar claridad expositiva y definir con precisión a qué nos referimos cuando investigamos, explicamos y desarrollamos la flexibilidad

procedimental. En consecuencia, este primer capítulo constituye un intento de delimitación del objeto de estudio de la tesis doctoral.

Para lograr nuestro objetivo, analizaremos la etimología y el sentido natural del término flexibilidad (apartado I). En segundo lugar, analizaremos la noción de flexibilidad procedimental que subyace o puede desprenderse de los escasos trabajos doctrinarios que de alguna manera se refieren a ella, tanto en materia arbitral como en materia procesal civil. Además, examinaremos algunos antecedentes legislativos y otros documentos que, sin ser normas jurídicas estatales en sentido estricto, han tenido o tienen alguna relevancia en materia arbitral o procesal civil (apartado II). En tercer lugar, analizaremos someramente la noción de flexibilidad existente en otras ramas del Derecho, fundamentalmente la flexibilidad laboral y la flexibilidad constitucional (apartado III). Luego, esbozaremos algunas consideraciones finales sobre el punto, construiremos un concepto de flexibilidad para los efectos de la presente investigación y determinaremos sus elementos (apartado IV). Por último, analizaremos algunas nociones afines y cercanas al concepto de flexibilidad (apartado V).

Nuestra hipótesis en este capítulo es que la flexibilidad procedimental es una cualidad o característica del procedimiento civil en virtud del cual este no está sujeto a normas rígidas e invariables. Por el contrario, las actuaciones procesales se rigen por normas procesales que pueden ser adaptadas por las partes o por el juez, al comienzo o durante el proceso, de acuerdo a las características y circunstancias del caso concreto objeto de la controversia. Es decir, la flexibilidad procedimental *es la aptitud del procedimiento para ser ajustable o adaptable, por las partes o el juez, a las necesidades y circunstancias del caso concreto*¹.

¹ PEÑA ADASME, *Un procedimiento a medida: la flexibilidad procedimental del arbitraje en la ley 60/2003*, 2014, p. 16; “La flexibilidad procesal del arbitraje en la Ley 60/2003. Concepto y fundamentos”, *Anuario de justicia alternativa*, 2017, pp. 55 – 57.

I. Flexibilidad: etimología y lenguaje natural²

Etimológicamente “flexible” deriva de la palabra latina “*flexibilis*”, que de acuerdo al *Oxford Latin Dictionary* significaba originalmente aquello que puede “doblarse fácilmente, que es maleable o flexible”. También designaba aquello que es “capaz de cambios o modificaciones, flexible o adaptable”³.

En cuanto al sentido natural del término “flexibilidad”, existen tres definiciones del Diccionario de la Real Academia Española (en adelante DRAE) que nos dan insumos o elementos útiles a nuestro propósito. De acuerdo a este diccionario, “flexible” es un adjetivo que describe algo: “Que se adapta con facilidad a la opinión, a la voluntad o a la actitud de otro u otros”. “Que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas”. “Susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades”⁴.

En lengua inglesa, los términos equivalentes tienen un sentido similar. *The Oxford English Dictionary* define “*flexibility*”, entre otras formas, como “capacidad de ser doblado, elasticidad”, “susceptibilidad de modificación o alteración; capacidad de rápida adaptación a varios propósitos o condiciones; libre de firmeza o rigidez”⁵. A su vez, define “*flexible*” como “susceptible de modificación o adaptación a varios propósitos o usos; maleable, elástico”⁶.

Además, se debe tener presente que en nuestra lengua el término “flexible” es sinónimo, entre otros, de los adjetivos “elástico” y “adaptable”⁷.

² Sobre este punto nos hemos referido en PEÑA ADASME, “La flexibilidad procesal del arbitraje en la Ley 60/2003. Concepto y fundamentos”, *Anuario de justicia alternativa*, 2017, pp. 46 y ss.

³ “*Easily bent, pliant, flexible. Capable of change or modification, flexible, adaptable*”. Cfr. *Oxford Latin Dictionary*, 1982, voz “*flexibilis*”, p. 713.

⁴ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 2014, voz “Flexible” p. 1037.

⁵ “*Capability of being bent, pliancy*”. “*Susceptibility of modification or alteration; capacity for ready adaption to various purposes or conditions; freedom from stiffness or rigidity*”. *The Oxford English Dictionary*, voz “*flexibility*”, p. 1049.

⁶ “*Susceptible of modification or adaptation to various purposes or uses; pliant, supple*”. Cfr. *The Oxford English Dictionary*, 1991, voz “flexible”, p. 1050. Por su parte, *The Cambridge advance Learner’s Dictionary* define “flexible” como: “capaz de cambiar o ser cambiado fácilmente de acuerdo a la situación” (“*Able to change or be changed easily according to the situation*”). Cfr. *Cambridge Advance Learner’s Dictionary*, 2008, voz “flexible”, p. 544. En términos similares: Cfr. *The New Oxford American Dictionary*, 2005, voz “flexible”, p. 643.

⁷ Cfr. *Diccionario Manual de sinónimos y antónimos Vox*, 2007, p. 381; BLECUA (dir.), *Diccionario General de sinónimos y antónimos*, 1999, p. 581; *Diccionario de sinónimos y antónimos*, 2005, pp. 31 y 596; *Diccionario Sinónimos y Antónimos. Lengua española*, 2006, pp. 465 y 466.

En efecto, el diccionario de la RAE define “elástico”, entre otras formas, como “acomodaticio, que puede ajustarse a muy distintas circunstancias”; “que admite muchas interpretaciones”⁸. Por su parte, “adaptar” es “acomodar, ajustar algo a otra cosa”⁹.

A partir de estas nociones se pueden desprender a lo menos tres ideas relacionadas entre sí: (1) En su aspecto más básico la flexibilidad implica la posibilidad de cambios, modificaciones o variaciones. (2) En un aspecto más complejo, la flexibilidad supone adaptar, adecuar, acomodar o ajustar algo a ciertas circunstancias o necesidades. (3) Por último, y en cualquier caso, la flexibilidad supone un elemento negativo, la ausencia de elementos rígidos, firmes o inamovibles.

II. Flexibilidad en materia procesal

La flexibilidad procedimental es una materia que no ha sido mayormente estudiada ni analizada por la doctrina procesal. La noción de flexibilidad es frecuentemente mencionada en materia arbitral. También es mencionada en materia procesal civil aunque en forma más aislada. Sin embargo, las menciones a la flexibilidad suelen ser vagas y generales. En el mejor de los casos se refieren a aspectos parciales. Salvo escasas excepciones¹⁰, no existen trabajos destinados al estudio teórico y sistemático de la flexibilidad en el arbitraje, y menos en el proceso jurisdiccional. No hemos encontrado en la doctrina esfuerzos destinados a determinar a qué nos referimos cuando hablamos de flexibilidad procedimental. Pareciera que la expresión fuera autoevidente cuando realmente no lo es.

Por estas razones, no sorprende la ausencia de estudios de carácter analítico sobre el concepto y los elementos de la flexibilidad procedimental. Sin embargo, a pesar de esta ausencia de reflexión, es necesario hacer un

⁸ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 2014, voz “Elástico”, p. 844.

⁹ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 2014, voz “Adaptar”, p. 41.

¹⁰ DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual)*, 2007. Esta tesis se convertiría posteriormente en libro, DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual*, 2008. Véase también, CAPONI, “Rigidità e flessibilità del processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2016, pp. 1442 - 1458; CADIET, “L’équilibre entre la rigidité et la flexibilité dans le proces”, en DOS SANTOS LUCÓN *et al.*, (coords.), *Processo em Jornadas. XI Jornadas brasileiras de Direito processual. XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*, 2016, pp. 596 - 606.

repasso por la doctrina procesal para poder conocer cuáles son las ideas subyacentes y que están detrás de las menciones a la flexibilidad. De esta manera, podremos obtener algunas ideas útiles a los efectos de construir un concepto propio sobre el punto. Para estos efectos, analizaremos primero (1) la doctrina procesal en materia arbitral, pues es donde mayormente se emplea este término; y luego, (3) analizaremos a la doctrina procesal civil propiamente tal.

1. *La flexibilidad en materia arbitral*

En materia arbitral¹¹ constituye un lugar común afirmar que la flexibilidad es una de las ventajas del arbitraje sobre el proceso jurisdiccional¹². Se suele afirmar que, a diferencia de lo que ocurre en la justicia ordinaria, donde las normas procesales son imperativas y el procedimiento es formal, en el arbitraje el procedimiento es mucho más flexible y las partes tienen mayores posibilidades de configuración¹³. Incluso se llega a afirmar que la mayor o menor flexibilidad del arbitraje constituye uno de los aspectos más relevantes para el éxito de una sede arbitral¹⁴. Sin embargo, también existen voces disidentes que llaman a no sobrevalorar la flexibilidad y nos advierten que, cuando las partes están enfrentadas o cuando existe desigualdad entre ellas, esta característica del arbitraje puede producir más inconvenientes que ventajas¹⁵.

¹¹ Sobre este punto nos hemos referido en PEÑA ADASME, “La flexibilidad procesal del arbitraje en la Ley 60/2003. Concepto y fundamentos”, *Anuario de justicia alternativa*, 2017, pp. 46 y ss.

¹² Por ejemplo, en España: DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 2005, p. 612; ROCA AYMAR, *El arbitraje comercial internacional*, 2006, p. 51; COLINA CORREA, *El arbitraje en España. Ventajas y desventajas*, 2009, p. 32. En Chile: ROMERO SEGUEL, “Nociones generales sobre la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho*, 1999, p. 406.

¹³ FERNÁNDEZ ARROYO, “New trends in international commercial arbitration in Latin America”, en CORDERO-MOSS (ed.), *International Commercial Arbitration. Different forms and their features*, 2013, p. 400.

¹⁴ VÁSQUEZ PALMA, *Las sedes arbitrales en el arbitraje comercial internacional*, 2013, pp. 46 – 47; 100 – 102; “Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2011, p. 110. En sentido similar CORDERO-MOSS, “International arbitration is not only international”, en CORDERO-MOSS (ed.), *International Commercial Arbitration. Different forms and their features*, 2013, pp. 7 – 39.

¹⁵ NIEVA FENOLL, “La oralidad en el arbitraje”, en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, 2009, pp. 954, 968 y ss.; del mismo autor, “Modo de plantear y resolver las excepciones y atisbo de jurisdicción sobrevenida por silencio del demandado: artículo 22 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”, *Anuario de Justicia Alternativa*, 2004, pp. 67 y 68; WALLGREN-LINDHOLM, “Ad hoc arbitration v. institutional arbitration”, en

Sin embargo, los autores suelen referirse a la flexibilidad en términos vagos y generales sin definir ni conceptualizar la flexibilidad¹⁶. En el mejor de los casos, se refieren a aspectos parciales. Sin embargo, dentro de las pocas referencias que hemos encontrado, parece ser que por regla general la doctrina arbitral restringe la flexibilidad a la posibilidad conferida a las partes o al árbitro para determinar o cambiar las normas del procedimiento¹⁷.

La referencia más general sobre la flexibilidad la hemos localizado en la obra de Ramos Méndez. Según el autor: “El juicio arbitral es absolutamente *flexible*, de tal manera que la distribución de oportunidades entre las partes puede adoptar las etapas que ellas prefieran: alegación, pruebas, audiencias, escritos, comunicaciones directas, etc. A falta de acuerdo, los árbitros deciden según su criterio”¹⁸.

Similar idea subyace en las explicaciones de Nieva Fenoll, aunque referidas específicamente a la oralidad y escritura en el arbitraje. De acuerdo

CORDERO-MOSS (ed.), *International Commercial Arbitration. Different forms and their features*, 2013, p. 70.

¹⁶ Por ejemplo, LOWENFELD, *International litigation and arbitration*, 2006, p. 410; GOTTWALD, “International Arbitration: Current Positions and Comparative Trends”, *Rivista Dell' Arbitrato*, 1996, pp. 221 y 225; DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 2005, p. 612; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar litigios civiles*, 2008, p. 482. En Chile, ROMERO SEGUEL, “Nociones generales sobre la justicia arbitral”, 1999, p. 406; VÁSQUEZ PALMA, “La nueva ley de arbitraje comercial internacional de Chile y su análisis comparativo con la ley española”, *Revista de Derecho*, 2005, pp. 542, 557 y 558; “Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección”, 2011, p. 110; GONZÁLEZ, “Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas '*decisoriae*' y '*ordinatoriae litis*' vinculantes en el arbitraje irritual y en la jurisdicción de equidad”, *Revista de Derecho*, 2013, p. 557; CONEJERO ROOS, “La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América latina: Un análisis comparativo”, *Revista Chilena de Derecho*, 2005, p. 91.

¹⁷ NIEVA FENOLL, “Las excepciones en el arbitraje”, en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, 2009, pp. 861 y 862; del mismo autor, “La oralidad en el arbitraje”, *Ibidem*, pp. 953 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral”, en *Estudios de Derecho judicial. La nueva ley de arbitraje*, 2006, pp. 372 y 373; GUZMÁN FLUJA, “Artículo 25. Determinación del procedimiento”, en BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, 2011, pp. 1158 y ss. En Chile, ROMERO SEGUEL, “Nociones generales sobre la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho*, 1999, p. 406; GONZÁLEZ, “Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas '*decisoriae*' y '*ordinatoriae litis*' vinculantes en el arbitraje irritual y en la jurisdicción de equidad”, *Revista de Derecho*, 2013, p. 557; VÁSQUEZ PALMA, “La nueva ley de arbitraje comercial internacional de Chile y su análisis comparativo con la ley española”, *Revista de Derecho*, 2005, p. 542.

¹⁸ RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2013, p. 55.

con este autor: “Acostumbra a presumir el procedimiento arbitral de su flexibilidad, cuando en realidad dicha flexibilidad, en caso que las partes estén verdaderamente enfrentadas, provoca más inconvenientes que ventajas... Cuando hablo de flexibilidad me estoy refiriendo más a la decisión sobre la celebración en forma oral o escrita de las diferentes fases del procedimiento”¹⁹.

Excepcionalmente, algunos autores definen la flexibilidad en términos más amplios, haciendo expresa mención a la idea de adaptabilidad. Por ejemplo, Colina Correa la define señalando que: “Esta cualidad permite que el proceso arbitral pueda adaptarse con facilidad a las vicisitudes que sobrevinidamente [sic] vayan acaeciendo a lo largo del mismo, de modo tal que en todo momento pueda ajustarse a la controversia”. Sin embargo, sus explicaciones al incremento de la flexibilidad en la nueva ley de arbitraje, las restringe a la autonomía de la voluntad y a lo que él llama “desjudicialización del procedimiento arbitral”²⁰.

Como se puede apreciar, en la doctrina arbitral la opinión preponderante reduce la flexibilidad a la idea de cambio o modificación, es decir, existe una concepción restringida. Una posible explicación a este enfoque restringido parece ser la relevancia que la doctrina arbitral le ha atribuido a las normas que confieren a las partes o al árbitro la facultad de determinar o modificar el procedimiento, como por ejemplo, el artículo 25 Ley de Arbitraje española, Ley 60/2003 (en adelante LA), el artículo 19 de la Ley 19.971 Sobre arbitraje Comercial Internacional de Chile (en adelante LACI), las cuales siguen en esta materia al artículo 19 de la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

¹⁹ NIEVA FENOLL, “La oralidad en el arbitraje”, en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, 2009, pp. 968 y 969.

²⁰ COLINA CORREA, *El arbitraje en España. Ventajas y desventajas*, 2009, p. 32. Similar noción puede encontrarse en: HELMER, “International Commercial Arbitration: Americanized, ‘Civilized,’ or Harmonized?”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2003, pp. 58, 64 y 66; MULLERAT BALMAÑA, “El arbitraje internacional. Confluencia de dos tradiciones jurídicas: ‘common law’ y ‘civil law’”, *Revista Vasca de Derecho procesal y arbitraje*, 2007, p. 36; BELLO JANEIRO, “El futuro del arbitraje en España”, en GÓMEZ GÁLLIGO (Coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, 2008, p. 842; BERCOVITZ, “La nueva Ley de arbitraje”, en ABRIL; AMAT (Coords.), *Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferriol*, 2006, pp. 361 y 362.

Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), de 21 de junio de 1985 (en adelante LMU)²¹:

Artículo 19. Determinación del procedimiento

1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

Desde luego que disposiciones como el artículo 19 LMU y las facultades en él establecidas son relevantes. El punto es por qué restringir el análisis de la flexibilidad solamente a este aspecto. ¿Es que la flexibilidad en materia arbitral no supone nada más que estas facultades del árbitro y las partes para cambiar el procedimiento?

En nuestra investigación sobre la flexibilidad del procedimiento arbitral en España sostuvimos que la flexibilidad no debe restringirse únicamente a estas facultades, por dos razones fundamentalmente²². (1) En primer lugar, nuestra impresión es que la idea de adaptabilidad del procedimiento arbitral se encuentra, consciente o inconscientemente, expresa o implícitamente, orbitando diversos estudios y análisis propios del arbitraje. Además, y como analizaremos en apartados siguientes, esta idea la encontramos en diversos documentos y antecedentes legislativos en la materia. (2) En segundo lugar, estimamos que adoptar un concepto más amplio de flexibilidad puede contribuir a enriquecer el análisis de esta característica del procedimiento. Una concepción como esta nos obliga a preguntarnos si existen otras circunstancias del procedimiento que pueden contribuir a que este pueda adaptarse a las diferentes circunstancias que se presenten. Como analizaremos en detalle en el capítulo cuarto de este trabajo²³, nos referimos a las normas de contenido flexible y a la regulación de la invalidez procesal.

²¹ Sobre la influencia de la LMU en los países latinoamericanos, véase CONEJERO ROOS, "La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América latina: Un análisis comparativo", *Revista Chilena de Derecho*, 2005, pp. 89 – 138.

²² PEÑA ADASME, *Un procedimiento a medida: la flexibilidad procedimental del arbitraje en la ley 60/2003*, 2014, pp. 13 y ss.

²³ Véase capítulo cuarto, pp. 201 y ss.

En los siguientes apartados, nuestra conclusión sobre la conveniencia de adoptar un concepto amplio de flexibilidad será reforzada. Estos argumentos adicionales provienen fundamentalmente de la doctrina procesal civil y de ciertos antecedentes legislativos en la materia.

2. Flexibilidad en algunos antecedentes legislativos en materia de arbitraje y métodos alternativos de solución de conflictos

Como explicamos anteriormente, el término “flexibilidad” es recurrente y bastante usado en materia arbitral. Pero además, la utilización del término también es más frecuente en antecedentes legislativos sobre arbitraje o medios alternativos de resolución de conflictos (en adelante en su sigla inglesa ADR) que en materia procesal civil. Por su parte, la idea de adaptabilidad del procedimiento arbitral a las diversas circunstancias se encuentra, consciente o inconscientemente, orbitando los diversos estudios y análisis propios del arbitraje. Sea que se utilicen las expresiones “flexibilidad”, “adaptabilidad”, u otras semejantes.

La Exposición de Motivos de la LA española nos otorga algunas luces sobre qué debemos entender por flexibilidad procedimental. Al referirse a la LMU que le sirvió de ejemplo sostiene que:

“La Ley Modelo resulta más asequible a los operadores económicos del comercio internacional, habituados a una mayor *flexibilidad y adaptabilidad de las normas a las peculiaridades de casos concretos surgidos en escenarios muy diversos*”²⁴.

Luego, al referirse a las normas que regulan el procedimiento arbitral, la exposición de motivos afirma que:

“El procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran *flexibilidad*, acorde con las exigencias de la institución...

Esa *flexibilidad* se da también en el desarrollo ulterior del procedimiento”²⁵.

La Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la LMU, específicamente cuando se refiere al artículo 19, nos entrega material para alcanzar una noción de flexibilidad. Dicho artículo es el que establece la posibilidad que el procedimiento arbitral sea determinado por acuerdo de las partes y en forma supletoria por el juez. Al respecto la nota explicativa dice lo siguiente:

²⁴ El destacado es nuestro.

²⁵ El destacado es nuestro.

“La autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento reviste especial importancia en los casos internacionales, pues *permite a las partes seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretos, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales,... del derecho interno aplicable* y sin el riesgo mencionado más arriba de frustración o sorpresa... La facultad discrecional supletoria del tribunal arbitral es igualmente importante pues *permite que éste sustancie las actuaciones según las características especiales de cada caso, sin las limitaciones impuestas por la legislación interna* que suele aplicarse, incluso la que rige la práctica de la prueba”²⁶.

El reporte de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI): *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* de 2012, refleja claramente la idea de adaptabilidad del procedimiento arbitral:

“Una de las características destacadas del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos es que las reglas mismas del arbitraje presentan una infraestructura para el procedimiento arbitral pero raramente especifican un procedimiento detallado para conducir el arbitraje...

Esta importante característica implica que los procedimientos específicos pueden ser hechos a medida como sea apropiado a cada disputa y adaptado a la cultura legal de las partes y los árbitros”²⁷.

Por su parte, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de la Comisión de las Comunidades Europeas, también reconoce que la flexibilidad es una de las características de los ADR²⁸. Además, explica algunos de los elementos de la flexibilidad propia de los ADR. De acuerdo a este documento:

“Las ADR se caracterizan por su flexibilidad, en el sentido de que, en principio, las partes son libres de recurrir a una ADR, de decidir qué organización o qué persona se encargará del proceso, de determinar el procedimiento que se vaya a seguir, de optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y, por último, de decidir el resultado del procedimiento”²⁹.

²⁶ El destacado es nuestro.

²⁷ “*One of the salient characteristics of arbitration as a dispute resolution mechanism is that the rules of arbitration themselves present a framework for arbitral proceedings but rarely set out detailed procedures for the conduct of the arbitration... This important characteristic entails that the specific procedures can be tailor-made as appropriate for each dispute and adapted to the legal cultures of the parties and the arbitrators*”. INTERNATIONAL COMERCIAL CHAMBER, *ICC Commission Report: Controlling Time and Costs in Arbitration*, 2012, p. 5.

²⁸ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro verde. Sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, 2002, pp. 25, 30 y 37.

²⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro verde. Sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, 2002, p. 9.

En este caso, el Libro Verde reconoce algunos elementos que son coincidentes con lo que normalmente se afirma en materia arbitral: la posibilidad de determinar la organización, el procedimiento y la persona a cargo. Sin embargo, además agrega elementos que son inéditos a lo dicho hasta el momento: libertad para decidir si recurrir o no a los ADR y la posibilidad de decidir el resultado de éste.

Estos antecedentes legislativos nos entregan algunos elementos adicionales para la delimitación conceptual de la flexibilidad en sus aspectos jurídicos. De ellos se desprende (1) que la flexibilidad está referida a las reglas o normas que regulan el proceso arbitral, es decir, al procedimiento; (2) que la flexibilidad no solo supone cambiar o modificar las normas existentes, sino que supone, además, la posibilidad de determinar estas normas cuando ellas no existan; y (3) que en el ámbito jurídico estas posibilidades están referidas tanto a las partes como al árbitro.

Sin embargo, también introducen un elemento de vaguedad. La exposición de motivos de la LA se refiere a la “flexibilidad y adaptabilidad de las normas” en términos disyuntivos como si fueran cosas diferentes. En cambio, la nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI solo utiliza la palabra adaptabilidad y parece referirse a la idea de ajuste o adecuación a ciertas circunstancias. Por lo tanto, a partir de estos antecedentes surge la misma duda que se observa en la doctrina arbitral. Surge la duda si la flexibilidad debe entenderse en su aspecto más simple o restringido como cambio o variación, o en un sentido más amplio y complejo, como adecuación o adaptabilidad a ciertas circunstancias. En este aspecto nos remitimos a las conclusiones ya expuestas en el apartado referido a la doctrina arbitral³⁰.

3. La flexibilidad en materia procesal civil

La flexibilidad de los procedimientos jurisdiccionales es una materia prácticamente inadvertida en la doctrina procesal civil, con la gran excepción de Brasil³¹. Esta noción es escasamente mencionada y, en

³⁰ Véase capítulo primero, II, 1, pp. 16 y ss.

³¹ En la doctrina brasileña la flexibilidad procedimental es bien conocido. La obra de referencia es: DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual)*, 2007. Esta tesis se convertiría posteriormente en libro, DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual*, 2008; CABRAL, “Flexibilização

consecuencia, los análisis o desarrollos dogmáticos son escasos, acotados y casi anecdóticos³². Por esta razón, no sorprende que las referencias al concepto de flexibilidad sean prácticamente inexistentes.

La flexibilidad procedimental se presenta en la doctrina procesal civil en dos formas diferentes:

En primer lugar, algunos autores suelen calificar de rígida o flexible el contenido de una norma o conjunto de normas³³, o bien, la regulación de una determinada institución³⁴. En segundo lugar, algunos autores al hacer comentarios generales sobre los grandes problemas de la justicia civil o bien sobre las principales tendencias o políticas de las reformas procesales contemporáneas suelen hacer referencia a la flexibilidad como una característica deseable o necesaria del proceso civil³⁵.

procedimental”, *Revista eletrônica de direito processual*, 2016, pp. 135 – 164; NOBLAT; MEIRELLES, “De ‘poder do juiz’ a ‘convensação das partes’: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2014, pp. 200 – 228; REDONDO, “Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes”, *Revista Jurídica UNIGRAN*, 2013, pp. 97 – 110. Fuera de la doctrina brasileña, véase también CAPONI, “Rigidità e flessibilità del processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2016, pp. 1442 – 1458; CADIET, “L’équilibre entre la rigidité et la flexibilité dans le proces”, en DOS SANTOS LUCÓN *et al.*, (coords.), *Processo em Jornadas. XI Jornadas brasileiras de Direito processual. XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*, 2016, pp. 596 – 606; BIAVATI, “Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe?”, en CARPI; LUPOI (eds.), *Essays on transnational and comparative civil procedure. Scritti sul diritto processuale civile transnazionale e comparato*, 2001, pp. 85 – 104.

³² Otra excepción en AVRAHAM; HUBBARD; LIPSCHITS “Procedural flexibility in three dimensions”, *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper Series*, 2018, pp. 1 – 39.

³³ DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 258 – 262. En España, PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, *Derecho Procesal Civil*, 1989, pp. 45 y 46. En Chile y referido al proceso judicial véase GANDULFO RAMÍREZ, “Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas. Ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico”, *Ius et Praxis*, 2009, pp. 144 y ss.

³⁴ Así por ejemplo, en España PICÓ I JUNOY, *La modificación de la demanda en el proceso civil*, 2006, pp. 64 y ss. En Chile ROMERO SEGUEL, “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho*, 2001, p. 522; En Argentina, BERIZONCE, “El objeto de la decisión y cuestiones que integraron la litis. (Flexibilización del principio de preclusión)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2009, pp. 101 – 112.

³⁵ TARUFFO, “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, p. 204. En España, véase NIEVA FENOLL, “Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional”, en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, 2009, p. 26; RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2013, pp. 76 y 77; del mismo autor, “La reforma de los procesos civiles especiales”, en *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004, p. 84. En Francia, véase CADIET, “La justicia civil francesa entre eficiencia y garantías”, *Civil Procedure Review*, 2013, p. 37; NIEMI KIESILÄINEN, “Efficiency

Así por ejemplo, Trocker y Varano consideran que la idea de adecuación del procedimiento a las complejidades del caso constituye una, la primera, de las grandes tendencias actuales en los movimientos de reformas procesales civiles que pueden observarse a partir de los reportes nacionales elaborados por varios juristas:

“La primera tendencia que llama nuestra atención es bastante visible en varias reformas. Si el objetivo de la justicia civil es garantizar efectivamente la protección de los derechos en un tiempo razonable a un costo razonable, este objetivo no puede perseguirse mediante el mismo modelo de procedimiento rígidamente concebido como aplicable en cada caso concreto. Este objetivo necesita más bien flexibilidad, necesita diferentes modelos de procedimiento para ser adoptados dependiendo de las peculiaridades de cada caso individual”³⁶.

En términos similares se expresa Taruffo: “... el criterio general que reclama ser seguido es aquel por el cual las formas de procedimiento deben configurarse e interpretarse de manera elástica y flexible, para poderse adaptar a las exigencias de cada controversia”³⁷.

Por su parte, Biavati formula un análisis un poco más completo sobre la flexibilidad. De acuerdo al autor: “Las reglas procesales son flexible cuando, como norma general y a priori, ellas proveen diferentes resultados posibles, en consideración de las características peculiares de cada caso individual”³⁸. Además contrapone la flexibilidad con la rigidez:

“En un nivel general, es incluso muy fácil manifestar que la posibilidad de adaptar reglas procesales a las características peculiares de un caso individual da mejores resultados que procedimientos rígidos, igual que la diferencia entre un traje ya confeccionado y uno hecho a medida. Pero este no es el problema real: por el

and justice in procedural reforms: the rise and fall of the oral hearing”, en VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, pp. 35 y 36.

³⁶ “The first trend which calls for our attention is quite visible in several reforms. If the goal of civil justice is to guarantee effectively the protection of rights in a reasonable time at a reasonable cost, this goal cannot be pursued through the same model of procedure rigidly conceived as applicable in every case. This goal needs rather flexibility, needs different models of procedure to be adopted depending on the peculiarities of each individual cases”. TROCKER; VARANO, “Concluding remarks”, en TROCKER; VARANO (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, pp. 247 – 248.

³⁷ TARUFFO, “Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 121 y 122.

³⁸ “... procedural rules are flexible when, as a general standard and a priori, they provide different possible outcomes, in consideration of the peculiar features of each single case”. BIAVATI, “Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe?”, en CARPI; LUPOI (eds.), *Essays on transnational and comparative civil procedure. Scritti sul diritto processuale civile transnazionale e comparato*, 2001, p. 87.

contrario, la pregunta es sobre la posibilidad o no de armonizar mejor a través de reglas flexibles o reglas rígidas respectivamente”³⁹.

Por último, Biavati se refiere a los elementos de la flexibilidad:

“Además, la flexibilidad consiste en algunos ingredientes estructurales, los cuales permanecen iguales: la consideración de las cualidades del caso individual, el uso de cláusulas generales (como la buena fe), el menor peso de los errores procesales, el diálogo entre el juez y las partes, y un fuerte poder discrecional del tribunal”⁴⁰.

Como mencionamos al comienzo de este apartado, la gran excepción la constituye la doctrina brasileña, entre quienes la noción de flexibilidad es bien conocida. La gran obra de referencia es la monografía de Da Fonseca Gajardoni: *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Aunque el autor no define expresamente qué es la flexibilidad, la idea de adaptabilidad puede identificarse desde el principio y hasta el final de la obra. Así por ejemplo, el autor señala que:

“Entonces, partiendo de la afirmación de que no hay sistemas puros, más apenas tendientes a la rigidez..., es necesario saber si la mantención de este ideario aún es compatible con el modelo procesal moderno, y cual serían los perjuicios... de permitir una mayor maleabilidad de las reglas de procedimiento, como la posibilidad de las partes, hasta cierto punto, de elegir entre los varios modelos legales aquel que más aprueben, o para permitir que el juez –sea para la adecuación de la causa al derecho material o a las calidades de los litigantes, sea simplemente porque la ley así lo facultó- pueda ordenar variaciones rituales”⁴¹.

³⁹ “At a general level, it is even too easy to state that the possibility to adapt procedural rules to the peculiar characters of a single case gives a better product than rigid proceedings, just like the differences between a custom made and a ready made suit. But this is not the real problem: on the contrary, the question is about the possibility or not to harmonize better through flexible rules or rigid rules respectively”. BIAVATI, “Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe?”, en CARPI; LUIPOI (eds.), *Essays on transnational and comparative civil procedure. Scritti sul diritto processuale civile transnazionale e comparato*, 2001, p. 97.

⁴⁰ “Besides, flexibility consists of some structural ingredients, which remain the same: the consideration of the qualities of the single case, the use of general clauses (such as good faith), the weaker weight of procedural mistakes, the colloquium between the judge and the parties, a strong power of discretion on the court”. BIAVATI, “Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe?”, en CARPI; LUIPOI (eds.), *Essays on transnational and comparative civil procedure. Scritti sul diritto processuale civile transnazionale e comparato*, 2001, p. 98.

⁴¹ “Então, partindo-se da afirmação de que não há sistemas puros, mas apenas tendentes à rigidez (como o nosso), é necessário saber se a manutenção deste ideário ainda é compatível com o modelo processual moderno, e quais seriam os prejuízos (se é que existentes) de se permitir uma maior maleabilização das regras do procedimento, com a possibilidade das

Otros autores entienden y se refieren expresamente a la flexibilidad como la posibilidad de que el procedimiento sea adaptado o ajustado a las características y particularidades de cada caso concreto⁴².

En otros casos, sin utilizar la expresión flexibilidad, se utilizan expresiones tales como elasticidad⁴³, proporcionalidad⁴⁴ o adecuación⁴⁵ para referirse a la misma idea que nosotros atribuimos a la flexibilidad procedimental. Esto es, la posibilidad de que el procedimiento se adapte o adecúe a las particularidades y características del caso concreto. Normalmente se trata de análisis de derecho comparado, propuestas generales, análisis de *lege ferenda*, reportes generales, comentarios conclusivos a seminarios internacionales, o comentarios al pasar. Sin embargo, estas menciones se suelen limitar a sugerir o plantear la flexibilidad como algo positivo sin profundizar mayormente en esta noción.

Así por ejemplo, Serra Domínguez al analizar la relación entre proceso y procedimiento expresa claramente esta idea:

“Si el proceso fuera solo procedimiento, bastaría con conocer las reglas: al ser vida social es indispensable que estas reglas sean lo más elásticas posibles, que puedan modificarse de acuerdo con la materia que por ellas circula, pues como se ha

partes, até certo ponto, elegerem dentre os vários modelos legais aquele que mais lhes aprouver, ou de se permitir que o juiz – seja para a adequação da causa ao direito material ou a qualidade dos litigantes, seja simplesmente porque a lei assim facultou – possa ordenar variações rituais”. DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria procesual)*, 2007, p. 95.

⁴² CABRAL, “Flexibilização procedimental”, *Revista eletrônica de direito procesual*, 2016, pp. 141 y 142; REDONDO, “Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes”, *Revista Jurídica UNIGRAN*, 2013, p. 98; NOBLAT; MEIRELLES, “De ‘poder do juiz’ a ‘convensação das partes’: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2014, pp. 205, 208 y 212; CUNHA, “A previsão do principio da eficiencia no projeto do novo Código de processo civil brasileiro”, *Revista de processo*, 2014, p. 77.

⁴³ SERRA DOMÍNGUEZ, “El proceso”, en *Jurisdicción, acción y proceso*, 2008, p. 259; TROCKER, “Poteri del giudice e diritti delle parti nel proceso civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa”, en SCARSELLI (ed.), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel proceso civile. Atti del Convegno di Siena del 23 – 24 novembre 2007*, 2010, pp. 177 –181; TROCKER, “Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas de Calamandrei y las reformas procesales en Europa”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 2010, pp. 113 y 114.

⁴⁴ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 48.

⁴⁵ TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 144; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, p. 380; DAMIÁN MORENO, *Introducción al sistema judicial español*, 2012, pp. 147 – 150.

afirmado correctamente sólo es óptimo el ordenamiento procesal en el que el proceso puede cambiar en su estructura orgánica para conformarse con las exigencias concretas de cada caso”⁴⁶.

Este tipo de referencias a la flexibilidad resultan muy interesantes y útiles para nuestro trabajo. A partir de estas referencias hemos podido darnos cuenta que la flexibilidad procedimental como adaptabilidad es una idea que no es extraña o novedosa. Hemos podido constatar que la flexibilidad es una idea que anda rondando, es un propósito compartido, una intuición que está orbitando algunos de los estudios comparados más relevantes sobre la justicia civil. Sin embargo, las referencias al concepto de flexibilidad se limitan a estas nociones o ideas generales antes reproducidas. No hemos encontrado investigaciones que hayan analizado más detenidamente el concepto de flexibilidad y sus diferentes elementos.

Sin embargo, a partir de estas nociones generales sobre la flexibilidad que hemos encontrado en la doctrina procesal civil, es posible extraer al menos algunas ideas: (1) la flexibilidad implicaría la adaptación, adecuación o ajuste del procedimiento, a las exigencias o características de cada controversia concreta; (2) la flexibilidad se suele atribuir a todo el procedimiento pero también a una norma o conjunto de normas o a una determinada institución; (3) la flexibilidad se contrapone a la rigidez; (4) algunas veces se utilizan términos como adecuación, proporcionalidad o elasticidad para referirse a la misma idea, esto es, la adaptación del procedimiento a las particularidades del caso concreto.

4. Flexibilidad en algunos antecedentes legislativos relativos al proceso civil

Del análisis de algunos antecedentes legislativos en materia procesal civil podemos concluir que la noción o idea de flexibilidad es relativamente reciente. La utilización del término es escasa. Además, no se trata de una idea de la cual se tenga absoluta claridad. Una mención especial merecen los informes preparatorios: *Access to Justice. Interim Report* y *Access to Justice. Final Report*, confeccionados por Lord Harry Wolf para las *Civil Procedure Rules* inglesas de 1998 sobre las cuales me referiré al final de este apartado.

⁴⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, “El proceso”, en *Jurisdicción, acción y proceso*, 2008, p. 259.

4.1 “Proyecto Storme” de 1994

Este documento fue encargado por la Comisión de las Comunidades Europeas a un grupo de juristas dirigidos por Marcel Storme, con el objeto de estudiar la posible aproximación de las legislaciones procesales de los países de la Comunidad Europea. El resultado del grupo de trabajo fue la confección de una serie de reglas sobre distintas materias destinadas a servir de modelo para la unificación o aproximación del Derecho procesal de la Comunidad⁴⁷. En este documento, las referencias a la idea de flexibilidad son más bien tangenciales pues están referidas a los poderes del juez y a la estructura del procedimiento tipo, al cual se estarían acercando cada vez más los diversos estados. Además, las referencias no están en el texto de las reglas sino en el preámbulo y en el informe introductorio. El preámbulo del texto se sostiene que:

“Mientras que en aras de la flexibilidad, y que las reglas anteriores pueden adaptarse a situaciones imprevistas, un poder moderador debe ser reconocido ante el juez”⁴⁸.

Por su parte, en el Informe Introductorio General, al describir la estructura del procedimiento tipo al cual cada vez más se estarían acercando los Estados, describe la posibilidad que el juez pueda citar a las partes y llamar su atención sobre la necesidad de ajustar el procedimiento⁴⁹.

Como se puede apreciar, (1) en el Preámbulo se hace referencia por un lado a la flexibilidad y, por el otro, a la posibilidad de adaptar las reglas a situaciones imprevistas. Sin embargo, a partir de la conjunción “y” que utiliza el texto pareciera ser que las considera conceptos diferentes. (2) Al mismo tiempo, el Informe, sin utilizar el término flexibilidad, hace referencia a la idea que el juez y las partes puedan ajustar el procedimiento.

⁴⁷ STORME (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne. Approximation of Judiciary Law in the European Union*, 1994. Véase también, STORME, “Rumbos del proceso civil en la Europa unificada”, *Revista de Processo*, 1999, pp. 244 – 257.

⁴⁸ “*Considerant que dans un souci de souplesse, et afin que les règles ainsi définies puissent s'adapter aux situations imprévues, un pouvoir de modération doit être reconnu au juge*”. Cfr. STORME (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne. Approximation of Judiciary Law in the European Union*, 1994, p. 172.

⁴⁹ “It would, moreover, be as well to make this cooperation absolutely plain at the outset by allowing the judge to call the parties together and draw their attention to the need to adjust de procedure and to add any other relevant facts and the underlying evidence or bring in third parties”. Cfr. STORME (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne. Approximation of Judiciary Law in the European Union*, 1994, p. 56.

4.2 Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1998

Este Código no utiliza expresamente el término flexibilidad. No hemos encontrado ninguna referencia a la noción de flexibilidad, adaptación u otra semejante. Tampoco hay referencias a la idea de flexibilidad ni en las bases para la preparación del Código Modelo ni en la exposición de motivos. En aquel momento las preocupaciones principales fueron otras: diseñar un procedimiento por audiencias, donde rigiera la oralidad, la intermediación, la publicidad y además, dotar al juez de poderes suficientes para el ejercicio de su función⁵⁰. Sin embargo, recientemente algún autor ha puesto de manifiesto la necesidad de flexibilizar ciertas normas, aunque sin explicar mayormente en qué consiste esta flexibilización⁵¹.

4.3 Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2004

La particularidad de este código modelo⁵² es que utiliza expresamente el término flexibilidad en su artículo 39. En esta disposición, referida a los principios de interpretación, el Código de Procesos Colectivos ordena interpretar sus normas en forma flexible:

Art. 39. Principios de interpretación. Este Código será interpretado de forma abierta y flexible, compatible con la tutela colectiva de los intereses y derechos de que trata.

Sin embargo, no hemos encontrado mayores explicaciones sobre qué debe entenderse por interpretación flexible ni en el texto ni en su exposición

⁵⁰ Cfr. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia – Antecedentes – Exposición de motivos*, 1988. Disponible en red: http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf. (Última visita 11 de septiembre de 2018). Véase también, VESCOVI (ed.), *El Código procesal civil modelo para Iberoamérica: texto del antecedente: historia, antecedentes, exposición de motivos*, 1999; *Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, 1989.

⁵¹ BERIZONCE, “Bases para actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica”, *Civil Procedure Review*, 2011, pp. 104 – 129.

⁵² INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, 2004. Disponible en red: http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf. (Última visita 11 de septiembre de 2018). Véase también: GIDI; FERRER MAC-GREGOR (Coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2003.

de motivos⁵³. Tampoco hemos encontrado otras referencias al término o concepto de flexibilidad.

4.4 Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía de la Comisión de las Comunidades Europeas del año 2002⁵⁴

En relación con el proceso de escasa cuantía, el documento plantea expresamente a los Estados miembros la posibilidad de flexibilizar ciertas normas referentes a las diligencias de prueba, al contenido de la sentencia y a los plazos⁵⁵. El documento no define ni conceptualiza a que se refiere concretamente con flexibilizar. Sin embargo, expone algunos ejemplos en los distintos países de la unión para luego formular algunas propuestas sobre estas materias. A partir de estos ejemplos y propuestas se puede desprender que en el Libro Verde la flexibilidad podría tener varios significados: (1) en algunos casos implicaría simplificar ciertas normas⁵⁶; (2) en otros supondría eliminar ciertas exigencias para el juez⁵⁷; (3) o limitar ciertas posibilidades para las partes al interior del proceso⁵⁸; (4) además la flexibilidad también sería equivalente a conferir mayor discrecionalidad al juez⁵⁹; (5) por último, la flexibilidad también implicaría la posibilidad del juez de adoptar el método de proceder que considere oportuno en la práctica de la prueba⁶⁰. Además, en un apartado referido al carácter escrito del procedimiento de escasa cuantía, el documento se refiere a la flexibilidad en los siguientes términos:

“Respecto del margen de discrecionalidad mencionado... se podría considerar dejar a la discrecionalidad del juez si la vista oral es necesaria o no en un asunto concreto, lo que presentaría la ventaja, una vez más, de ser una solución flexible adaptable (sic) a cada supuesto”⁶¹.

⁵³ Una pequeña referencia a esta norma puede encontrarse en: GIDI, “Notas críticas al anteproyecto de código modelo de procesos colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho procesal”, en GIDI; FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, 2003, pp. 411 y 412.

⁵⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde. Sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía*, 2002, pp. 1 – 79.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 57, 59, 70 y 71.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 70.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 59 y 71.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 53, 57, 70 y 71.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 57 y 64.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 57.

⁶¹ *Ibidem*, p. 71. También se hace referencia a la idea de adaptabilidad en p. 38.

Sin embargo, el Reglamento (CE) n° 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía no hace referencia alguna ni al término ni a la noción de flexibilidad.

Como puede observarse, el Libro Verde reúne bajo el término flexibilidad cuestiones bastante diferentes entre sí que podrían reducirse a la necesidad de simplificar el procedimiento, que es precisamente uno de los objetivos del documento. De todos estos significados, los dos últimos (4) y (5) se acercan un poco a la idea de adaptabilidad que hemos planteado como hipótesis, pues como explicaremos en detalle más adelante, una de las formas de conferir flexibilidad al procedimiento (aunque no la única) es otorgarle al juez mayores poderes para determinar o modificar el procedimiento⁶². Además, a propósito de la oralidad, este documento parece entender la flexibilidad como adaptabilidad del procedimiento a las circunstancias del caso.

4.5 Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice. Recommendation N° R (84)5 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 28 February 1984⁶³

La Recomendación N° R (84)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa llamada: “Principios de procedimiento civil formulados para mejorar el funcionamiento de la justicia”, se refiere a la flexibilidad en diversas ocasiones. Ya en el preámbulo se sostiene que el procedimiento civil debiera ser simplificado y hecho más flexible y expedito⁶⁴. Luego, en el Principio 8.2 propone como medida para acelerar el procedimiento, entre otras, la dictación de reglas de prueba más flexibles⁶⁵. Por su parte, en el memorando explicativo, al referirse a este principio establece que: “El procedimiento no tiene que ser necesariamente uniforme para todos los casos, y debería ser posible, dentro de límites apropiados, ajustarlo a la materia a tratar, al monto involucrado, a las características personales de las partes y al tipo de intereses involucrados. Este tipo de flexibilidad debería ayudar a facilitar el

⁶² Véase capítulo cuarto, III, 1, pp. 242 y ss.

⁶³ COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation N° R (84)5. Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice*, 1984.

⁶⁴ COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation N° R (84)5. Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice*, 1984, p. 5.

⁶⁵ COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation N° R (84)5. Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice*, 1984, p. 9.

acceso a los tribunales, acelerar el trabajo del sistema judicial y reducir el costo para la comunidad y para las partes⁶⁶.

Como se puede apreciar, este documento considera a la flexibilidad como un ideal necesario para el procedimiento civil. Luego, se refiere a la flexibilidad de las normas de prueba. Por último, y lo más relevante, llama flexibilidad a la posibilidad de que el procedimiento civil se ajuste a las particularidades del asunto objeto de la controversia.

4.6 ALI / UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure

En los Principios del proceso civil transnacional⁶⁷ patrocinados por el *American Law Institute* y UNIDROIT no se utiliza el término flexibilidad en el texto propiamente tal. Sin embargo, sí se hace referencia a la flexibilidad en los comentarios que acompañan y explican cada uno de los principios. La referencia más relevante y útil es el comentario referido al principio número nueve. Dicho principio se denomina: “Estructura de los procedimientos” y establece que el procedimiento ordinariamente deberá consistir de tres fases: la fase de alegaciones, la fase interina y la fase final⁶⁸. El comentario correspondiente a este principio establece que:

“El concepto de “estructura” de un procedimiento debe ser aplicado en forma flexible, de acuerdo a la naturaleza del caso particular. Por ejemplo, si es conveniente, un juez debería tener discreción para realizar una audiencia en la

⁶⁶ “*The procedure does not necessarily have to be uniform for all cases, and it just be possible, within appropriate limits, to adjust it to the subject matter, the amount at stake, the personal characteristics of the parties and the types of interests involved. Flexibility of this kind should help to facilitate Access to the courts, expedite the working of the judicial system and reduce the cost both to the community and to the parties*”. COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation N° R (84) 5. Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice*, 1984, p. 19.

⁶⁷ ALI / UNIDROIT, “Principles of Transnational Civil Procedure”, *Uniform Law Review*, 2004, pp. 758 – 810. Véase también, ALI / UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure. As adopted and promulgated by the American Law Institute and by UNIDROIT*, 2006. Para información adicional sobre este proyecto, véase también STÜRNER, “Harmonizing civil procedure – present status and future of model codes”, en PELLEGRINI GRINOVER; CALMON (eds.), *XIII Congresso Mundial de Direito Processual – XIII World Congress of procedural law*, 2007, pp. 667 y ss. Véanse también los trabajos contenidos en el número especial de la *Uniform Law Review*, vol. VI, Issue 4, 2001, pp. 735 y ss.

⁶⁸ ALI / UNIDROIT, “Principles of Transnational Civil Procedure”, *Uniform Law Review*, 2004, p. 774.

etapa de alegaciones y para celebrar múltiples audiencias mientras el caso progresa”⁶⁹.

Este comentario refleja la idea de que el juez debe tener la suficiente discrecionalidad para establecer o modificar el procedimiento en la medida que la naturaleza del caso particular lo requiera. El comentario señala como ejemplo la posibilidad de decretar audiencias pero podría entenderse referido a cualquier otra actuación procesal. Aunque el texto no lo dice expresamente parece reflejar la idea de adaptabilidad del proceso de acuerdo a las características del caso concreto.

En segundo lugar, se usa la idea de flexibilidad como una característica que resulta mejor o más adecuada que la regulación ya existente en ciertos Estados. A propósito de la facultad muy restringida de corregir los escritos de alegaciones en algunos sistemas, el texto sugiere conceder más flexibilidad a las partes⁷⁰. En relación con la *litis pendencia*, sostiene que mientras algunos sistemas tienen normas muy estrictas otros aplican normas más flexibles⁷¹.

Por último, se sostiene que el principio 19 permite flexibilidad en relación con carácter escrito u oral de la prueba testimonial. Este principio establece que ordinariamente la prueba testimonial se presentará en forma oral pero también permite la presentación inicial del testimonio en forma escrita con interrogaciones orales posteriores del juez y las partes⁷². En este caso, el comentario parece reflejar la idea que la flexibilidad supone normas que no son absolutas, que no prescriben una única posibilidad de actuación sino que permiten o autorizan una o más formas de proceder.

En cambio, no hemos encontrado referencia alguna al término ni al concepto de flexibilidad en el texto de las *Rules of Transnational Civil Procedure*⁷³.

⁶⁹ “The concept of “structure” of a proceeding should be applied flexibly, according to the nature of the particular case. For example, if convenient a judge would have discretion to hold a conference in the pleading phase and to hold multiple conferences as the case progresses”. Cfr. ALI / UNIDROIT, “Principles of Transnational Civil Procedure”, *Uniform Law Review*, 2004, p. 776.

⁷⁰ ALI / UNIDROIT, “Principles of Transnational Civil Procedure”, *Uniform Law Review*, 2004, p. 778.

⁷¹ ALI / UNIDROIT, “Principles of Transnational Civil Procedure”, *Uniform Law Review*, 2004, p. 806.

⁷² ALI / UNIDROIT, “Principles of Transnational Civil Procedure”, *Uniform Law Review*, 2004, p. 794.

⁷³ Cfr. ALI / UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure. As adopted and promulgated by the American Law Institute and by UNIDROIT*, 2006, pp. 99 y ss. Sobre la

En consecuencia, a partir de la lectura de estos comentarios, pueden desprenderse las siguientes ideas: (1) la flexibilidad es una característica de ciertas regulaciones procesales, es decir, del procedimiento; (2) la flexibilidad también implica la posibilidad del juez para modificar el procedimiento de acuerdo a la naturaleza del caso; (3) por último, la flexibilidad también supone conferir a las partes o al juez dos o más posibilidades de actuación, o bien, establecer normas no absolutas.

4.7 Access to Justice Interim Report de 1995 y Access to Justice Final Report de 1996

En esta materia resultan especialmente interesantes los dos informes elaborados por Lord Wolf en Inglaterra: *Access to Justice Interim Report* y *Access to Justice Final Report*. Estos documentos son el resultado de una investigación encargada por el gobierno inglés a Lord Harry Wolf con el objeto de determinar los principales problemas de la justicia civil inglesa y formular propuestas de reforma⁷⁴. Estos documentos⁷⁵ fueron la base para la posterior dictación de las *Civil Procedure Rules* (en adelante *CPR*) inglesas de 1999.

En estos documentos la utilización del término “flexibilidad” no es especialmente relevante. En varias ocasiones se afirma la conveniencia de una regulación más “flexible” pero sin definir esta expresión. En el mejor de los casos se suele oponer a la idea de rigidez⁷⁶. Sí resulta especialmente

redacción de estas reglas: TARUFFO, “Drafting Rules for Transnational litigation”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, pp. 449 – 460. Para comentarios críticos: WALTER; BAUMGARTNER, “Improving the Prospects of the Transnational Rules of Civil Procedure Project: Some Thoughts on Purpose and Means of Implementation”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2000, pp. 477 – 497.

⁷⁴ LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report, to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1995. Disponible en red: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interim/woolf.htm>. (Última visita 12 de enero de 2016); LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report, to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1996. Disponible en red:

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>. (Última visita 12 de enero de 2016).

⁷⁵ Para una revisión general de estos informes véase: ZUCKERMAN, “The Woolf Report on Access to Justice – An Overview”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, pp. 31 – 42. Para comentarios y críticas sobre estos informes véase la obra ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on “Acces to Justice”*, 1995. En especial ZANDER, “Why Lord Woolf’s poposed reforms of civil litigation should be rejeted”, *Ibidem*, pp. 79 – 95.

⁷⁶ Por ejemplo, LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. I. 23.

relevante que en ambos documentos se contiene y desarrolla expresamente la idea que el procedimiento debe ser adecuado o proporcionado a las características de cada caso concreto. Sin embargo, no se usa el término “flexibilidad”, sino que se usan expresiones como “proporcionalidad” o “adecuación”.

Esta idea de que el procedimiento debe ser proporcionado a las características de cada caso concreto, tiene consagración expresa en el texto de las *CPR* de 1999. Se reconoce desde el comienzo del texto, en el *overriding objective*⁷⁷, pasando por el *case management*⁷⁸ hasta llegar a las normas para la determinación del procedimiento aplicable a cada caso⁷⁹. De hecho, esta noción constituye uno de los grandes aportes del derecho inglés a la justicia civil contemporánea⁸⁰.

En *Access to Justice Interim Report* se establecen una serie de objetivos de trabajo para el nuevo sistema dentro de los cuales se establece el siguiente:

“Los procedimientos deben ser dirigidos y dispuestos de la manera, al costo y en el plazo que sea apropiado, teniendo en cuenta la naturaleza de las cuestiones involucradas y los medios de las partes”⁸¹.

Por su parte, *Access to Justice Final Report* se refiere al objetivo predominante (*overriding objective*) impuesto a las partes y al tribunal: “El objetivo predominante de las reglas es ocuparse de los casos con justicia. Las reglas proveen una definición de 'ocuparse de los casos con justicia', que supone los principios de igualdad, economía, proporcionalidad y prontitud los cuales son fundamentales para un efectivo sistema de justicia contemporáneo”⁸². Luego, este objetivo predominante ha sido consagrado en las *CPR* como sigue:

⁷⁷ Rule 1.2 (c).

⁷⁸ Rules 3.1 y ss. En especial Rule 3.1 (6), (a) y (b).

⁷⁹ Rules 26. 6 y ss. En especial Rule 26.8. Véase el capítulo quinto, III, 4, pp. 388 y ss.

⁸⁰ Sobre el tema, véase SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 161 y ss.; ANDREWS, *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 94 y ss.; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 633 y ss.

⁸¹ “Proceedings should be conducted and disposed of in a manner, at a cost and within a timescale which is appropriate, taking into account the nature of the issues involved and the means of the parties”. Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 4.7.

⁸² “The overriding objective of the rules so as to deal with cases justly. The rule provides a definition of 'dealing with a case justly', embodying the principles of equality, economy,

The overriding objective

1.1. (1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.*

(2) *Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable –*

(a) ensuring that the parties are on an equal footing;

(b) saving expense;

(c) dealing with the case in ways which are proportionate –

(i) to the amount of money involved;

(ii) to the importance of the case;

(iii) to the complexity of the issues; and

(iv) to the financial position of each party;

(d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly;

(e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and

(f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders.

En relación con el *case management* se sostiene que:

“La gestión de casos será proporcionada. Habrá intervención judicial práctica solo en casos que lo requieran y lo valgan. Una gestión básica, con un calendario fijo y procedimiento estándar, será usado donde sea posible, en el *multi-track* como también en el *fast track*”⁸³.

“Mis propuestas de proporcionalidad de todo el sistema de justicia civil en general son sostenidas por el artículo 1 de las nuevas reglas el cual requiere que el tribunal se ocupe de los casos de una manera proporcionada al monto involucrado, la importancia o complejidad del asunto, y la situación financiera de las partes”⁸⁴.

“El principio central es que el tribunal gestionará cada caso, pero el tipo de gestión variará de acuerdo a las necesidades del caso... En términos generales, esto significa que los casos más simples necesitarán un acercamiento práctico menor

proportionality and expedition which are fundamental to an effective contemporary system of justice”. Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. I.8.

⁸³ “*Case management will be proportionate. There will be hands-on judicial intervention only in cases which will require and repay it. Basic management, with a fixed timetable and standard procedure, will be used wherever possible, on the multi-track as well as the fast track*”. LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. II, Cap. 1.7.

⁸⁴ “*My proposals for proportionality for the system of civil justice overall are underpinned by Rule 1 of the new rules which requires the court to deal with cases in ways proportionate to the amount involved, the importance or complexity of the issues, and the parties' financial position*”. LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. II, Cap. 2.19.

del tribunal y que los casos más complejos requerirán una implicación judicial mayor”⁸⁵.

Además, en estos documentos se concibe un sistema de tres procedimientos denominados “*tracks*”: *small claims track*, *the fast track* y *the multi-track*, que serán utilizados de acuerdo al monto involucrado y a la complejidad del asunto⁸⁶. En estos procedimientos se seleccionará el juez con los conocimientos y experiencias que el caso requiera. Además, se contempla la posibilidad que el juez, con o sin acuerdo de las partes, pueda modificar el procedimiento originalmente determinado, si la naturaleza o complejidad del asunto lo requiere⁸⁷. De hecho, para referirse a este sistema de tres procedimientos se utiliza expresamente el término flexibilidad:

“La esencia del sistema de *tracks* es que debe proporcionar un manejo flexible para casos que resultan ser más complejos de lo que puedan parecer inicialmente, o que requieren gestión de casos en una etapa pero no en las otras”⁸⁸.

Por último, en *Access to Justice Final Report* se establece expresamente que el procedimiento para los juicios sumarios será flexible. Aunque está referido a la determinación del carácter escrito u oral de la actividad probatoria⁸⁹.

Llegados a este punto y a partir de ambos documentos es posible extraer algunas ideas finales a modo de conclusión: (1) ambos informes plantean la idea básica de que la complejidad, la importancia, el valor, y en general, las características de cada caso deben ser consideradas para determinar cada procedimiento en particular; (2) ambos textos denominan a este concepto o propósito como proporcionalidad; (3) esta idea propuesta en los informes tuvo su recepción expresa en las *CPR* e inspira toda su

⁸⁵ “*The central principle is that the court will manage every case, but the type of management will vary according to the needs of the case... In broad terms, this means that simpler cases will need less of a hands-on approach by the courts and more complex cases will require greater judicial involvement*”. LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. II, Cap. 5.2. Véase también: LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 8.3.

⁸⁶ Sobre este sistema de tres *tracks* y su aptitud para conferir flexibilidad al procedimiento inglés, nos referiremos en extenso en el capítulo quinto y final de esta investigación. Véase el capítulo quinto, III, 4, pp. 388 y ss.

⁸⁷ LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 4.8; Secc. II, Cap. 6.10, 12, 13, 22, 23, 24; Secc. II, Cap. 8.3. LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. I. 3; Secc. II, Cap. 3.9, 10, 36.

⁸⁸ “*The essence of the tracking system is that it should provide flexible handling for cases which turn out to be more complex than they may initially appear, or which require judicial management at one stage but not at others*”. Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 6.24.

⁸⁹ LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. III, Cap 12.36.

regulación desde el *overriding objective*, pasando por el *case management* hasta la determinación del *track* aplicable; (4) esta idea parece ser un concepto más afinado y concretizado que nuestra idea de flexibilidad como adaptación del procedimiento a las características de cada caso concreto.

Sobre este concepto de proporcionalidad y su relación con la flexibilidad nos referiremos con más detalle en los apartados finales de este capítulo⁹⁰.

III. La flexibilidad en otras ramas del Derecho

Al comienzo de este capítulo hemos explicado que la noción de flexibilidad no es usualmente analizada ni explicada en el ámbito del Derecho procesal. Esta es precisamente la razón que justifica esta investigación. Sin embargo, esto no es así en otras ramas del ordenamiento jurídico. Cuando en materia jurídica se habla de flexibilidad las referencias al Derecho constitucional y al Derecho laboral son inmediatas, pues en estas ramas la noción de flexibilidad y rigidez son frecuentes. Por esta razón, destinamos el presente apartado para observar, al menos aproximativamente, qué se entiende en ellas por flexibilidad. Nuestra idea es descubrir elementos, enfoques o distinciones que puedan resultar útiles para efectos cumplir el objetivo de este primer capítulo, esto es, construir un concepto de flexibilidad que constituya una delimitación del objeto de estudio de la presente investigación.

1. La flexibilidad en el Derecho del trabajo

Con el objeto de alcanzar claridad conceptual y encontrar elementos que puedan ser útiles para el análisis, resulta lógico recurrir, en primer lugar, al paradigma de la flexibilidad en materia jurídica: la flexibilidad laboral. Sin embargo, nuestra investigación sobre el concepto de flexibilidad en la doctrina laboral ha sido decepcionante. Luego de consultar algunos artículos y monografías dedicados especialmente a la flexibilidad laboral tenemos más preguntas e incertidumbres que certezas.

Nos ha sorprendido la ausencia de definiciones claras y analíticas a la hora de analizar la flexibilidad laboral. La mayoría de los autores constata que “flexibilidad laboral” es un término ambiguo, polisémico o

⁹⁰ Véase capítulo primero, V, 3, pp. 62 y ss.

problemático⁹¹. Algunos reproducen definiciones de flexibilidad laboral que están referidas a distintas materias⁹². En el mejor de los casos, los autores presentan tipologías de flexibilidad en las cuales se agrupan cuestiones muy disímiles entre sí⁹³, sin que pueda reconocerse en ellas algún elemento común que les dé coherencia.

Incluso en un importante y conocido trabajo se llega a afirmar que “quienes creen que están participando en el mismo debate sobre la flexibilidad a escala internacional pueden estar refiriéndose a procesos muy diferentes dentro de contextos económicos, jurídicos e institucionales inconmensurables”⁹⁴. En este sentido, llama la atención que un concepto tan crítico, donde al parecer hay tanto en juego, no se analice ni esclarezca científicamente⁹⁵.

En el mejor de los casos, hemos encontrado algunas definiciones que no están referidas ni directa ni exclusivamente a la flexibilidad jurídica, que

⁹¹ POLLERT, “La ortodoxia de la flexibilidad”, en POLLERT (Comp.), *¿Adiós a la flexibilidad?*, 1994, pp. 48 y ss.; MEULDERS; WILKIN, “Labour Market Flexibility: Critical introduction to the análisis of a concept”, en *Labour Market Flexibility, Discussion Papers*, 1991, pp. 1 y 2. También publicado en: *Labour and society*, 1987, pp. 3 - 17; GAMONAL CONTRERAS, *Fundamentos de Derecho laboral*, 2014, p. 196; del mismo autor, “La flexibilidad laboral: Apuntes críticos”, *Revista Laboral Chilena*, 2003, p. 60; UGARTE CATALDO; *Derecho del trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho*, 2004, pp. 25 y 26.

⁹² POLLERT, “La ortodoxia de la flexibilidad”, en POLLERT (Comp.), *¿Adiós a la flexibilidad?*, 1994, pp. 54 y ss.; BOYER (dir.), *La flexibilidad del trabajo en Europa. Un estudio comparativo de las transformaciones del trabajo asalariado en siete países, entre 1973 y 1985*, 1986, pp. 277 y ss.; GAMONAL CONTRERAS, “La flexibilidad laboral”, *Cuadernos Jurídicos*, 1996, pp. 1 y ss.; ERMIDA URIARTE, “La flexibilidad en algunas experiencias comparadas”, en ROMAGNOLI; ERMIDA; TAPIA, *La transformación del Derecho del trabajo. Experiencias de flexibilidad normativa*, 1992, pp. 35 y ss.

⁹³ MEULDERS; WILKIN, “Labour Market Flexibility: Critical introduction to the análisis of a concept”, en *Labour Market Flexibility, Discussion Papers*, 1991, pp. 4 y ss.; GAMONAL CONTRERAS, “La flexibilidad laboral: Apuntes críticos”, *Revista Laboral Chilena*, 2003, p. 60; UGARTE CATALDO; *Derecho del trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho*, 2004, pp. 32 y ss.

⁹⁴ POLLERT, “La ortodoxia de la flexibilidad”, en POLLERT (Comp.), *¿Adiós a la flexibilidad?*, 1994, p. 51. La versión original fue publicada en lengua inglesa y contiene trabajos de varios autores. Cfr. POLLERT (ed.), *Farewell to flexibility?*, 1991.

⁹⁵ La gran excepción es COLLIER, *La empresa flexible. Estudio sociológico del impacto de la flexibilidad en el proceso de trabajo*, 1997, p. 4. Sin embargo, se trata de un trabajo monográfico de sociología aplicado al ámbito laboral y no está referido exclusivamente a cuestiones jurídicas. En este aspecto, la virtud científica de la monografía consiste en que, luego de presentar diversas definiciones posibles de flexibilidad laboral que se pueden encontrar en la literatura especializada, el autor opta por aquella que le resulta más útil para su trabajo y la toma como punto de partida para el desarrollo y análisis posterior. Es decir, fija desde un comienzo aquello que constituirá su objeto de estudio.

normalmente son vagas y generales, sin claridad de sus elementos, o bien, que carecen de neutralidad científica.

Así por ejemplo, Benavides sostiene que “la flexibilización laboral consiste en un conjunto de mecanismos de optimización de los recursos humanos, económicos, tecnológicos y físicos de la empresa, con tendencia a profundizarse y mantenerse en el tiempo, cuyo objetivo fundamental es la fácil adaptabilidad de las relaciones laborales a las exigencias económicas del mercado tanto interno como externo, dentro del marco de la juridicidad”⁹⁶.

López explica que: “Con el término flexibilidad laboral se alude, en general, a una visión crítica de las normas jurídicas sobre el trabajo asalariado, a las que se les demanda esfuerzos para facilitar la cada vez más necesaria adaptabilidad empresarial en un contexto de permanente aumento de competitividad. De allí que se aluda una y otra vez a la flexibilidad como recurrida receta para mejorar el desempeño empresarial y la creación de empleo”⁹⁷.

Por su parte, Tapia afirma formular una definición sociológica de la flexibilidad en relación con cuatro elementos: producto-producción; organización de la estructura productiva; la tecnología; y los recursos humanos. Sin embargo, se observa que mezcla aspectos sociológicos con aspectos organizacionales o empresariales⁹⁸.

En fin, Ugarte afirma que: “La flexibilidad laboral es, antes que todo, una idea que refleja y trasunta una determinada cultura e ideología dominante, que permite y alienta, precisamente, su explosión como una idea fundamental de las últimas décadas para el mundo del trabajo... la ideología que sustenta la globalización no es otra que la de free market, el

⁹⁶ BENAVIDES DE CASTAÑEDA, “La flexibilidad: nuevo paradigma de las relaciones laborales”, *Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, 2003, pp. 305 – 333.

⁹⁷ LÓPEZ F., “Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización laboral: un debate permanente”, *Labour Again, Online Publications*, 2007, pp. 1 – 17. Disponible en red: <http://www.iisg.nl/labouragain/documents/lopez-flexibilizacion.pdf>. (Última visita 11 de enero de 2016).

⁹⁸ TAPIA GUERRERO, “La flexibilidad en el Derecho chileno del trabajo”, en ROMAGNOLI; ERMIDA; TAPIA, *La transformación del Derecho del trabajo. Experiencias de flexibilidad normativa*, 1992, p. 66.

neoliberalismo, que se basa en el supuesto de masificación del crecimiento y la riqueza en el mundo por medio del mercado libre"⁹⁹.

Por otra parte, es común encontrar en la doctrina tipologías o clasificaciones de la flexibilidad. Sin embargo, estas poco aportan para clarificar el concepto de flexibilidad o a determinar sus elementos. Como señalamos anteriormente, en estas clasificaciones se suelen agrupar cuestiones bastante diversas sin que se exprese algún elemento común que les dé coherencia, más allá de estar todas referidas a cuestiones laborales.

La clásica tipología sobre la flexibilidad distingue por un lado, entre varias clases de flexibilidad interna (al interior de la empresa): horaria, salarial, funcional y, por el otro, la flexibilidad externa o numérica referida a la posibilidad de aumentar o disminuir el número de trabajadores: flexibilidad de entrada y de salida¹⁰⁰. Esta tipología clásica de la flexibilidad laboral está referida a los ámbitos sobre los que recae la flexibilidad: salarios, contratación, tiempo, funciones, etc. Esta tipología puede ser útil para describir el mercado del trabajo, o la regulación laboral, pero resulta poco reveladora de las características o elementos de la flexibilidad y ayuda poco al análisis.

Algunos autores agregan otras tipologías. Ermida Uriarte distingue entre flexibilidad de protección, flexibilidad de adaptación y flexibilidad de desregulación¹⁰¹. En un sentido similar Gamonal distingue entre flexibilidad de protección o aumento de derechos, flexibilidad de disminución de los beneficios, flexibilidad de adaptación y flexibilidad de desprotección¹⁰². En ambos casos, la tipología parece referirse a las consecuencias o finalidades

⁹⁹ UGARTE CATALDO, *Derecho del trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho*, 2004, pp. 26 y 27.

¹⁰⁰ MEULDERS; WILKIN, "Labour Market Flexibility: Critical introduction to the analysis of a concept", en *Labour Market Flexibility, Discussion Papers*, 1991, pp. 4 y ss.; COLLER, *La empresa flexible. Estudio sociológico del impacto de la flexibilidad en el proceso de trabajo*, 1997, p. 4; UGARTE CATALDO; *Derecho del trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho*, 2004, pp. 32 y ss.; GAMONAL CONTRERAS, "La flexibilidad laboral: Apuntes críticos", *Revista Laboral Chilena*, 2003, pp. 63 y ss.; del mismo autor, *Fundamentos de Derecho laboral*, 2014, pp. 198 y ss.; DILLA CATALÁ; SOBRINO GONZÁLEZ, "La inevitable flexibilidad de las condiciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2007, pp. pp. 77 - 93; RASO DELGUE, "Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del Derecho del trabajo?", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 1993, pp. 395 y ss.

¹⁰¹ ERMIDA URIARTE, "La flexibilidad en algunas experiencias comparadas", en ROMAGNOLI; ERMIDA; TAPIA, *La transformación del Derecho del trabajo. Experiencias de flexibilidad normativa*, 1992, pp. 35 y ss.

¹⁰² GAMONAL CONTRERAS, "La flexibilidad laboral: Apuntes críticos", *Revista Laboral Chilena*, 2003, pp. 63 y ss.

de la flexibilidad. Pero tampoco resultan muy útiles a efectos de conceptualizar la flexibilidad.

Estas clasificaciones reflejan el poco análisis conceptual que existe sobre la materia, pues una categorización de la flexibilidad podría partir primero refiriéndose a la fuente de la flexibilidad, o los elementos de los cuáles deriva, y después enfocarse en los aspectos que se ven afectados por ella o sus consecuencias. O dicho de otra manera, para analizar mejor las consecuencias que produce la flexibilidad en los diversos aspectos del derecho laboral, es necesario primero tener claridad sobre los medios como se expresa. De esta manera se pueden comparar las consecuencias que producen los diversos medios posibles.

Desde luego existen otras tipologías de flexibilidad, que pueden resultar un poco más útiles conceptualmente. Así por ejemplo, Ermida Uriarte distingue flexibilidad impuesta y flexibilidad pactada. Además distingue entre flexibilidad puramente jurídica y flexibilidad real o de fábrica¹⁰³. La primera clasificación nos da luces respecto del origen de la flexibilidad que puede ser la ley u otra legislación estatal (impuesta), o bien, contractual mediante acuerdos colectivos en materia sindical (pactada). En el segundo caso, de la clasificación se desprende que la flexibilidad puede ser jurídica, o bien, estar referida a otros aspectos laborales.

En cualquier caso, debemos reconocer que tras esta inmersión en la doctrina de la flexibilidad laboral, al menos hemos podido encontrar algunas ideas de cierta utilidad.

(1) En primer lugar, tenemos la impresión que tras la flexibilidad laboral en sus diversos aspectos es posible reconocer la idea de adaptabilidad. En la gran mayoría de los trabajos estudiados hemos podido darnos cuenta que la idea de adaptabilidad aparece constantemente y se reitera una y otra vez. Aunque normalmente se usa de forma inconsciente y sin que se la identifique como un elemento definitorio¹⁰⁴.

¹⁰³ ERMIDA URIARTE, "La flexibilidad en algunas experiencias comparadas", en ROMAGNOLI; ERMIDA; TAPIA, *La transformación del Derecho del trabajo. Experiencias de flexibilidad normativa*, 1992, p. 36. También se identifica una flexibilidad de hecho en UGARTE CATALDO; *Derecho del trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho*, 2004, p. 32.

¹⁰⁴ COLLER, *La empresa flexible. Estudio sociológico del impacto de la flexibilidad en el proceso de trabajo*, 1997, pp. 4, 37 y 43; DILLA CATALÁ; SOBRINO GONZÁLEZ, "La inevitable flexibilidad de las condiciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2007, pp. 77 y 84; GAMONAL CONTRERAS, "La flexibilidad laboral: Apuntes críticos", *Revista Laboral Chilena*, 2003, pp. 60, 61 y 63; *Fundamentos de Derecho laboral*, 2014, pp. 197, 198, 202;

Excepcionalmente, Meulders y Wilkin reconocen expresamente que a partir de un simposio internacional en la materia se deriva un tema general que puede reconducirse a la idea de “capacidad para adaptarse al cambio”¹⁰⁵. De acuerdo a los autores, esta idea común tiene la ventaja que permite un debate a un nivel suficientemente general y desde el principio libre de prejuicios. Además asegura una consideración tranquila del fenómeno. De hecho, este concepto supone por un lado, no prejuzgar los medios usados para alcanzar el objetivo, y además, implica que la necesidad de adaptación puede lograrse con diferentes formas de flexibilidad. Además, permite no enfocarse solo en una forma de flexibilidad sin considerar las demás¹⁰⁶.

Aunque el intento de definición está referido a la flexibilidad del mercado laboral y no se refiere exclusivamente a la flexibilidad de las normas jurídicas laborales, acierta al reconocer un elemento común que permita definir la flexibilidad en términos teóricos y neutros. De esta manera se enfoca adecuadamente el problema, identificando el elemento común, el ADN compartido, para luego poder identificar y analizar diferentes formas de flexibilidad y clasificarlas. Además permite un acercamiento teórico neutro, no ideológico y sin prejuicios. Sin determinar un elemento común se incurre en el error, como lo ha hecho la doctrina antes analizada, de mezclar y reunir cosas muy diferentes entre sí y sin más coherencia que estar todas referidas a cuestiones laborales.

(2) En segundo lugar, la idea de flexibilidad en materia laboral se contrapone acertadamente a la idea de rigidez. Sin embargo, se reconoce

QUINTANA HERNÁNDEZ, “¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, Derechos laborales y sociales en tiempos de crisis: por un reparto justo de la riqueza = Lan eta gizarte eskubideak krisi garaietan: aberastasunaren banaketa zuzen baten alde*, 2012, pp. 133 y 134; ROMAGNOLI, “Las transformaciones del Derecho del trabajo”, en ROMAGNOLI; ERMIDA; TAPIA, *La transformación del Derecho del trabajo. Experiencias de flexibilidad normativa*, 1992, p. 17; ERMIDA URIARTE, “La flexibilidad en algunas experiencias comparadas”, en ROMAGNOLI; ERMIDA; TAPIA, *La transformación del Derecho del trabajo. Experiencias de flexibilidad normativa*, 1992, pp. 33, 35 y 44; OJEDA AVILÉS, *La deconstrucción del Derecho del trabajo*, 2010, p. 557.

¹⁰⁵ MEULDERS; WILKIN, “Labour Market Flexibility: Critical introduction to the analysis of a concept”, en *Labour Market Flexibility, Discussion Papers*, 1991, p. 2.

¹⁰⁶ MEULDERS; WILKIN, “Labour Market Flexibility: Critical introduction to the analysis of a concept”, en *Labour Market Flexibility, Discussion Papers*, 1991, pp. 2 y 3.

que ambos conceptos no son totalmente antagónicos sino que deben equilibrarse adecuadamente¹⁰⁷.

(3) Además, algún autor ha afirmado la flexibilidad del contenido de ciertas normas y de ciertos conceptos jurídicos del Derecho laboral, como por ejemplo, el “orden público” o la causal de despido “necesidades de la empresa”¹⁰⁸.

Recapitulando lo afirmado en este apartado, podemos terminar conservando a lo menos cinco ideas: (1) la incertidumbre conceptual sobre la flexibilidad laboral refuerza nuestra idea de la importancia de definir y delimitar desde el comienzo de esta investigación qué es la flexibilidad procedimental; (2) tras la flexibilidad laboral muchas veces se encuentra la idea genérica de adaptabilidad; (3) la flexibilidad tiene como contrapartida la rigidez; (4) la flexibilidad puede estar referida a diversos aspectos, entre ellos, a la regulación jurídica; y (5) en este último ámbito, la flexibilidad también puede predicarse del contenido de las normas jurídicas.

2. *La flexibilidad en el Derecho constitucional*

En materia de Derecho constitucional la flexibilidad se suele predicar de la constitución como fuente formal. En este sentido se suelen calificar las constituciones de rígidas o flexibles.

De acuerdo a las explicaciones tradicionales las constituciones rígidas son aquellas para cuya modificación o derogación se requieren realizar trámites más complejos y exigentes (normalmente un quorum superior) que los necesarios para modificar o derogar una ley ordinaria¹⁰⁹. Las

¹⁰⁷ COLLER, *La empresa flexible. Estudio sociológico del impacto de la flexibilidad en el proceso de trabajo*, 1997, p. 36; POLLERT, “La ortodoxia de la flexibilidad”, en POLLERT (Comp.), *¿Adiós a la flexibilidad?*, 1994, p. 54; GAMONAL CONTRERAS, *Fundamentos de Derecho laboral*, 2014, pp. 199, 200, 206; “La flexibilidad laboral: Apuntes críticos”, *Revista Laboral Chilena*, 2003, pp. 61 y 65; TAPIA GUERRERO, “La flexibilidad en el Derecho chileno del trabajo”, en ROMAGNOLI; ERMIDA; TAPIA, *La transformación del Derecho del trabajo. Experiencias de flexibilidad normativa*, 1992, pp. 94 y ss.

¹⁰⁸ GAMONAL CONTRERAS, *Fundamentos de Derecho laboral*, 2014, p. 202; “La flexibilidad laboral: Apuntes críticos”, *Revista Laboral Chilena*, 2003, p. 64.

¹⁰⁹ BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, 1962, pp. 19 y ss., 94 y ss.; FERRERES COMELLA, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2000, p. 30.

constituciones flexibles, en cambio, son aquellas para cuya modificación o derogación se requiere realizar los mismos trámites de una ley ordinaria¹¹⁰.

En materia constitucional, sin embargo, frente a la idea de rigidez, también se suele oponer la noción de mutación constitucional. De acuerdo a las explicaciones tradicionales, la mutación constitucional consiste en el cambio o modificación inconsciente del contenido de la constitución sin alterar su texto. Se trata de una modificación del significado de las disposiciones constitucionales al momento de su concreción normativa¹¹¹. En este sentido, de forma no intencionada, el texto de la constitución puede aplicarse de forma diferente y a circunstancias diversas en el transcurso del tiempo¹¹².

Como se puede apreciar, tanto las nociones de constitución flexible como la de mutación constitucional aluden a la idea de cambio de las normas constitucionales. La diferencia radica en que la mutación constitucional supone un cambio al margen de los procedimientos formales de reforma. De

¹¹⁰ BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, 1962, pp. 19 y ss. De hecho, el autor vincula expresamente el concepto de constitución flexible con las ideas elasticidad y adaptabilidad: "Las constituciones del tipo más antiguo pueden llamarse flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus características principales". *Ídem*, p. 26. Véase también, GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, 1999, pp. 276 y 277. Quien también vincula el carácter flexible de la constitución a la idea de adaptabilidad: "Esta flexibilidad técnico-jurídica le permite también una gran flexibilidad política, puesto que no se encuentra con obstáculos jurídico-formales para adaptarse no ya a las nuevas situaciones históricas de carácter normal, sino también a las situaciones excepcionales y, en principio, transitorias", *Ídem*, p. 277.

¹¹¹ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, 1983, pp. 164 y 165; SÁNCHEZ URRUTIA, "Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. Una aproximación al origen del concepto", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000, pp. 105 y ss.; SANT'ANA PEDRA, "Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la constitución", *Estudios Constitucionales*, 2012, pp. 379 y ss.; BASSA MERCADO; ASTE LEIVA, "Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, 2015, pp. 216 y ss.

¹¹² Así por ejemplo, la cláusula de igual protección de las leyes del Derecho norteamericano en algún momento permitió justificar la esclavitud y la segregación racial para luego prohibir cualquier forma de discriminación. Cfr. SANT'ANA PEDRA, "Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la constitución", *Estudios Constitucionales*, 2012, pp. 379 y ss. Del mismo modo, el principio democrático establecido en el art. 4 de la Constitución de Chile ha sido interpretado desde una concepción de democracia protegida en la dictadura hacia una concepción de democracia que avanza hacia una más plena realización durante los gobiernos democráticos. Cfr. BASSA MERCADO; ASTE LEIVA, "Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, 2015, p. 218.

esta manera, ambas nociones se acercan a la flexibilidad en el sentido simple (como cambio o modificación) antes explicado.

Sin embargo, la noción de mutación constitucional presenta un aspecto adicional interesante. En la medida que esta supone un cambio del significado de la norma sin afectar su texto, esto implica que la misma disposición constitucional pueda aplicarse a diversas situaciones. En este sentido, la idea de mutación constitucional se acerca en alguna medida a la idea de adaptación.

IV. Hacia un concepto funcional y estructural de flexibilidad procedimental

1. Precisiones y premisas

El presente apartado tiene por objeto adoptar una postura en relación con contenido del concepto de flexibilidad procedimental y construir una definición que logre reflejar claramente esta idea y sus elementos. Para ello es necesario recapitular brevemente y tener en cuenta las conclusiones ya adelantadas en los apartados anteriores:

(1) Desde el punto de vista de la etimología y del lenguaje natural la flexibilidad puede ser entendida en un sentido más simple como cambio o variación, o bien, en un sentido más complejo como adaptación o adecuación a ciertas circunstancias.

(2) En materia arbitral, la doctrina mayoritaria entiende la flexibilidad como la facultad del árbitro o las partes para determinar o modificar el procedimiento (sentido restringido). Sin embargo, algunos autores entienden la flexibilidad como adaptación o adecuación del procedimiento a las circunstancias de cada caso concreto (sentido amplio). Similar incertidumbre puede observarse en ciertos antecedentes legislativos en la materia, de los cuales surge la duda de si la flexibilidad debe entenderse simplemente como cambio o variación, o bien, como adaptación o adecuación.

Por nuestra parte, en trabajos anteriores hemos sostenido que en materia arbitral es preferible adoptar un concepto amplio de flexibilidad y entenderla como adaptación o adecuación. Fundamentalmente por dos razones. Porque esta idea se encuentra expresa o implícitamente en diversos

estudios, análisis o documentos en materia arbitral. Además, porque adoptar un concepto más amplio de flexibilidad puede contribuir a enriquecer el análisis, pues nos obliga a estudiar otros mecanismos que permitan conferir flexibilidad al procedimiento además de las facultades de modificación o determinación del procedimiento¹¹³.

Llegados a este punto, y en la necesidad de adoptar una postura sobre el concepto de flexibilidad del procedimiento civil para los efectos de esta investigación, nos inclinamos por la misma conclusión adoptada en materia arbitral. Estimamos que es preferible utilizar un concepto amplio de flexibilidad y entenderla como adaptación o adecuación del procedimiento a las circunstancias de cada caso concreto. Nuestra postura se funda en diversas razones:

(1) Por lo pronto, el segundo argumento esgrimido en materia arbitral se puede extender perfectamente al procedimiento civil. Es decir, resulta más útil y provechoso científicamente hablando no restringir la flexibilidad a las facultades para determinar o modificar el procedimiento. La razón, es que una postura amplia nos obliga a investigar y analizar otros elementos o mecanismos jurídicos que permitan dar flexibilidad al procedimiento¹¹⁴.

(2) En segundo lugar, y muy importante, este es el sentido en que se entiende la flexibilidad en materia procesal civil actualmente. Aunque el uso del término es escaso, la doctrina más reciente suele atribuirle este significado y esgrimir la flexibilidad como una característica deseable del proceso civil contemporáneo¹¹⁵. Además, esta idea es considerada hoy como una de las grandes tendencias de los procesos de reforma al proceso civil contemporáneo¹¹⁶, lo cual invita a adoptarla como elemento de análisis para

¹¹³ Véase capítulo cuarto, pp. 201 y ss. PEÑA ADASME, *Un procedimiento a medida: la flexibilidad procedimental del arbitraje en la ley 60/2003*, 2014, pp. 13 y ss.; “La flexibilidad procesal del arbitraje en la Ley 60/2003. Concepto y fundamentos”, *Anuario de justicia alternativa*, 2017, pp. 53 y ss.

¹¹⁴ Este será, precisamente, el objeto del cuarto capítulo de esta investigación.

¹¹⁵ Por ejemplo, TARUFFO, “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, p. 204; del mismo autor, “Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 121 y 122. En España, véase NIEVA FENOLL, “Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional”, en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, 2009, p. 26; RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2013, pp. 76 y 77. En Francia, véase CADIET, “La justicia civil francesa entre eficiencia y garantías”, *Civil Procedure Review*, 2013, p. 37.

¹¹⁶ TROCKER; VARANO, “Concluding remarks”, en TROCKER; VARANO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, pp. 247 - 248.

esta investigación. Además, recientemente más de algún autor, sin utilizar el término flexibilidad, ha abogado por la necesidad de que el procedimiento se adapte o se adecúe a las necesidades y particularidades de cada caso¹¹⁷.

(3) Aunque los antecedentes legislativos no son especialmente claros sobre el punto y no es posible extraer una conclusión definitiva, en más de alguna ocasión es posible encontrar la idea de que el procedimiento se ajuste o adecúe a las circunstancias del caso, sea que se le llame flexibilidad o se utilice otro término. En este sentido, es especialmente relevante la moderna regulación de las *CPR* inglesas de 1999 y sus estudios preparatorios, en donde esta idea aparece a lo largo de todo el texto.

(4) Esta noción es perfectamente compatible etimológica y semánticamente al menos con uno de los sentidos de la expresión “flexibilidad” (sentido complejo), tanto en idioma español como inglés, estudiados en el primer apartado de este capítulo¹¹⁸.

(5) Las dificultades conceptuales de la flexibilidad en el Derecho laboral expuestas anteriormente difícilmente nos permiten encontrar un argumento definitivo sobre el punto. Sin embargo, reiteramos que la idea de adaptabilidad se encuentra expresa o implícitamente, orbitando diversos estudios sobre la flexibilidad laboral. Y en consecuencia, atribuir al concepto de flexibilidad la idea de adaptabilidad no resulta especialmente extraño o inadecuado si se lo compara con la flexibilidad laboral.

(6) En materia constitucional, las nociones de constitución flexible y mutación constitucional hacen referencia a la idea de cambio. En este sentido se acercan al concepto de flexibilidad en su sentido simple. Sin embargo, la noción de mutación constitucional presenta algunos aspectos interesantes que la acercan de alguna manera a la idea de adaptabilidad.

¹¹⁷ Por ejemplo, ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 48.

¹¹⁸ Véase capítulo primero, I, pp. 11 y ss.

2. Concepto funcional y estructural de flexibilidad¹¹⁹

A partir de estas consideraciones, y desde un punto de vista funcional, podemos definir la flexibilidad procedimental en materia procesal civil como una cualidad o característica del procedimiento en virtud del cual este no está sujeto a normas rígidas e invariables. Por el contrario, las actuaciones procesales se rigen por normas procesales que pueden ser adaptadas por las partes o por el juez, al comienzo o durante el proceso, de acuerdo con las características y circunstancias del caso concreto objeto de la controversia. En otras palabras, la flexibilidad procedimental *es la aptitud del procedimiento para ser adaptable, ajustable o adecuado a las necesidades y circunstancias del caso concreto*¹²⁰.

A su vez, desde un punto de vista estructural, el concepto de flexibilidad procedimental está compuesto por tres elementos¹²¹: (1) Las facultades conferidas a las partes y al árbitro para determinar y/o modificar el procedimiento arbitral; (2) los principios y normas jurídicas que, a partir de sus características y contenido normativo, son en sí mismas flexibles y, (3) la regulación antiformalista de la invalidez procesal. Los dos últimos elementos están referidos a la flexibilidad de las normas procesales individualmente consideradas. En cambio, el primer elemento está referido a la flexibilidad del procedimiento en su conjunto¹²².

A partir de estas definiciones de flexibilidad procedimental en materia procesal civil es necesario tener en cuenta algunos elementos que se desprenden de su contenido:

(1) Definir la flexibilidad del procedimiento a partir de la idea de adaptación o adecuación no supone necesariamente excluir la idea de cambio o variación, pues puede existir una relación entre ambas. Sin embargo, se trata de una relación contingente. En efecto, desde un punto de vista lógico, la idea de cambio o variación del procedimiento no es condición necesaria ni

¹¹⁹ Sobre el concepto de flexibilidad ya nos hemos referido en PEÑA ADASME, *Un procedimiento a medida: la flexibilidad procedimental del arbitraje en la ley 60/2003*, 2014, pp. 13 y ss.; “La flexibilidad procesal del arbitraje en la Ley 60/2003. Concepto y fundamentos”, *Anuario de justicia alternativa*, 2017, pp. 53 y ss.

¹²⁰ PEÑA ADASME, *Un procedimiento a medida: la flexibilidad procedimental del arbitraje en la ley 60/2003*, 2014, p. 16; “La flexibilidad procesal del arbitraje en la Ley 60/2003. Concepto y fundamentos”, *Anuario de justicia alternativa*, 2017, p. 55.

¹²¹ PEÑA ADASME, “La flexibilidad procesal del arbitraje en la Ley 60/2003. Concepto y fundamentos”, *Anuario de justicia alternativa*, 2017, pp. 56 y 57.

¹²² Sobre estos distintos mecanismos que permiten conferir flexibilidad al procedimiento civil, véase capítulo cuarto, pp. 201 y ss.

suficiente del concepto de flexibilidad. Por una parte, la flexibilidad no supone necesariamente cambio pues puede haber adaptabilidad sin cambio¹²³. A su vez, la noción de cambio o variación no es equivalente a adaptación, pues la flexibilidad no implica cualquier tipo de cambio o variación. La flexibilidad implica un cambio determinado o condicionado por las circunstancias y particularidades del caso concreto. Por lo tanto, la relación entre flexibilidad y cambio es contingente, no debiendo identificarse la primera noción con la segunda¹²⁴.

Como desarrollaremos en detalle en el capítulo cuarto de esta investigación, entre los mecanismos que permiten conferir flexibilidad al procedimiento existen algunos que sí coinciden con la idea de cambio o variación del procedimiento, fundamentalmente las facultades de las partes o las potestades del juez para variar el procedimiento legalmente establecido. Sin embargo, existen otros mecanismos que no son equiparables a la idea de cambio, como por ejemplo, las normas de contenido flexible y la regulación de la invalidez procesal. Por lo tanto, la idea de flexibilidad como adaptación no puede identificarse o equipararse completamente a la idea de cambio o variación.

(2) En segundo lugar, la flexibilidad es una característica que se predica de las normas jurídicas que regulan el proceso. Esta característica puede atribuirse a la regulación en su conjunto, es decir, al procedimiento. Puede atribuirse a una institución o conjunto de normas como, por ejemplo, los escritos de postulación, los recursos, la audiencia preliminar, etc. Y también puede atribuirse a una norma en particular.

(3) La flexibilidad no es un concepto absoluto sino relativo pues tiene como contrapartida la rigidez. No es posible establecer una oposición tajante entre flexibilidad y rigidez pues en una norma o conjunto de normas siempre concurrirá algún grado de flexibilidad y algún grado de rigidez. Es muy difícil encontrar una disposición absolutamente rígida pues las normas se expresan por medio del lenguaje y están afectas a los problemas de indeterminación propios de este¹²⁵. Por su parte, difícilmente encontraremos una norma absolutamente flexible pues la certeza y seguridad a la cual el Derecho debe apuntar limitará una absoluta o

¹²³ Al menos conceptualmente, un objeto puede tener la particularidad de adaptarse a varias circunstancias sin que esto suponga un cambio o modificación del mismo.

¹²⁴ PEÑA ADASME, "La flexibilidad procesal del arbitraje en la Ley 60/2003. Concepto y fundamentos", *Anuario de justicia alternativa*, 2017, Barcelona, p. 55.

¹²⁵ Sobre este tema, véase capítulo cuarto, II, pp. 205 y ss.

completa flexibilidad. Por el contrario, la verdad es que la flexibilidad o rigidez es una cuestión de grado y, en consecuencia, una norma o un procedimiento determinado pueden ubicarse en cualquier lugar intermedio en una línea constante entre los dos extremos teóricos: la absoluta rigidez procedimental y la absoluta flexibilidad procedimental.

La rigidez y flexibilidad de las normas jurídicas se encuentran en constante tensión pues ambas responden o buscan proteger valores diferentes. La rigidez busca proteger fundamentalmente los derechos y garantías de carácter procesal. También promueve la seguridad jurídica y la previsibilidad de las normas. En cambio, la flexibilidad busca alcanzar la eficacia y eficiencia del procedimiento¹²⁶.

En atención a lo señalado anteriormente, aunque esta investigación está referida a la flexibilidad del procedimiento civil, también deberemos referirnos a algunos aspectos de la rigidez del procedimiento. Una comprensión correcta de la flexibilidad exige también comprender y analizar aquellas rigideces que actúan como fronteras infranqueables para la flexibilidad, es decir, a los límites de la flexibilidad procedimental. Esta correcta comprensión de la flexibilidad supone entonces, analizar e identificar el delicado equilibrio que debe existir entre los diversos valores procesales que se encuentran involucrados en esta materia. Por esta razón, cuando en el capítulo cuarto de esta investigación analicemos los diversos mecanismos que confieren flexibilidad al procedimiento, respecto de cada uno de ellos destinaremos un apartado al análisis de sus límites particulares. Los límites de cada mecanismo flexibilizador, tomados en su conjunto, permitirán construir y comprender los límites generales a la flexibilidad procedimental en materia procesal civil.

(4) Por último, la flexibilidad es una cualidad del procedimiento por el cual este es capaz de adaptarse a las diversas características y circunstancias de cada caso concreto objeto de la controversia. Desde luego, el procedimiento no tiene voluntad propia. Por lo tanto, adaptabilidad del procedimiento implica que serán los operadores jurídicos, fundamentalmente el juez y partes, quienes al interpretar y aplicar las normas las adaptarán a las necesidades del cada caso concreto.

¹²⁶ PEÑA ADASME, "La flexibilidad procesal del arbitraje en la Ley 60/2003. Concepto y fundamentos", *Anuario de justicia alternativa*, 2017, p. 56. Destacando esta tensión, véase SCOTT, "Caseflow management in the Trial Court", en ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on "Access to Justice"*, 1995, p. 22.

V. Algunos conceptos cercanos a la flexibilidad

1. Principio de adaptabilidad y flexibilidad

La primera distinción que es necesario realizar busca diferenciar el concepto de flexibilidad formulado en esta investigación de la idea de adaptabilidad de la legislación procesal a la materia objeto de regulación. Aunque existe una estrecha relación entre ambas ideas, pues tienen el mismo fundamento, se trata de conceptos diferentes y que es necesario distinguir.

La adaptabilidad supone que la legislación procesal debe tener en cuenta y adaptarse a la materia que es objeto de regulación. Se trata que el Derecho procesal tenga presente las particularidades de los diversos tipos de controversias y contemple normas que se adecuen a dichas particularidades. En cambio, como señalamos anteriormente, en nuestro concepto la flexibilidad es la aptitud del procedimiento para ser adaptado, por las partes y por el juez, a las diversas características y circunstancias del caso concreto objeto de la controversia y de las partes involucradas.

Algunos autores se refieren al primer tipo de adaptabilidad como principio de adaptación del procedimiento¹²⁷. Otros, en cambio, se refieren a ambas ideas con la expresión “principio de adaptabilidad”¹²⁸. Didier se refiere al primero como principio de adecuación y al segundo como principio de adaptabilidad¹²⁹.

La adaptabilidad del primer tipo es una adaptabilidad abstracta o genérica. Ella busca que, al momento de legislar, la regulación procesal se adapte a las características comunes que presentan la generalidad de casos, o bien, un grupo más o menos amplio de materias. Se trata de una adaptabilidad sin rostro, pues no toma en consideración las circunstancias particulares del conflicto ni de las partes involucradas. Así por ejemplo, la regulación del procedimiento en materias de familia puede requerir la necesidad de regular formas de conciliación o mediación previas o coetáneas al juicio, puede requerir la existencia de sujetos con conocimientos

¹²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2007, pp. 233 – 241.

¹²⁸ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 502.

¹²⁹ DIDIER JR., “Sobre dois importantes, e esquecidos, principios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento”, en *Gênese – Revista de direito procesual civil*, 2001, pp. 530 – 541.

especiales, como el Consejo Técnico en Chile¹³⁰, o bien, puede exigir respetar un principio especial, como el interés superior del niño o del cónyuge más débil¹³¹.

En cambio, la flexibilidad supone una adaptabilidad concreta y específica. Pues supone que la regulación procesal sea adaptada en cada caso, por el juez y/o las partes, de acuerdo a las características y particularidades de las partes involucradas y del conflicto objeto del proceso.

Como se puede apreciar, la adaptabilidad en el primer caso se refiere fundamentalmente al momento de creación de las normas procesales y, por lo tanto, apunta principalmente al legislador. En este sentido podría llamarse adaptabilidad legislativa o pre-legislativa. En cambio, la flexibilidad se refiere fundamentalmente al momento de aplicación de las normas procesales y recae en el juez y las partes. Es decir, la flexibilidad es post-legislativa o aplicativa, pues opera con las normas procesales ya existentes.

Esta distinción también puede entenderse recurriendo a la distinción entre discurso de fundamentación y discurso de aplicación¹³². La adaptabilidad en el primer caso, constituye un discurso de fundamentación el cual busca justificar la regulación procesal y sus diversas particularidades para una generalidad de casos, y sin referencia a una situación concreta. En cambio, la flexibilidad supone un discurso de aplicación el cual justifica la

¹³⁰ Artículo 5 LTF: “Funciones. La función de los profesionales del consejo técnico será la de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad”.

¹³¹ Artículo 16 LTF: “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.

¹³² GÜNTHER, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1995, pp. 278 y ss. Véase también, ATRIA, “Las circunstancias de la derrotabilidad”, *Revista de Ciencias Sociales*, 2000, pp. 448 – 456; “Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004, pp. 128 – 133; *La forma del derecho*, 2016, pp. 208 – 212; “Creación y aplicación del Derecho: entre formalismo y escepticismo”, en ATRIA *et al.*, *Lagunas en el Derecho*, 2005, pp. 47 – 50; GANDULFO RAMÍREZ, “La validez en los contextos de fundamentación y aplicación”, *Revista de ciencias sociales. John Rawls Estudios en su memoria*, 2002, pp. 491, 513 y ss. En la doctrina procesal chilena, véase MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 40 – 42; NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, pp. 64 – 66; NÚÑEZ OJEDA, “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo”, *Ius et Praxis*, 2008, pp. 201 – 204.

adaptación de las normas procesales en atención a las características del conflicto y las partes involucradas en el caso concreto.

Ambos tipos de adaptabilidad, aunque diferentes, tienen el mismo fundamento o justificación: la instrumentalidad del Derecho procesal, fundamentalmente en su aspecto positivo o eficacia¹³³. En palabras de Cappelletti:

“Pero este carácter de la *instrumentalidad del derecho procesal*, y de la instrumentalidad, por consiguiente, de la técnica misma del proceso, implica una consecuencia importante: lo mismo que cualquier otro instrumento, así también aquel instrumento que es el derecho procesal, para ser eficaz o sea para conseguir cumplir eficazmente su finalidad, debe adaptarse a la particular naturaleza del propio objeto”¹³⁴.

Como se puede apreciar, aunque ambas formas de adaptabilidad están relacionadas por tener un fundamento común, son distintas. Ambas difieren tanto en el momento en que son relevantes, los sujetos a los que están referidos, y al tipo de discurso jurídico que suponen. Por esta razón es necesario distinguirlas y no confundirlas.

Aunque el primer tipo de adaptabilidad es importante, ella no será analizada y estudiada en esta investigación, pues este trabajo abordará exclusivamente la flexibilidad.

2. *Formalismo y flexibilidad*

Una segunda distinción que es necesario hacer tiene por objeto diferenciar la flexibilidad del formalismo. La distinción es necesaria pues algunas veces se suele contraponer la flexibilidad al formalismo¹³⁵. Además, se suele explicar o hacer sinónimos el concepto de flexibilidad con conceptos opuestos al formalismo como “antiformalismo” o “desformalización”¹³⁶. Sin

¹³³ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 467, 502 y 503; DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 258 y 259. Sobre la instrumentalidad, véase capítulo tercero, I, pp. 129 y ss.

¹³⁴ CAPPELLETTI, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, 1973, p. 18.

¹³⁵ Cfr. Por ejemplo, ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2007, p. 78. Véase también ALVARO DE OLIVEIRA, “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, *Revista Jurídica del Perú*, 2010, p. 303.

¹³⁶ Cfr. Por ejemplo, CARRETTA MUÑOZ, “La desformalización del proceso judicial de familia e infancia”, *Revista de Derecho*, 2014, pp. 482, 484, 487, 489 y 492; del mismo autor, “Análisis dogmático sobre la desformalización del proceso judicial de familia chileno. Parte Final”, *Revista de Derecho*, 2015, pp. 190, 191, 200 y 201. En este sentido, es sintomático

embargo, estas alusiones recíprocas al formalismo y a la flexibilidad están lejos de ser autoevidentes y de facilitar la comprensión.

El concepto de formalismo es bastante complejo de analizar y entender por varias razones. En primer lugar, se trata de un concepto que es usado en diversos ámbitos: en la filosofía general¹³⁷, en la filosofía y teoría del Derecho y en el Derecho procesal, y en cada uno de ellos puede tener significados cercanos o afines, pero diferentes. En segundo lugar, se trata de un concepto ambiguo, pues en cada ámbito es posible reconocer diversos significados¹³⁸. En tercer lugar, al igual que la flexibilidad, el formalismo también es un concepto relativo y su correcta comprensión supone analizar su opuesto teórico. Pero este opuesto teórico, además de presentar diversas denominaciones (antiformalismo, desformalización, formalismo excesivo, etc.), será diferente según sea las diversas acepciones de formalismo.

Atendidas estas dificultades conceptuales, los siguientes apartados tendrán por objeto analizar los diferentes significados del formalismo en la teoría general, en la filosofía del Derecho y en el Derecho procesal y distinguir estos conceptos de la flexibilidad procesal, determinando correctamente sus relaciones recíprocas.

2.1 Formalismo jurídico

A partir de la obra clásica de Bobbio¹³⁹, en el ámbito de la teoría general y de la filosofía del Derecho es posible distinguir al menos cuatro acepciones de formalismo jurídico:

(1) En una primera acepción, el término “formalismo” alude a una teoría de la justicia según la cual el carácter justo de un acto depende solamente de su conformidad con la ley. Es decir, de acuerdo a esta teoría una conducta sería

que la investigación cualitativa realizada por el autor sobre la forma de entender la desformalización por 27 jueces de familia de Chile, diera como resultado que estos entienden la desformalización de maneras diversas. Una de las cuales entendía la desformalización como flexibilidad o adaptación, *Ibidem*, p. 184 y ss.

¹³⁷ Véase también, LLANO ALONSO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparatista*, 2009, pp. 30 – 34; ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2007, pp. 23 y 24.

¹³⁸ Un ejemplo paradigmático, ALVARO DE OLIVEIRA, “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, *Revista Jurídica del Perú*, 2010, pp. 291 – 310.

¹³⁹ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, 2015. Véase también LLANO ALONSO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparatista*, 2009, pp. 29 – 48; ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2007, pp. 24 y 25.

justa si es conforme a la ley y sería injusta si es contraria a ella. Esta noción de formalismo se suele denominar también como legalismo o concepción formal de la justicia, aunque Bobbio prefiere denominarlo “formalismo ético”¹⁴⁰.

A este tipo de formalismo se opone cualquier teoría que haga depender la justicia de una conducta de algo más que la mera conformidad con la ley, como puede ser el contenido, la naturaleza, el fin, las consecuencias del acto, etc.

(2) En segundo lugar, el término “formalismo” hace referencia a ciertas teorías del Derecho que explican el fenómeno jurídico “como una forma (generalmente constante) respecto de un contenido (generalmente variable)”¹⁴¹. Según estas teorías aquello que mejor permite comprender y caracterizar el Derecho no es la materia de reglamentación o el contenido sino su forma¹⁴². El ejemplo más claro de una teoría de este tipo es la teoría de Kelsen.

A este tipo de formalismo se opone cualquier explicación teórica que haga referencia al contenido del Derecho, al fin que persigue, a sus valores, etc¹⁴³.

(3) Además, el término “formalismo” hace referencia a una concepción de la ciencia jurídica como ciencia formal. En palabras de Bobbio, no se trata de equiparar la ciencia jurídica con otras ciencias formales como la lógica, sino simplemente de un cierto modo de concebir la experiencia jurídica y de hacer ciencia del Derecho¹⁴⁴. En esta tercera acepción, el formalismo implica que la ciencia jurídica “no tiene por objeto hechos del mundo físico o humano, sino calificaciones normativas de hechos y cuya tarea no es la explicación propia de las ciencias naturales, sino la *construcción* y, en última instancia, el sistema”¹⁴⁵. Es decir, el formalismo supone una cierta

¹⁴⁰ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, 2015, p. 85; LLANO ALONSO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparatista*, 2009, pp. 36 – 38.

¹⁴¹ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, 2015, pp. 88 y 89.

¹⁴² BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, 2015, p. 89; LLANO ALONSO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparatista*, 2009, pp. 39 – 44.

¹⁴³ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, 2015, p. 91.

¹⁴⁴ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, 2015, p. 92.

¹⁴⁵ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, 2015, p. 92. Véase también LLANO ALONSO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparatista*, 2009, pp. 44 – 46.

delimitación del objeto de estudio de la ciencia jurídica y la determinación de las tareas que le competen.

Este tipo de formalismo se opone a cualquier postura que entienda el objeto de la ciencia jurídica más allá de las simples calificaciones normativas, como pueden ser los hechos sociales o históricos con relevancia jurídica. Además, se opone a cualquier postura que entienda como tareas propias de la ciencia jurídica, por ejemplo, explicaciones causales, funcionales o teleológicas de una institución.

(4) Por último, la expresión “formalismo” puede aludir también a una teoría de la interpretación jurídica, ya sea en lo referido al método de interpretación de las leyes, a la función del intérprete o a ambos. De acuerdo a esta acepción, una teoría de la interpretación jurídica es formalista cuando prefiere el método lógico y sistemático a otros métodos como el histórico o el teleológico. Del mismo modo, también es formalista cuando entienda que el juez solo tiene facultad para declarar el Derecho y no para crear nuevo Derecho. Según Bobbio, este sería el sentido respecto del cual suele haber más polémica y por eso suele ser el más conocido¹⁴⁶.

En cuanto al método de interpretación, a este tipo de formalismo se opone la así llamada jurisprudencia de intereses. En relación con la función del intérprete, a este tipo de formalismo se opone, por ejemplo, la escuela del derecho libre, o el realismo jurídico norteamericano¹⁴⁷.

La alusión a estos diversos significados de formalismo jurídico, los cuales no parecen estar relacionadas al tema de esta investigación, podría estar demás si no fuera por esta última acepción. Es precisamente este concepto de formalismo, como teoría de la interpretación jurídica, el que suele confundirse o mencionarse conjuntamente con las diversas acepciones del formalismo procesal¹⁴⁸. Por eso fue necesaria su alusión en forma previa a referirnos al formalismo procesal.

¹⁴⁶ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, 2015, p. 95; LLANO ALONSO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparatista*, 2009, pp. 46 - 48.

¹⁴⁷ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, 2015, pp. 95 y 96.

¹⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, *Revista Jurídica del Perú*, 2010, pp. 300 y ss.; UZELAC, “Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 24 y 25; KOLLER, “Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 52 y 53; VAN RHEE, “Civil justice

2.2 Formalismo procesal

Constituye un lugar común considerar al Derecho procesal como una rama formal en oposición a otras ramas del ordenamiento jurídico que serían materiales. Sin embargo, esta idea intuitiva del carácter formal del Derecho procesal es poco útil explicativamente para dar cuenta de las diversas cuestiones que se suelen etiquetar con los términos “forma”, “formal” y/o “formalismo”¹⁴⁹. En relación con el formalismo, en el ámbito procesal es posible distinguir varias acepciones diferentes y relacionadas entre sí:

(1) Algunos autores distinguen entre forma y formalidades¹⁵⁰. La forma (en sentido estricto) es “el envoltorio del acto procesal, la manera cómo éste debe exteriorizarse; se trata, por tanto, del conjunto de signos por los cuales la voluntad se manifiesta”¹⁵¹, es decir, se trata de los requisitos formales de cada acto procesal en particular y que deben cumplirse en su ejecución¹⁵². Por su parte, las formalidades serían las condiciones y requisitos contingentes y no intrínsecos del acto procesal, y que son exigidas para condicionar el ejercicio de las funciones del órgano o las facultades de un sujeto procesal. Así por ejemplo, tratándose de una sentencia judicial, la forma viene dada por los requisitos de contenido, el órgano que la emite y la autorización del ministro de fe. En cambio, las formalidades serían, por ejemplo, el idioma, el plazo para dictarla, el lugar, etc¹⁵³.

También se debe mencionar que algunos utilizan la expresión “forma” para hacer referencia a la fisonomía del proceso según si en su regulación se

in pursuit of efficiency”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 73.

¹⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2009, p. 8.

¹⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2009, pp. 27 - 29. Véase también, BONET NAVARRO, “Rasgos de la forma y formalismo en el proceso (en defensa de la forma)”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, pp. 471 y 472; CARRETTA MUÑOZ, “Análisis dogmático sobre la desformalización del proceso judicial de familia chileno. Parte Final”, *Revista de Derecho*, 2015, p. 188; CAVANI, “Formalismo y colaboración en el proceso civil. Una introducción al paradigma del formalismo-valorativo”, *Revista Jurídica del Perú*, 2011, pp. 324 y 325.

¹⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2009, pp. 27 y 28.

¹⁵² RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2013, p. 247. Para una crítica a la noción de forma en materia procesal véase NIEVA FENOLL, “Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional”, en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, 2009, pp. 16 - 19.

¹⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2009, pp. 28 y 29; CARRETTA MUÑOZ, “La desformalización del proceso judicial de familia e infancia”, *Revista de Derecho*, 2014, pp. 483 y 484.

ha optado por dar preponderancia a la oralidad o la escritura¹⁵⁴. Así los autores aluden a la “forma oral” o la “forma escrita”. Algunos incluso van más allá y utilizan esta expresión para referirse también a la configuración externa del proceso aludiendo, por ejemplo, a la forma inquisitoria y contradictoria, o a la concentración y dispersión, etc¹⁵⁵.

(2) En segundo lugar, el Derecho procesal se suele calificar de “formal” en dos sentidos diferentes. En una primera acepción se considera formal al Derecho procesal precisamente por regular formas y formalidades. Sin embargo, se debe reconocer que el Derecho procesal no regula únicamente formas¹⁵⁶, sino que también confiere derechos, otorga competencias, etc¹⁵⁷.

Además, se caracteriza al Derecho procesal como formal para hacer referencia al carácter secundario de éste en relación con otras ramas del derecho como, por ejemplo, el Derecho civil¹⁵⁸. En este caso, se utiliza la expresión “formal” para hacer referencia a aquella característica del Derecho procesal que la doctrina ha denominado correctamente como instrumentalidad¹⁵⁹.

Como se puede apreciar, la calificación “formal” es engañosa pues con este término se puede hacer referencia a cosas bien distintas. En el primer sentido, esta característica no permite diferenciar al Derecho procesal de otras ramas del Derecho que también regulan formas y formalidades como el Derecho civil, administrativo y constitucional. Sin embargo, en el segundo

¹⁵⁴ Por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2013, pp. 262 – 264; ORTELLS RAMOS, “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, *Ius et Praxis*, 2010, pp. 417 y ss.; RAMOS ROMEU, “Forma del proceso y funcionamiento de la justicia: análisis de derecho comparado”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, pp. 476 – 488; PALOMO VÉLEZ, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, 2008, pp. 23 – 82.

¹⁵⁵ DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte general*, 2013, pp. 221 – 236; NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, p. 175 – 178.

¹⁵⁶ BONET NAVARRO, “Rasgos de la forma y formalismo en el proceso (en defensa de la forma)”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, p. 455; CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 1936, pp. 77 y 78.

¹⁵⁷ Una acepción adicional relacionada con esta, aunque bastante marginal, entiende por formalismo una postura teórica que se opone al abandono de las formas y que defiende la conveniencia de éstas en los actos procesales. Cfr. BONET NAVARRO, “Rasgos de la forma y formalismo en el proceso (en defensa de la forma)”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, p. 469.

¹⁵⁸ BONET NAVARRO, “Rasgos de la forma y formalismo en el proceso (en defensa de la forma)”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, pp. 454 y 455.

¹⁵⁹ Por ejemplo, DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, *passim*; GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012, pp. 73 y ss.

sentido, el término “formal” hace referencia a una característica definitoria del Derecho procesal y que lo diferencia de las demás ramas del ordenamiento jurídico.

El carácter formal del Derecho procesal en este segundo sentido no es equivalente conceptualmente con la flexibilidad. Sin embargo, sí existe una relación entre ambos. Como explicaremos en el capítulo siguiente, una de las hipótesis que sostenemos en esta tesis doctoral es que la instrumentalidad del Derecho procesal es uno de los fundamentos de la flexibilidad¹⁶⁰.

(3) En una acepción diferente, “formalismo” alude a regulación procesal¹⁶¹. Alvaro de Oliveira entiende que las expresiones “formalismo o forma en sentido amplio” hacen referencia a:

“la totalidad formal del proceso, comprendiendo no sólo la forma, o las formalidades, sino especialmente la delimitación de los *poderes, facultades y deberes* de los sujetos procesales, coordinación de su actividad, ordenación del procedimiento y organización del proceso, con miras a que sean alcanzadas sus finalidades primordiales. La forma en sentido amplio se encomienda, así, a la tarea de indicar las fronteras para el comienzo y el fin del proceso, circunscribir el material a ser formado, y establecer dentro de qué límites deben cooperar y actuar las personas obrantes en el proceso para su desarrollo...”¹⁶².

“No se trata, sin embargo, solo de ordenar, sino también de disciplinar el poder del juez y, en esta perspectiva, el formalismo procesal actúa como garantía de libertad contra el arbitrio de los órganos que ejercen el poder del estado...”¹⁶³.

“El formalismo procesal controla, por otro lado, los eventuales excesos de una parte frente a otra, actuando por consiguiente como poderoso factor de igualación (por lo menos formal) de los contendores entre sí”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Sobre la instrumentalidad, véase en extenso el capítulo tercero, I, pp. 129 y ss

¹⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2009, pp. 30 y ss.; “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, *Revista Jurídica del Perú*, 2010, pp. 292 – 293; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 49 y 50; “Formalismo y colaboración en el proceso civil. Una introducción al paradigma del formalismo-valorativo”, *Revista Jurídica del Perú*, 2011, pp. 324 y ss. En sentido similar, véase FERNHOUT, “Formal rules in civil procedure and access to justice: striking a balance between excessive formalism and ‘anything goes’”, en VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, pp. 207 y 208.

¹⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2009, p. 31.

¹⁶³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2009, p. 32.

¹⁶⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2009, p. 34.

Como puede apreciarse, en este caso no queda claro si la utilización del término “formalismo” se refiere al concepto de Derecho procesal funcional, al concepto de procedimiento, o bien, si está describiendo el objeto de regulación del Derecho procesal. Pareciera ser que el autor identifica y hace equivalente estos conceptos. De hecho, el mismo autor reconoce esta identificación aunque utilizando los términos “proceso” y “procedimiento” en sentido inverso:

“El formalismo procesal contiene, por lo tanto, la propia idea del proceso como organización del desorden, otorgándole previsibilidad a todo el procedimiento”¹⁶⁵.

A partir de esta acepción, el autor también alude al “formalismo-valorativo” como la cuarta y última fase de la historia del Derecho procesal. De acuerdo al autor, en esta etapa:

“El proceso es visto, además de técnica, como un fenómeno cultural, producto del hombre y no de la naturaleza. En aquél los valores constitucionales, principalmente los de efectividad y seguridad, dan lugar a derechos fundamentales, con característica de normas principales. La técnica pasa a segundo plano, como mero medio para alcanzar el valor. El fin último del proceso ya no es sólo la realización del derecho material, sino la concreción de la justicia material, según las peculiaridades del caso. La lógica es argumentativa, problemática, de la racionalidad práctica. El juez, más que activo, debe ser cooperativo, como lo exige un modelo de democracia participativa y la nueva lógica que informa la discusión judicial, ideas éstas insertadas en un nuevo concepto, el de ciudadanía procesal”¹⁶⁶.

Aquí nuevamente parece ser que el autor simplemente efectúa una descripción del Derecho procesal, en una etapa histórica actual o contemporánea.

En nuestra opinión, el formalismo así entendido en nada contribuye a la comprensión del Derecho procesal. Hablar del formalismo del Derecho procesal como regulación de conductas del juez y los demás sujetos al interior del proceso parece redundante. Intuitivamente pareciera ser que el formalismo alude a algo más que la simple regulación. La misma idea que Alvaro de Oliveira describe ha sido explicada por la doctrina al referirse al objeto de regulación del Derecho procesal, o bien, por medio del concepto de

¹⁶⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2009, p. 31.

¹⁶⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2009, p. 31; “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, *Revista Jurídica del Perú*, 2010, pp. 293 y ss.; CAVANI, “Formalismo y colaboración en el proceso civil. Una introducción al paradigma del formalismo-valorativo”, *Revista Jurídica del Perú*, 2011, pp. 328 y 329.

procedimiento. Por lo tanto, utilizar el término formalismo para hacer referencia a conceptos que la teoría procesal ha explicado en extenso bajo otras denominaciones parece innecesario.

Si con el término “formalismo”, de acuerdo a esta acepción, se está aludiendo fundamentalmente a la idea de regulación procesal, el concepto contrario consiste en la desregulación. Es decir, el antiformalismo o desformalización supone la no regulación de una parte mayor o menor del procedimiento. En este caso, esta regulación podrá ser entregada a las partes, aunque si esto no es así, inevitablemente le corresponderá al juez colmar esta regulación.

En cuanto a lo que nos interesa en este apartado, el formalismo como regulación procesal no es sinónimo de flexibilidad. Sin embargo, ambos conceptos están relacionados. Conceptualmente hablando la flexibilidad es una característica que se atribuye a las normas procesales y al procedimiento. Por lo tanto, la flexibilidad supone la regulación de la actividad del proceso (procedimiento) y supone normas procesales.

Pero además, la flexibilidad también está relacionada con la desregulación procesal. Como señalamos anteriormente, si no existe regulación de algún aspecto del proceso, esta regulación se puede entregar a las partes expresamente. Si no se confiere a las partes la facultad de completar el procedimiento, en cualquier caso deberá ser el juez quien tendrá que determinar la manera cómo proceder en caso de falta de regulación. Precisamente estas facultades del juez y las partes para determinar el procedimiento coinciden con uno de los elementos del concepto estructural de flexibilidad. Estas potestades conferidas a las partes y/o al juez corresponden a una de las formas de conferir flexibilidad que nosotros hemos llamado “facultades de determinación y modificación del procedimiento”.

Esto no significa que ambas facultades solo se confieran en caso de desregulación. Ambas son compatibles y pueden convivir en regulaciones procesales extensas y detalladas. Sin embargo, estas facultades, especialmente la facultad del juez, son más probables o tal vez inevitables, en caso de desregulación.

(4) En una cuarta acepción, la expresión “formalismo” se usa en forma peyorativa como exceso de regulación. En una versión más acotada el formalismo puede entenderse como exceso de formas. Es decir, una

regulación procesal será formalista cuando establezca muchas formas y/o formalidades. Cuando se considera que las formas establecidas van más allá de las estrictamente indispensables, o bien, cuando se establecen formas inútiles o innecesarias y que dificultan el desarrollo del proceso¹⁶⁷. En una versión más amplia, el formalismo alude a una regulación procesal que es excesiva, no solamente en cuanto a las formas y/o formalidades, sino en todos los demás aspectos¹⁶⁸. Así por ejemplo, será formalista una regulación que enumere expresamente diversas facultades, que especifique diversas excepciones, que contemple diversas reglas de valoración de prueba, diversos procedimientos con diferentes trámites, etc.

En oposición a este formalismo, con expresiones tales como “desformalización”, se alude a aquellas regulaciones que reducen al mínimo indispensables las reglas y formas procesales, y que evitan las reglas y formas inútiles e innecesarias¹⁶⁹.

El formalismo de acuerdo a esta acepción no está relacionado conceptualmente con la noción de flexibilidad. Esta puede existir ya sea que la regulación procesal sea excesiva o no. Por lo tanto, la relación entre ambos es contingente.

(5) Por último, con la expresión “formalismo” se hace referencia a la necesidad de cumplimiento irrestricto de las formas y reglas procesales, y a las consecuencias de su incumplimiento¹⁷⁰. También se suele denominar “formalismo excesivo”. En este sentido, una regulación procesal es formalista cuando sus reglas y normas procesales deben cumplirse necesariamente, de manera cualquier incumplimiento debe producir como consecuencia necesaria la aplicación de alguna consecuencia procesal como la nulidad, la inadmisión u otra equivalente. En una definición más compleja

¹⁶⁷ Haciendo referencia a la doctrina italiana CARRETTA MUÑOZ, “Análisis dogmático sobre la desformalización del proceso judicial de familia chileno. Parte Final”, *Revista de Derecho*, 2015, p. 190; VAN RHEE, “Civil justice in pursuit of efficiency”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 73.

¹⁶⁸ CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 105 y 106.

¹⁶⁹ Por ejemplo, UZELAC, “Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 25.

¹⁷⁰ BONET NAVARRO, “Rasgos de la forma y formalismo en el proceso (en defensa de la forma)”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, pp. 485; ALVARO DE OLIVEIRA, “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, *Revista Jurídica del Perú*, 2010, p. 303; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 51 y 52; “Formalismo y colaboración en el proceso civil. Una introducción al paradigma del formalismo-valorativo”, *Revista Jurídica del Perú*, 2011, p. 326.

pero en el mismo sentido, Fernhout sostiene que el formalismo excesivo consiste en “interpretar y aplicar las normas nacionales relativas al acceso a la justicia de tal manera que produzcan un franco desequilibrio entre los objetivos perseguidos por esas normas y el daño producido por dejar el caso (o parte de él) sin decidir”¹⁷¹.

Por su parte, con expresiones tales como “desformalización” o “antiformalismo”, se alude a la idea contraria, esto es, que el incumplimiento de normas procesales no implica necesariamente la aplicación de una consecuencia procesal¹⁷². Así por ejemplo, nociones como invalidez, subsanación o convalidación, propias de ordenamientos modernos, son concreciones de esta idea en materia de nulidad procesal, pues operan como barreras de contención a su declaración¹⁷³. En este sentido, la teoría moderna de la nulidad procesal entiende que no todo incumplimiento de las normas procesales produce la nulidad¹⁷⁴, sino solo en la medida que se afecte el respectivo estándar de invalidez (derecho de defensa, finalidad del acto, etc.). Además, aun en este caso, se permite la posibilidad de corregir el acto viciado por medio de la figura de la subsanación. Por último, el vicio puede quedar convalidado si opera alguna forma de convalidación.

¹⁷¹ “*Interpreting and applying domestic rules concerning access to court in such a way that this results in an outspoken imbalance between the objectives served by those rules and the harm done by leaving the case (or part of it) undecided*”. Cfr. FERNHOUT, “Formal rules in civil procedure and access to justice: striking a balance between excessive formalism and ‘anything goes’”, en VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, p. 210.

¹⁷² Sin utilizar estos términos, pero oponiendo esta misma idea al formalismo, véase KOLLER, “Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 53; VAN RHEE, “Civil justice in pursuit of efficiency”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 73; PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2012, pp. 66 – 69; VALLESPÍN PÉREZ, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, 2002, pp. 103 – 105. En Chile, GORIGOITÍA ABBOTT, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, p. 582.

¹⁷³ Sobre el desarrollo histórico de la nulidad, véase CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 83 – 162.

¹⁷⁴ ANDRÉS CIURANA, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, 2005, pp. 59 y ss.; HERNÁNDEZ GALILEA, *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, 1995, pp. 52 y ss.; GORIGOITÍA ABBOTT, “Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2013, pp. 132 y ss.; VÉSCOVI, *Teoría General del Proceso*, 1984, pp. 66, 251 y 252, 304 – 307; DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, pp. 585 – 723; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 283 y ss.; CARRASCO POBLETE, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 2012, pp. 461 – 464.

En este último caso, la flexibilidad está relacionada con el concepto de antiformalismo o desformalización. Como señalamos anteriormente, desde el punto de vista del concepto estructural de flexibilidad, uno de sus elementos está constituido por la regulación antiformalista de la invalidez procesal. Más precisamente, la existencia de mecanismos que impidan que cualquier vicio procesal devenga necesariamente en la nulidad u otra consecuencia procesal. Así, los conceptos de flexibilidad y de antiformalismo se intersecan o solapan parcialmente. Por lo tanto, el antiformalismo, de acuerdo a esta acepción, es coincidente con uno de los elementos del concepto estructural de flexibilidad procedimental.

Como se ha podido apreciar, existen diversos conceptos de formalismo en diferentes ámbitos. Algunos de ellos presentan alguna relación con el concepto de flexibilidad. Algunos incluso se solapan parcialmente. Sin embargo, ambos conceptos no son totalmente equivalentes. Por lo tanto, no es correcto identificarlos conceptualmente o explicar uno a partir del otro.

3. Proporcionalidad y flexibilidad

Otro concepto cercano a la flexibilidad y al cual es necesario referirse es el principio de proporcionalidad en el proceso civil. Como explicaremos a continuación, aunque existe algún grado de relación entre ambos conceptos, desde un punto de vista dogmático y analítico es necesario distinguirlos y diferenciarlos claramente. Por una parte, pues a partir de las reformas de Lord Woolf en Inglaterra, la idea de proporcionalidad ha empezado a llamar la atención de la dogmática procesal civil inglesa y comparada, la cual cada vez más comienza a analizarla y referirse a ella. Sin embargo, en algunos aspectos se muestra como un concepto cercano y se suele confundir y solaparse con la flexibilidad. Además, como explicaremos a continuación, se trata de un concepto problemático y con diversos contenidos dependiendo del contexto en el cual se utilice.

El concepto de proporcionalidad como principio jurídico o político tiene una historia antigua que puede rastrearse incluso hasta Aristóteles y un contenido que varía según el momento histórico y el contexto en el cual se lo utilice¹⁷⁵. Así las cosas, el término proporcionalidad se utiliza para

¹⁷⁵ ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, p. 12; TASKOVSKA, "On historical and theoretical origins of the proportionality principle -A contribution

referirse a ideas como la justicia distributiva, como justificación para los fines y las potestades públicas, como límite a la restricción de los derechos fundamentales, como instrumento para medir la entidad de la pena, etc¹⁷⁶.

El principio de proporcionalidad en el ámbito procesal civil aparece consagrado expresamente en las *Civil Procedure Rules* inglesas de 1999 (CPR 1.1)¹⁷⁷. Lord Woolf ya se había referido a él en los informes *Access to Justice Interim Report* y *Access to Justice Final Report*. Luego, el principio de proporcionalidad también sería consagrado legalmente en las legislaciones procesales civiles de otros países, tales como, Australia, Hong Kong y Canadá¹⁷⁸.

A lo largo del texto del informe *Access to Justice Interim Report*, Lord Woolf hace referencia a la proporcionalidad como un medio para corregir los problemas de la justicia civil inglesa. Frente a la complejidad del procedimiento y a los costos impredecibles, se refiere a la necesidad de asegurar que tanto el procedimiento, el *case management*, así como los costos para las partes y el sistema judicial sean proporcionales al valor, importancia y complejidad de la cuestión que es objeto del juicio¹⁷⁹.

towards a prospective comprehensive debate on proportionality-", *Iustinianus Primus Law Review*, 2012, p. 10; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 196 y ss.

¹⁷⁶ Sobre el desarrollo de este concepto en la historia del pensamiento, véase ENGLE, "The history of the general principle of proportionality: an overview", *The Dartmouth Law Journal*, 2012, pp. 1 - 11; TASKOVSKA, "On historical and theoretical origins of the proportionality principle -A contribution towards a prospective comprehensive debate on proportionality-", *Iustinianus Primus Law Review*, 2012, pp. 1 - 10. En el ámbito procesal, véase también CRUZ ARENHART; OSNA, "Complexity, proportionality and the 'pan-procedural approach'", *International Journal of Procedural Law*, 2014, pp. 191 y ss.

¹⁷⁷ CPR 1.1 *The overriding objective. (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable - (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate - (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders.*

¹⁷⁸ TRONSON, "Towards Proportionality - The 'Quick, Cheap and Just' Balance in Civil Litigation", en PICKER; SEIDMAN, *The dynamism of civil procedure - Global trends and developments*, 2016, pp. 183 - 202; PICHÉ, "Figures, spaces and procedural proportionality", *International Journal of Procedural Law*, 2012, pp. 145 - 166; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 200 - 205.

¹⁷⁹ LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, por ejemplo, Secc. I, Cap. 1.3; Secc. I, Cap. 3.18; Secc. I, Cap. 4.9; Secc. II, Cap. 5.1; Secc. II, Cap. 6.2, etc.

Posteriormente, en el informe *Access to Justice Final Report*, Lord Woolf insiste en estas ideas. Pero además, aparece la incorporación de este concepto en lo que posteriormente sería el *overriding objective* de las *Civil Procedure Rules (CPR 1.1)*¹⁸⁰.

Actualmente se entiende que la proporcionalidad presenta dos aspectos relacionados entre sí. Por una parte, este principio supone que los recursos procesales utilizados para la tramitación y resolución de un caso individual deben ser proporcionales al valor, importancia y complejidad del conflicto. Se estima que debe existir un balance entre los costos en que se incurre y los beneficios que se obtienen en la determinación judicial de un asunto entre partes. A partir de esta idea se concluye que, tanto el procedimiento utilizado como el grado *case management* ejercido por el juez, también debe ser proporcional. A este aspecto se le denomina proporcionalidad individual¹⁸¹. Pero además, este principio exige que los recursos utilizados en un proceso no sean más que los indispensables para su decisión, considerando los demás asuntos que esperan ser resueltos por medio del proceso judicial. De esta manera, la proporcionalidad implica distribuir proporcionalmente los recursos entre todos los usuarios actuales y potenciales del sistema judicial. A este aspecto se le denomina proporcionalidad colectiva¹⁸².

Como se puede apreciar, la proporcionalidad así entendida hace referencia esencialmente a la utilización adecuada de los recursos del

¹⁸⁰ LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. I, Cap. 1.8; Secc. II, Cap. 1.7; Secc. II, Cap. 2.19; Secc. II, Cap. 4.14; Secc. V, Cap. 20.11, etc.

¹⁸¹ SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 166 y 167; PICHÉ, "Figures, spaces and procedural proportionality", *International Journal of Procedural Law*, 2012, pp. 149 y 150; TRONSON, "Towards Proportionality - The 'Quick, Cheap and Just' Balance in Civil Litigation", en PICKER; SEIDMAN, *The dynamism of civil procedure - Global trends and developments*, 2016, p. 185.

¹⁸² SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 167 y ss.; TRONSON, "Towards Proportionality - The 'Quick, Cheap and Just' Balance in Civil Litigation", en PICKER; SEIDMAN, *The dynamism of civil procedure - Global trends and developments*, 2016, p. 196; PICHÉ, "Figures, spaces and procedural proportionality", *International Journal of Procedural Law*, 2012, p. 157. Sobre el principio de proporcionalidad, véase también ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 12 - 17; "Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure", en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, 2003, pp. 48 y 49; CAPONI, "Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: Prime note sistematiche", p. 2. Disponible en red: <https://www.academia.edu/211692/R. Caponi. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile prime note sistematiche 2010>. (última visita 12 de septiembre de 2018); GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 195 y ss.

sistema judicial, tanto respecto del caso individual como en relación con el conjunto de asuntos judiciales actuales o potenciales. Esta idea de proporcionalidad puede tener alguna relación con la flexibilidad en la medida que se entiende que este uso adecuado de los recursos justifica, fundamenta o exige la flexibilidad o adaptabilidad de las normas procesales a las circunstancias del caso concreto¹⁸³. Esta misma posible relación, sin embargo, revela que proporcionalidad y flexibilidad son cosas distintas. Una cosa es la flexibilidad como características de las normas procesales y otra diferente es su posible fundamento o justificación.

En los apartados siguientes de esta investigación trataremos de desentrañar los fundamentos de la flexibilidad procesal. Sin embargo, no identificaremos como fundamento al principio de proporcionalidad. La razón es que, en nuestra opinión, la idea o concepto de proporcionalidad que surge en el ámbito procesal civil a partir de las *Civil Procedure Rules* inglesas de 1999 no aporta nada nuevo o provechoso al análisis. Por el contrario, dicho concepto tiene un contenido poco claro y agrupa una serie de cuestiones diversas y no claramente delimitadas¹⁸⁴. De hecho, el propio numeral 1.1 de las *CPR*, y la doctrina inglesa a partir de él, se refiere bajo la etiqueta de proporcionalidad diversas cuestiones como la rapidez y los costos de los juicios, el modelo de procedimiento, el grado de *case management*, el acceso a la justicia, etc¹⁸⁵.

En nuestra opinión, todas estas cuestiones pueden ser reconstruidas y analizadas teórica y dogmáticamente de una mejor manera bajo el concepto de eficiencia de la justicia civil. Como explicaremos en los capítulos siguientes, el concepto de eficiencia alude a la relación adecuada entre unos fines u objetivos determinados y los medios necesarios para alcanzarlos. Por su parte, el imperativo de eficiencia exige que esta relación sea la más adecuada posible, de manera que los fines se maximicen y los medios se reduzcan al mínimo posible. Esta idea de eficiencia, como relación entre medios y fines, o como racionalidad instrumental, se adecúa de mejor

¹⁸³ Una idea como esta en ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, p. 14.

¹⁸⁴ ENGLE, "The history of the general principle of proportionality: an overview", *The Dartmouth Law Journal*, 2012, pp. 1 – 11; TASKOVSKA, "On historical and theoretical origins of the proportionality principle -A contribution towards a prospective comprehensive debate on proportionality-", *Iustinianus Primus Law Review*, 2012, pp. 1 – 10.

¹⁸⁵ Cfr. *CPR* 1.1. SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 165 y ss.; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 12 – 17.

manera a la naturaleza instrumental del Derecho procesal y permite reconstruir de mejor manera las diversas cuestiones que son analizadas bajo el concepto de proporcionalidad.

Una razón adicional para rechazar la utilización del concepto de proporcionalidad en el ámbito procesal civil, consiste en evitar su confusión con otros conceptos de proporcionalidad relevantes en el ámbito jurídico, fundamentalmente la proporcionalidad en Derecho constitucional y administrativo como límite o justificación a la restricción de los derechos fundamentales¹⁸⁶. Aunque algunos autores pretenden reconocer una equivalencia o al menos una cercanía teórica entre los distintos tipos de proporcionalidad¹⁸⁷, lo cierto es que la proporcionalidad en materia procesal civil, como utilización optima de los recursos poco tiene que ver, por ejemplo, con los criterios para justificar una restricción o afectación de una garantía fundamental por parte de un órgano público. Estimamos que no existe una continuidad teórica dogmática entre la afirmación de que una restricción a derechos fundamentales debe ser proporcional y adecuada en atención a los fines perseguidos y la idea de utilización adecuada de los recursos del sistema judicial¹⁸⁸.

Como se puede apreciar, puede existir una relación entre proporcionalidad y flexibilidad. La idea de proporcionalidad podría justificar la necesidad de que las normas procesales se puedan adaptar o adecuar a las circunstancias de cada caso concreto. Sin embargo, esta misma posible relación deja en evidencia que se trata de cosas diversas. Luego, como explicaremos en los capítulos siguientes, estimamos que la flexibilidad encuentra una mejor justificación o fundamento en la instrumentalidad del Derecho procesal y en la eficiencia de la justicia civil¹⁸⁹.

¹⁸⁶ CARBONELL (coord.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, 2010; ARNOLD; MARTÍNEZ ESTAY; ZÚÑIGA URBINA, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal Constitucional", *Estudios Constitucionales*, 2012, pp. 65 - 116.

¹⁸⁷ ENGLE, "The history of the general principle of proportionality: an overview", *The Dartmouth Law Journal*, 2012, p. 2.

¹⁸⁸ Intentando justificar esta continuidad desde un tipo proporcionalidad al otro, véase CRUZ ARENHART; OSNA, "Complexity, proportionality and the 'pan-procedural approach'", *International Journal of Procedural Law*, 2014, pp. 196 y ss.

¹⁸⁹ Véase capítulo tercero, II, pp. 170 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

FINES U OBJETIVOS DE LA JUSTICIA CIVIL

Al comienzo de esta investigación planteamos como una de nuestras hipótesis que la flexibilidad en materia procesal civil encuentra su fundamento en la instrumentalidad de Derecho procesal y en la eficiencia de la justicia civil.

Como explicaremos y desarrollaremos en detalle en el capítulo siguiente, la instrumentalidad es una característica del Derecho procesal en virtud de la cual este Derecho no constituye un fin en sí mismo sino que constituye un medio para la obtención de otros fines u objetivos¹⁹⁰. En su sentido negativo la instrumentalidad alude al antiformalismo¹⁹¹. En su sentido positivo la instrumentalidad alude a la efectividad y/o eficacia¹⁹².

Por su parte, la noción de eficiencia alude a la relación existente entre un objetivo y los recursos utilizados para alcanzarlo. En este sentido, la eficiencia como concepto revela una relación adecuada o razonable entre los objetivos de la justicia civil y los medios necesarios para alcanzarlos.

Como se puede apreciar, ambos fundamentos se relacionan con los objetivos o finalidades de la justicia civil. La instrumentalidad supone que el Derecho procesal es un medio para alcanzar ciertos fines. La eficiencia

¹⁹⁰ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 253; GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012, pp. 75; del mismo autor, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, p. 577.

¹⁹¹ Sobre el antiformalismo, véase capítulo tercero, II, pp. 138 y ss.

¹⁹² DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 457 y ss.; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 44 – 46.

relaciona ciertos objetivos con los medios necesarios para alcanzarlos. En ambos casos la correcta comprensión de cada fundamento supone conocer primero cuáles son esos fines u objetivos. Por esa razón, antes de analizar en detalle los fundamentos de la flexibilidad en materia procesal civil es necesario aproximarse al tema de los objetivos o finalidades del proceso civil y adoptar una postura al respecto. Por esta razón, el tema de este segundo capítulo estará destinado a abordar este análisis previo y necesario. El capítulo está dividido en ocho apartados referidos a: (I) las dificultades en la investigación de los objetivos de la justicia civil; (II) los objetivos de la justicia civil en la historia reciente del Derecho procesal; (III) las concepciones contemporáneas en relación con los objetivos de la justicia civil; (IV) las aproximaciones erróneas sobre las finalidades del sistema judicial; (V) las relaciones entre funciones y fines de la justicia civil; (VI) los fines de la justicia civil en el Derecho comparado; (VII) la verdad como objetivo del sistema judicial; (VIII) y, por último, expondremos nuestra postura sobre el punto, la cual intenta encontrar el equilibrio perdido en relación con los fines u objetivos de la justicia civil.

I. Dificultades en la investigación de los fines de la justicia civil

El estudio y análisis de los objetivos de la justicia civil presenta varias dificultades que es necesario sortear para abordar correctamente el asunto:

(1) Desde un punto de vista dogmático, la primera gran dificultad consiste en que los objetivos de la justicia civil no suelen estar consagrados expresamente en la legislación¹⁹³. Y además, muchas veces no se tiene mayor claridad sobre cuáles son estos objetivos en un sistema procesal determinado. A pesar de ser cuestiones tan relevantes simplemente se presuponen. En el mejor de los casos estos objetivos son reconstruidos por el trabajo de los juristas principalmente a partir de las normas legales y constitucionales.

El problema no es nada irrelevante, pues el éxito de las reformas procesales, especialmente aquellas que buscan ser profundas,

¹⁹³ Excepcionalmente, en algunas legislaciones de los sistemas del *common law* se suelen hacer referencia a algún objetivo, como por ejemplo, el *overriding objective* de las *Civil Procedure Rules Inglesas* de 1999 (CPR 1.1). Otro ejemplo se puede apreciar en las *Federal Rules of civil procedure* 1938 de E.E.U.U. Situaciones similares se pueden observar en Australia y Canadá. Cfr. SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 107 y ss.; 221, cita 45.

trascendentales y efectivas, exige tener claridad o al menos discutir a fondo sobre los objetivos de la justicia civil. Las reformas procesales más exitosas en la historia reciente del Derecho procesal se fundaron en objetivos claramente reconocidos: *Sozialfunktion* en el caso de la *Zivilprozessordnung* austríaca de Franz Klein en 1895 y el *overriding objective* en el caso de las *Civil Procedure Rules* inglesas de 1999¹⁹⁴. Por el contrario, el fracaso de las diversas reformas parciales destinadas a mejorar el proceso civil italiano parece ser consecuencia de la ausencia de discusión y claridad sobre los objetivos de la justicia civil¹⁹⁵.

(2) En segundo lugar, el tema de los objetivos del proceso civil no es un asunto estrictamente jurídico pues en él intervienen también cuestiones sociales, políticas, históricas y culturales¹⁹⁶. Un error recurrente sobre este punto consiste en analizar los objetivos de la justicia civil desde un punto estrictamente jurídico e incluso muchas veces estrictamente procesal. Por lo tanto, para una correcta y completa comprensión de los objetivos de la justicia civil, además del análisis jurídico, será necesario al menos tener presente consideraciones de tipo social, político, histórico, filosófico, etc¹⁹⁷.

¹⁹⁴ UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 5 y 6. En un sentido similar, ARMSTRONG, "Making tracks", en ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on 'Access to justice'*, 1995, p. 99; HUNTER AMPUERO, "Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso", *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2011, p. 75. Para el Derecho inglés, Jolowics sostiene que el período de éxito y satisfacción con la administración de justicia en Inglaterra que siguió a la dictación de la *Judicature Acts* 1873 - 5 se debe a la adopción de la idea general de "complete justice". Cfr. JOLOWICZ, J. A., "'General ideas' and the reform of civil procedure", en *On civil procedure*, 2000, pp. 358 y 370. Similar análisis, pero llegando hasta las reformas Woolf y Jackson, en SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, *passim*.

¹⁹⁵ SILVESTRI, "Goals of civil justice when nothing works: the case of Italy", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 79 - 103; TARUFFO, "Cultura y proceso", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 202.

¹⁹⁶ TARUFFO, "Cultura y proceso", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 194 y 195; del mismo autor, "Legal cultures and models of civil justice", en HELDRICH; UCHIDA (eds.), *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996*, 1996, pp. 621 - 637; DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 253 y ss.; VÉSCOVI, *Teoría General del Proceso*, 1984, pp. 105 - 107.

¹⁹⁷ Para un interesante estudio multidisciplinario sobre los valores subyacentes al proceso civil véase: GÉLINAS *et al.*, *Foundations of civil justice. Toward a value-based framework for reform*, 2015.

(3) Relacionado con el punto anterior, los objetivos de la justicia civil son contingentes histórica y socialmente¹⁹⁸. Estos objetivos pueden variar dependiendo del momento histórico y de las valoraciones sociales existentes en una sociedad determinada. Por lo tanto, nuestras conclusiones deberán tener en cuenta esta relatividad histórica y social.

Como explicaremos más adelante, en la actualidad es posible reconocer algún grado de coincidencia en relación con los objetivos de la justicia civil al menos en el mundo occidental. Sin embargo, no se puede desconocer la existencia de diferencias de énfasis y enfoques en los diferentes sistemas producto de esta contingencia histórica y social.

(4) Además, existe una cuarta dificultad de carácter metodológico que consiste en una doble confusión. Por una parte, no existe claridad sobre el sentido de los términos “funciones” o “fines” de la justicia civil. Es decir, se confunde el objeto del discurso. Además, la doctrina que explica y analiza estos objetivos suele confundir el análisis descriptivo con la justificación valorativa. Es decir, se confunde el tipo de análisis teórico.

En efecto, muchas veces no es posible distinguir con claridad si con la denominación “fines u objetivos de la justicia civil” se hace referencia a las tareas o funciones que el sistema procesal cumple o realiza en la realidad (enunciado descriptivo); a las tareas o funciones que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, el sistema procesal debe realizar (enunciado descriptivo), o bien, si se está aludiendo al objeto para lo cual el sistema procesal ha sido establecido o aquello que el sistema debe perseguir (enunciado valorativo).¹⁹⁹ Existe cierta confusión entre aquello que el sistema procesal efectivamente hace, aquello que el sistema procesal debe hacer y el objetivo o fin último que el sistema debe perseguir²⁰⁰.

¹⁹⁸ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 255. Analizando el cambio histórico en relación con los objetivos de la justicia civil en Inglaterra, véase SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, *passim*.

¹⁹⁹ Para formular esta distinción entre fines y funciones, y distinguir entre enunciados descriptivos y valorativos nos hemos basado en la teoría general del Derecho que se ocupa de las funciones o fines del ordenamiento jurídico. Véase DE LUCAS (ed.), *Introducción a la teoría del Derecho*, 1992, pp. 111 y ss.; MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, pp. 43 y ss. En Chile, SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, pp. 509 y ss.

²⁰⁰ Por ejemplo, BORDALÍ SALAMANCA, “Función del proceso y la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil. Repercusiones para las partes y para el juez”, en AGUIRREZABAL G., (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, pp. 87 – 105. Véase también, SOLER MIRALLES, “Sociología de la función jurisdiccional”, en GUZMÁN BRITO *et al.*, *La función judicial*, 1981, pp. 104 – 109.

Como se puede apreciar, se trata de tres conceptos diferentes. Con la expresión “función de la justicia civil” Se puede aludir a dos cuestiones diferentes. En primer lugar, se alude a las tareas o actividades que la jurisdicción hace o ejecuta en la realidad. En segundo lugar, se hace referencia a las tareas o labores que, de acuerdo al Derecho, la jurisdicción debe cumplir. En ambos casos, se trata de enunciados descriptivos, pues la identificación de las funciones dependerá de aquello que la jurisdicción efectivamente haga en un lugar y tiempo determinado, o bien, de aquello que un ordenamiento jurídico determinado disponga u ordene cumplir a la jurisdicción. Por su parte, los “fines u objetivos de la justicia civil”, son el objeto o razón última del sistema judicial, aquello que la jurisdicción debe perseguir, aquellos valores últimos que sirven de fundamento a todo el sistema. En este último caso, se trata de un enunciado valorativo.

Desde luego se trata de cuestiones que están estrechamente relacionadas entre sí²⁰¹. En este sentido, muchas tareas o funciones que el sistema procesal debe cumplir y efectivamente cumple se justifican por sus fines y objetivos. Del mismo modo, las tareas que de acuerdo al Derecho el sistema procesal debe cumplir, pueden darnos luces o ser indiciarias de los objetivos que el sistema pretende alcanzar. Sin embargo, se trata de cuestiones diferentes que es necesario distinguir. No es lo mismo afirmar: (a) que el sistema procesal resuelve conflictos; (b) que de acuerdo al Derecho el sistema debe resolver conflictos; (c) o que el sistema procesal debería resolver conflictos. Los enunciados (a) y (b) son susceptibles de verdad y falsedad, pues dependerán de lo que cada sistema procesal haga en la realidad y lo que el Derecho disponga. El enunciado (c), por el contrario, es de carácter valorativo y no es susceptible de verdad o falsedad. Solo puede justificarse mejor o peor con base en diferentes razones.

Como señalamos anteriormente, el presente apartado tiene por objeto estudiar los objetivos de la justicia civil, es decir, el objeto para lo cual el sistema procesal ha sido establecido, aquello que el sistema debe perseguir. Para evitar confusiones, reservaremos la expresión fines u objetivos para aludir a esta materia. Del mismo modo, para lograr nuestro cometido, en los apartados siguientes deberemos referirnos también a las funciones la

²⁰¹ Sobre la vinculación entre funciones y fines de la jurisdicción SOLER MIRALLES, “Sociología de la función jurisdiccional”, en GUZMÁN BRITO *et al.*, *La función judicial*, 1981, pp. 109 – 116. En relación con la vinculación entre fines y funciones del Derecho desde el punto de vista de la sociología, véase DE LUCAS (ed.), *Introducción a la teoría del Derecho*, 1992, pp. 114 y ss.

justicia civil, aunque advertiremos oportunamente en cuál de los dos sentidos posibles (ya explicados) se usa la expresión.

(5) Por último, el tema de los objetivos de la justicia civil tiene un fuerte contenido ideológico²⁰². En este aspecto existen dos dificultades relacionadas entre sí que es necesario evitar. Por un lado, se debe evitar presentar el análisis como estrictamente científico o neutral y desconocer el componente ideológico. Y por el otro, se debe tratar de presentar claramente diferenciados nuestros postulados o discursos de carácter descriptivo o científico de aquellos discursos posturas valorativas o ideológicas. En este sentido, en los siguientes apartados se deberá distinguir claramente aquellos enunciados que describen cuáles son los objetivos que la doctrina procesal reconocen, cuáles son los objetivos que en un sistema procesal determinado existen y los enunciados que pretendan justificar ciertos fines u objetivos como valiosos en un determinado sistema.

Por este motivo, los primeros apartados de este capítulo estarán destinados a explicar y describir diversas cuestiones relativas a los fines de la justicia civil. Pero además, tendrá un apartado final que estará destinado a la tarea ineludible de adoptar y justificar nuestra postura ideológica o valorativa sobre los objetivos de la justicia civil.

II. Objetivos de la justicia civil en la historia reciente del derecho procesal: la consolidación de un cambio de orientación

En el presente apartado explicaremos brevemente los objetivos de la justicia civil en la historia reciente del Derecho procesal. Nuestra intención en este sentido es doble. Por una parte, pretendemos hacernos cargo de la contingencia histórica y social de los fines de la justicia civil y además incorporar el enfoque histórico al análisis del tema. De esta manera intentamos hacernos cargo de las dificultades (2) y (3) señaladas en el apartado anterior. Pero además, estimamos que las concepciones actuales sobre los fines de la justicia civil solo pueden comprenderse correctamente si se las entiende como un cambio de orientación o un giro de dirección a un estado de cosas opuesto al anterior.

Desde luego no es posible un desarrollo exhaustivo sobre toda la historia reciente del Derecho procesal pues excede las limitaciones propias y

²⁰² BERIZONCE, "Ideologías y proceso", en DOS SANTOS LUCON *et al.*, (coords.), *Processo em Jornadas*, 2016, p. 859.

los objetivos de este trabajo²⁰³. Por esto nos limitaremos simplemente a una explicación histórica instrumental a los fines de este apartado y, en consecuencia, pondremos nuestra atención a los vaivenes y cambios respecto a los fines de la justicia civil.

En la historia reciente de Derecho procesal existen tres hitos legislativos relevantes que se relacionan directamente con los objetivos de la justicia civil: (1) el *Code de Procédure Civile* francés de 1806, (2) el *Zivilprozessordnung* austríaco de 1805 y, (3) las *Civil Procedure Rules* inglesas de 1999. El primero de ellos es un código con una clara inspiración ideológica sobre el rol del estado en la sociedad y por consecuencia del rol de la justicia civil y, además, se trata de un código que fue muy influyente tanto dentro como fuera de Europa. El segundo, supuso una profunda reflexión sobre los objetivos de la justicia civil e implicó un cambio de dirección sobre la materia y cuya influencia puede observarse hasta nuestros días. Por último, el caso inglés también supuso una profunda reflexión sobre los objetivos de la justicia civil y un cambio de dirección. Además, en las *CPR* se consagra expresamente los objetivos de la justicia civil bajo el nombre de *overriding objective*.

1. El *Code de Procédure Civile* francés de 1806

En opinión de van Rhee, este código constituye el comienzo de la historia moderna del Derecho procesal civil en Europa²⁰⁴. Fue un código sumamente relevante por varias razones. Aunque tenía menor calidad que el código de Napoleón de 1806 y fue bastante conservador, se benefició de su prestigio e influencia. Fue un código que se aplicó en varios países europeos de la época

²⁰³ Sobre la historia reciente del Derecho procesal pueden consultarse los trabajos contenidos en: VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, *passim*. Véase también TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 153 – 188; CAPPELLETTI, “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)” y “El proceso civil italiano en el cuadro de la contraposición ‘Civil law’ - Common law’ (Apuntes histórico-comparativos)”, ambos en CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, 1974, pp. 33 – 90 y 315 – 361; CAPPELLETTI; GARTH, “Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure” y “History of European Civil Procedure”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVI, *Civil Procedure*, capítulos 1 y 2, 1987.

²⁰⁴ VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 3. El artículo tiene traducción al español: VAN RHEE, “Tradiciones europeas en el procedimiento civil: una introducción”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2011, pp. 15 – 42; VAN RHEE, “Evolución del derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en normal”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2011, pp. 11 – 40.

que fueron conquistas napoleónicas (Bélgica, Italia, Holanda, Ginebra y también algunos territorios de Prusia y Alemania) y se siguió aplicando terminada la ocupación en varios de ellos durante diferentes lapsos de tiempo. En este sentido, el proceso codificador en materia procesal civil en Europa está relacionado en gran medida con este código. Además, sería tomado como modelo y seguiría teniendo influencia por mucho tiempo hasta que fue sustituido en 1976²⁰⁵.

En lo que a nosotros nos interesa aquí, fue un código conservador y que no innovó en cuanto a la ideología política dominante en aquel tiempo y por lo tanto fue fiel reflejo de su época²⁰⁶. En aquel momento histórico regía una concepción de la sociedad de tipo liberal clásica, una concepción del Estado “mínimo” de tipo *laissez faire* que Damaska denomina “estado reactivo”²⁰⁷. Esta concepción supone que el Estado se limita a establecer el marco, las reglas básicas dentro de las cuales cada individuo pueda desarrollar sus propios planes de vida y buscar sus propios objetivos. En el Estado “minimalista” a este no le corresponde mayor injerencia en la economía ni en ningún otro aspecto de la sociedad. Solo le corresponde mantener el orden y establecer las instituciones para que los individuos puedan resolver sus conflictos. Además, el Estado no reconoce objetivos sociales propios o diferentes a los derechos individuales de los sujetos o de un grupo de sujetos²⁰⁸. En este sentido, las diversas actividades del estado están subordinadas a la resolución de disputas, o bien, son una extensión de esta función²⁰⁹.

²⁰⁵ TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 154; VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 5 y ss.; del mismo autor, “Public justice: some historical remarks”, en UZELAC; VAN RHEE (eds.), *Public and private justice. Dispute resolution in modern societies*, 2007, p. 42. Para el caso alemán, véase OBERHAMMER; DOMEJ, “Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 108 y 109.

²⁰⁶ VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 6; WIJFFELS, “French civil procedure (1806 - 1975)”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 25- 40. Destacando el peso de la tradición del antiguo régimen en la nueva legislación procesal: ÁLVAREZ CORA, *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, 2002, pp. 13 - 16.

²⁰⁷ DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 125 y ss.

²⁰⁸ DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 128 y 129.

²⁰⁹ DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, p. 132. Sobre las implicaciones de esta concepción del Estado en el Derecho y la justicia civil, véase pp. 132 y ss.

Esta concepción del Estado y la sociedad se proyecta a la concepción de la justicia que Taruffo denomina “ideología liberal clásica” del proceso civil²¹⁰. O bien, esta ideología del proceso civil es reflejo y consecuencia de la concepción liberal del Estado y la sociedad. De acuerdo a este autor:

“El eje de esta ideología está constituido por la idea de que el proceso civil es esencialmente una *Sache der Parteien*, es decir, un lugar en el que la solución de toda controversia se consigue a través de la libre, incondicionada e ilimitada iniciativa de sujetos individuales privados... El proceso civil, entonces, es visto exclusivamente como una competición entre partes privadas. El Estado, cuya presencia también en el campo de la justicia debe ser 'mínima', debe limitarse a prestar los servicios necesarios (los jueces, los tribunales, los auxiliares de la justicia) y a prescribir las reglas del juego, o sea, las normas procesales; pero no puede gestionar ni condicionar el desarrollo de la competición entre los particulares, ni mucho menos determinar o condicionar su resultado. De otro lado... el proceso no puede menos que estar sometido a la completa disponibilidad del individuo privado que se considera titular del derecho sustancial en cuestión...

El valor fundamental que debe ser realizado con preeminencia sobre cualquier otra consideración es la libertad y la autonomía de las partes privadas en la tutela de sus posiciones en el contexto del proceso. La exigencia de simplicidad y rapidez del procedimiento debe ceder ante el pleno cumplimiento de la voluntad de las partes: el proceso se inicia cuando las partes quieran y sobre lo que ellas decidan, dura cuanto las partes quieran y se desarrolla como ellas decidan, y termina cuando ellas no tengan nada más que decir... El juez asume la posición de árbitro pasivo del enfrentamiento procesal: asegura la regularidad y corrección de la competición que se desarrolla entre las partes, pero no puede determinar su curso ni mucho menos su conclusión. Dispone de poderes de control, esencialmente relativos a la forma de los actos, pero no tiene poderes autónomos que puedan tocar el objeto del proceso ni participa activamente en su desarrollo”²¹¹.

Como se puede apreciar, en esta concepción de la justicia civil solo importan los derechos de los sujetos individuales o de un grupo de sujetos. El Estado no reconoce en el proceso civil intereses o finalidades propias. En consecuencia, de acuerdo a esta concepción, el objetivo que la justicia civil

²¹⁰ TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 154. Véase también, UZELAC, “Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 7.

²¹¹ TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 154 y 155. Para consideraciones adicionales véase: CAPPELLETTI, “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)”, en CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, 1974, pp. 39 y ss.; del mismo autor, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, 1973, pp. 46 y ss.

debe perseguir es simplemente la resolución de disputas o conflictos entre sujetos particulares y nada más²¹².

Desde luego esto no quiere decir que en los hechos no hayan existido legislaciones que reconocieran otras finalidades concretas, o bien, que la jurisdicción no haya desarrollado otras funciones que tuviesen por objeto perseguir otros objetivos. Sin embargo, bajo esta macro comprensión del Estado y la justicia, estos casos no dejan de ser excepciones o desviaciones en una concepción que, seguida coherentemente, excluye otro tipo de objetivos.

2. *El Zivilprozessordnung austríaco de 1895*

El Código procesal civil austríaco de 1895 es el hito legislativo más relevante en la historia reciente del Derecho procesal. Su relevancia e influencia pueden percibirse hasta el día de hoy²¹³. Su importancia radica, entre otras cosas, en ser la consagración legislativa de una serie de cambios de orientación teórica que se experimentan principalmente en la sociedad europea occidental hacia fines del Siglo XIX.

En primer lugar, se empieza a relativizar la concepción de la sociedad de tipo liberal clásica y la concepción del Estado “mínimo” de tipo *laissez faire* y comienzan a surgir las ideas matrices del Estado de bienestar²¹⁴. Este cambio de orientación repercutirá a su vez en las ideas existentes sobre la función y objetivos de la justicia civil²¹⁵. De esta manera, en Alemania surge

²¹² DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 136, 137 y 140; UZELAC, “Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 7.

²¹³ FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896”, en *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 43 – 67.

²¹⁴ VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE, (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 11; PÉREZ RAGONE, “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Revista de Derecho*, 2014, p. 530; CAPPELLETTI, “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)”, en CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, p. 86; OBERHAMMER; DOMEJ, “Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 121.

²¹⁵ FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896”, en *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 53 y ss. Sobre las características del Estado de bienestar y sus consecuencias en el Derecho y la justicia véanse también: DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 140 y ss.

un cambio de perspectiva científica primero en el ámbito del Derecho público. Luego este cambio se traslada al Derecho procesal con la obra de Adolf Wach en relación con el rol de la justicia civil²¹⁶. Esta nueva perspectiva deja atrás la concepción liberal clásica existente del proceso civil como libre competición de sujetos privados. Ahora la justicia civil se concibe como una de las funciones del Estado donde no solo se persigue la resolución de conflictos sino también la actuación de la ley. Al tratarse de una función pública, comienzan a reconocerse otros valores relevantes como la rapidez, los costos o la eficiencia, y la autonomía de las partes deja de ser el único valor relevante. Además, cambia la función que se le asigna al juez. Este deja de ser un árbitro pasivo en un proceso conducido por la voluntad de las partes. Ahora el juez es un representante del poder estatal que debe gestionar eficientemente el proceso con el objeto de hacer justicia entre las partes aplicando la ley²¹⁷.

La *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895 fue, en gran medida, obra de Franz Klein. Este código, que se promulgó en 1895 y entró en vigencia en 1898, se basó en un anteproyecto elaborado por Klein y se inspiró claramente en sus ideas y concepciones sobre la justicia civil y sus objetivos. Estas ideas fueron desarrolladas en una serie de artículos publicados en 1890 y 1891 y posteriormente recopiladas en un solo libro: *Pro Futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprocessreform in Oesterreich*²¹⁸. En

²¹⁶ WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 1977, pp. 21 y ss.; 170 y ss.

²¹⁷ TARUFFO, "La justicia civil", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 156 y 157. Véase también PÉREZ RAGONE, "El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales", *Revista de Derecho*, 2014, pp. 536 y ss.

²¹⁸ Texto al cual no hemos tenido acceso por limitaciones de idioma. Sobre la obra y pensamiento de Franz Klein, véase FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896", en *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 43 - 67; VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 11 - 14; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency", en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, pp. 11 - 18; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: a retrospective view", en PELLEGRINI GRINOVER; CALMON (eds.), *XIII Congresso Mundial de Direito Processual - XIII World Congress of procedural law*, 2007, pp. 623 - 632; RECHBERGER, "Economy and efficiency of civil procedure versus litigation culture - An Austrian perspective", en *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure. Materials of international conference, 9 - 10 of May 2013*, 2013, pp. 225 - 235; RECHBERGER, "The continuing effect of central themes of Franz Klein in recent Austrian civil procedure legislation", en VILNIUS UNIVERSITY, *The recent tendencies of development in civil procedure law. Between east and west. International Conference to celebrate the 100th anniversary of the birth of profesor Jonas Zéruolis*, 2007, pp. 51 - 55; KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz

opinión de van Rhee, en la actualidad, esta serie de ensayos constituye un importante material de consulta para la reforma del proceso civil²¹⁹. Este código austriaco fue el modelo a seguir durante todo el siglo XX y tendrá la influencia que tuvo el *Code de Procédure Civile* durante el siglo XIX²²⁰. Para Taruffo, por su parte, la reforma austríaca constituye todavía un ejemplo no igualado²²¹.

Tanto las ideas de Wach como las noticias de este nuevo código austriaco llegan a Italia a partir de las ideas de Chiovenda²²², quien se transformaría en el padre fundador de la nueva escuela italiana de Derecho procesal. Y a partir del prestigio de esta escuela estas nuevas ideas llegarían al resto de Europa y Latinoamérica²²³.

En relación con lo que nos interesa en este punto, en la reforma austriaca hubo una profunda reflexión y una toma de postura consciente sobre los objetivos de la justicia civil. Esta postura implicó el primer cambio de orientación al estado de cosas existentes sobre la materia en la historia reciente del Derecho procesal. La postura de Klein puede reducirse a la idea de que la justicia civil no debe perseguir solamente la satisfacción de

Klein heritage and beyond”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 35 – 47; OBERHAMMER; DOMEJ, “Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2014, pp. 118 y 123. En español, véase: PÉREZ RAGONE, “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Revista de Derecho*, 2014, pp. 523 – 551; VAN RHEE, “Evolución del derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en normal”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2011, pp. 21 – 24; FAIRÉN GUILLÉN, “El proyecto de la ordenanza procesal civil austriaca visto por Franz Klein”, en *Estudios de Derecho Procesal*, 1955, pp. 301 – 323; WALTER FASCHING, “Liberalización y socialización del proceso civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1972, pp. 23 – 33.

²¹⁹ VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 11.

²²⁰ PÉREZ RAGONE, “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Revista de Derecho*, 2014, pp. 527 y ss.; FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896”, en *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 47 y ss.; VAN RHEE, “The development of civil procedural law in twentieth century Europe: a retrospective view”, en PELLEGRINI GRINOVER; CALMON (eds.), *XIII Congreso Mundial de Derecho Procesual – XIII World Congress of procedural law*, 2007, pp. 629 y ss.; WALTER FASCHING, “Liberalización y socialización del proceso civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1972, pp. 23 – 33.

²²¹ TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 157. En sentido similar, FAIRÉN GUILLÉN, “El proyecto de la ordenanza procesal civil austriaca visto por Franz Klein”, en *Estudios de Derecho Procesal*, 1955, p. 307.

²²² FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896”, en *Civil Justice Quarterly*, 2012, p. 64.

²²³ TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 157 y 158.

intereses privados sino que también debe perseguir el cumplimiento de objetivos públicos. El autor plantea dos ideas relacionadas sobre el punto:

(1) En primer lugar, la justicia civil debe cumplir una función social (*Sozialfunktion*). Los conflictos sociales constituyen un mal para la sociedad y, además, pueden afectar al funcionamiento de la economía. Por lo tanto, los conflictos no afectan únicamente a los individuos involucrados sino que a la sociedad en su conjunto. En consecuencia, resolver conflictos no debe ser el único objetivo de la justicia civil pues también debe contribuir al bienestar social (*Wohlfahrtsfunktion*)²²⁴.

(2) En segundo lugar, al considerar al conflicto como un mal social, Klein estimó que la justicia civil debía responder, de cara a la sociedad, a factores de eficiencia. En consecuencia, debía ser rápida, simple y barata²²⁵. En la actualidad, difícilmente la eficiencia puede considerarse un objetivo propiamente tal de la justicia civil. Más bien constituye un modo de ser o una forma adecuada para el cumplimiento de los objetivos²²⁶. Sin embargo, esta postura deja en evidencia algo que para ese entonces constituye un cambio importante: incorporar consideraciones sociales en un ámbito que hasta aquel momento estaba dominado casi exclusivamente por los intereses individuales de las partes involucradas.

“El propósito de Klein era la realización de la llamada “función social” (*Sozialfunktion*) de la litigación civil. Esta función social podía ser vista como una reacción contra el ideal liberal del procedimiento característico del siglo XIX, lo cual significó que el litigio no debía considerarse únicamente como un medio para resolver conflictos individuales entre litigantes privados, sino también como un fenómeno que englobaba a la sociedad como un todo. El procedimiento civil debía servir a los intereses públicos

²²⁴ KOLLER, “Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 36 y 37; FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896”, en *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 48 y 57. Véase también RECHBERGER, “Economy and efficiency of civil procedure versus litigation culture – An Austrian perspective”, en *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure. Materials of international conference, 9 - 10 of May 2013*, 2013, pp. 225 – 242.

²²⁵ VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 12; TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 157; PÉREZ RAGONE, “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Revista de Derecho*, 2014, pp. 526 y 530; OBERHAMMER; DOMEJ, “Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 121; VAN RHEE, “The development of civil procedural law in twentieth century Europe: a retrospective view”, en PELLEGRINI GRINOVER; CALMON (eds.), *XIII Congreso Mundial de Derecho Processual – XIII World Congress of procedural law*, 2007, pp. 624 y ss.

²²⁶ Sobre la eficiencia en la justicia civil, véase capítulo tercero, II, pp. 170 y ss.

(*Wohlfahrtsfunktion*), pero al mismo tiempo debía ser apreciado desde una perspectiva económica, lo cual quería decir, por ejemplo, que uno debía resguardarse el uso del procedimiento civil como un medio para posponer el pago de una deuda o para obtener dinero a una tasa de interés baja²²⁷.

Klein también rechazó la idea de justicia civil como batalla entre las partes y, con el propósito de cumplir la *Sozialfunktion*, estableció un nuevo equilibrio entre las facultades de las partes y los poderes del juez. Sin mermar las facultades de los litigantes, confirió al juez importantes poderes para controlar la duración del procedimiento, para introducir medios de prueba y valorarlos libremente²²⁸. Además, defendió la idea de que las partes debían cooperar con el juez en la decisión del conflicto²²⁹.

Resumiendo lo expuesto en el presente apartado, se puede apreciar que el *Zivilprozessordnung* austríaco constituye la consagración legislativa de una serie de cambios que se experimentan a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Se trata de cambios en la concepción del Estado, y la función jurisdiccional. En relación con los objetivos de la justicia civil, estos cambios producen como consecuencia que se cuestione la postura que solo reconocía intereses privados en el proceso civil. Por el contrario, se comienza a postular la necesidad de reconocer y atribuir a la justicia civil objetivos públicos.

3. *Civil Procedure Rules inglesas de 1999*

La tercera legislación relevante en este breve repaso histórico del devenir reciente del Derecho procesal son las reglas de procedimiento civil inglesas de 1999. En la actualidad esta legislación constituye el gran foco de atención para la dogmática procesal civil y su relevancia y consecuencias en el futuro del proceso civil contemporáneo están por determinarse.

²²⁷ VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 11 y 12.

²²⁸ OBERHAMMER; DOMEJ, "Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 121; VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 12 y 13; CAPPELLETTI, "Ideologías en el Derecho Procesal", en CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, 1974, p. 18.

²²⁹ VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 12 y 13; FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896", en *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 55 y ss.

La principal característica de esta nueva legislación procesal es que fue precedida de una investigación previa²³⁰. El gobierno inglés encargó este estudio a Lord Harry Woolf con el objeto de determinar los principales problemas de la justicia civil inglesa y formular propuestas de reforma²³¹. Esta investigación previa está contenida en los informes²³² *Access to Justice Interim Report* y *Access to Justice Final Report*²³³.

En estos informes existe una profunda reflexión sobre los problemas de la justicia civil y sus causas. De acuerdo a estos, los principales problemas de la justicia civil inglesa son la larga duración de los procesos, los costos exagerados e impredecibles²³⁴ y la complejidad de los procedimientos²³⁵. La causa de estos problemas sería la cultura adversarial radical existente, en la cual las partes tienen un dominio absoluto de lo que ocurre en los procedimientos y en la cual el juez no tiene responsabilidad alguna por los costos y la duración del proceso²³⁶. En opinión de Taruffo esta cultura adversarial a ultranza que se consolida en la segunda mitad del siglo XIX en

²³⁰ La realización de estudios previos para reformar la legislación procesal civil inglesa ha sido una costumbre consante en el tiempo. Sobre este punto, véase SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, *passim*.

²³¹ ANDREWS, "The New English Civil Procedure Rules (1998)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 166.

²³² Para una revisión general de estos informes véase: ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice - An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, pp. 31 - 42. Para comentarios y críticas sobre estos informes véase la obra ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on "Access to Justice"*, 1995. En especial, ZANDER, "Why Lord Woolf's proposed reforms of civil litigation should be rejected", *Ibidem*, pp. 79 - 95.

²³³ LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report, to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1995. Disponible en red: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interim/woolf.htm>. (Última visita 12 de enero de 2016); LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report, to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1996. Disponible en red: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>. (Última visita 12 de enero de 2016).

²³⁴ ZUCKERMAN, "Lord Woolf access to justice: plus ça change...", *Modern Law Review*, 1996, pp. 773 - 796.

²³⁵ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 3. ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice - An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 31; SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 9 - 74, en especial, pp. 12 y ss. y 67 y ss.

²³⁶ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 3.3. ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice - An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32; Sobre el punto, véase también: VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 16.

la tradición de *common law* es equiparable a la concepción liberal clásica del proceso civil en Europa continental²³⁷.

Frente a este estado de cosas, Lord Woolf propone un cambio cultural y de orientación en tres aspectos claves. En primer lugar, propone trasladar la responsabilidad de la gestión del proceso de las partes al tribunal²³⁸. En este sentido el *case management* constituye el eje principal de la nueva legislación²³⁹. En segundo lugar, propone dejar de considerar como valor relevante solamente la corrección de la decisión final y plantea la necesidad de considerar también los costos y el tiempo involucrados en el proceso²⁴⁰. Por último, propone dejar atrás la cultura adversarial radical y pasar a una concepción más cooperativa del proceso civil²⁴¹.

En este punto, el aspecto relevante de las *Civil Procedure Rules* inglesas es que consagran expresamente el objetivo (*overriding objective*)²⁴² que dichas normas persiguen:

The overriding objective

1.1. (1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.*

²³⁷ TARUFFO, "La justicia civil", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 158 y 159.

²³⁸ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 4.3. y Secc. II, Cap. 5; LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. II; ANDREWS, "The New English Civil Procedure Rules (1998)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 167.

²³⁹ ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, p. 337; ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice - An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32; VERKERK, "England and Wales", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 308.

²⁴⁰ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 4.5 y 6; ANDREWS, "The New English Civil Procedure Rules (1998)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 172 y 173; SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, *passim*, en especial, pp. 101 y ss. y 147 y ss.

²⁴¹ ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice - An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32; ANDREWS, *Justicia civil inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*, 2013, p. 2; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: a retrospective view", en PELLEGRINI GRINOVER; CALMON (eds.), *XIII Congresso Mundial de Direito Processual - XIII World Congress of procedural law*, 2007, pp. 634 y ss.

²⁴² Sobre el *overriding objective*, véase SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, *passim*; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 1 y ss.; ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 36 y ss.; *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 11 y ss.; SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2013, pp. 30 y ss.; DWYER, "What is the meaning for CPR R 1.1(1)?", en DWYER (ed.), *The civil procedure rules ten years on*, 2009, pp. 65 - 73.

(2) *Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable–*

(a) ensuring that the parties are on an equal footing;

(b) saving expense;

(c) dealing with the case in ways which are proportionate –

(i) to the amount of money involved;

(ii) to the importance of the case;

(iii) to the complexity of the issues; and

(iv) to the financial position of each party;

(d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly;

(e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and

(f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders.

En relación con nuestro tema, se puede apreciar que en esta legislación no hay una mención expresa a algo parecido a un objetivo social como el *Sozialfunktion* de la ZPO austriaca. Tal vez la razón sea el escaso contacto que existió entre Inglaterra y Europa continental en materia procesal civil²⁴³. Sin embargo, no puede desconocerse que bajo esta nueva legislación y sus estudios preparatorios se pretende dejar atrás la sola consideración de los intereses privados de las partes y es posible reconocer consideraciones sociales, o que al menos van más allá del mero interés particular. Por lo pronto, se pretende dejar atrás la consideración absolutamente adversarial del proceso donde solo importan los intereses de las partes. Además, se considera que el juez debe gestionar el proceso de manera de cumplir intereses sociales tales como la eficiencia en el uso de los recursos y la justicia. En este sentido, van Rhee afirma que las *Civil Procedure Rules* inglesas pueden ser vistas como la finalización del desarrollo promovido con el código austriaco y tal vez “como un intento de alcanzar un compromiso entre las concepciones social y liberal de los litigios civiles”²⁴⁴.

Al finalizar este pequeño repaso histórico en relación con los objetivos de la justicia civil se pueden formular algunas ideas a modo de conclusión.

²⁴³ VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 16 y 17.

²⁴⁴ VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 21 y 22. En sentido similar ANDREWS, *Justicia civil inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*, 2013, p. 2.

Como explicaremos en detalle en los siguientes apartados, es posible reconocer que en la actualidad se ha dejado atrás la idea que la justicia civil sirve solamente a los intereses privados de las partes. Con las *Civil Procedure Rules* inglesas parece consolidarse la idea que la justicia civil tiene y debe reconocer objetivos que van más allá de los intereses individuales de las partes, es decir, debe reconocer objetivos públicos.

III. Concepciones contemporáneas sobre los objetivos de la justicia civil: dos ideas generales para comenzar

Para la comprensión del estado actual de los objetivos de la justicia civil en el mundo contemporáneo resulta fundamental la obra editada por Alan Uzelac: *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*²⁴⁵ (Objetivos de la justicia y el proceso civil en los sistemas judiciales contemporáneos). El libro tiene su origen en el congreso organizado por la Asociación Internacional de Derecho procesal celebrado en Moscú en el año 2012, el cual estuvo dedicado, entre otros temas, al análisis de los objetivos de la justicia civil. La obra contiene once artículos que corresponden a los informes nacionales sobre los objetivos de la justicia civil presentados al congreso²⁴⁶. Además, tiene un informe general escrito por el editor del libro a partir de los informes nacionales que busca sintetizar y exponer los desarrollos y tendencias globales sobre la materia.

A partir de esta obra y algunos otros trabajos se desprende que las concepciones contemporáneas sobre los objetivos de la justicia civil pueden explicarse o comprenderse correctamente si se parte de dos afirmaciones iniciales de carácter general: (1) los objetivos de la justicia se encuentran entre la resolución de conflictos y la implementación de políticas públicas²⁴⁷ y, (2) la justicia civil, además de objetivos jurídicos, tiene también objetivos sociales y políticos²⁴⁸.

(1) Aunque a primera vista parece no existir consenso entre los objetivos de la justicia civil, y a pesar de que existen diversas formas de expresarlos, en la mayoría de los casos los autores suelen hacer referencia a estos objetivos en

²⁴⁵ UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014.

²⁴⁶ Son once informes nacionales en los cuales se analizan catorce países.

²⁴⁷ UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 6.

²⁴⁸ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 255 y ss.; GENN, *Judging civil justice*, 2010, pp. 16 - 24.

términos bastante similares. Actualmente los objetivos se presentan como una contradicción entre dos extremos opuestos en los términos elaborados por Damaska²⁴⁹ en su obra clásica: por un lado la resolución de conflictos individuales y por otro la implementación de políticas, objetivos o funciones públicas. En el primer caso las denominaciones suelen ser bastante similares (resolución de disputas, solución de controversias, etc.). En el segundo caso, las denominaciones son mucho más diversas pues los objetivos que pueden atribuirse a la jurisdicción pueden variar mucho dependiendo de diferentes concepciones políticas o sociales²⁵⁰. Sin embargo, todos estos diversos objetivos pueden reunirse bajo la denominación de objetivos públicos. En otras palabras, la mayoría de los autores presenta el tema de los objetivos de la justicia civil como un contraste entre estos dos enfoques. Del mismo modo se entiende que cada sistema de justicia civil puede definirse o entenderse como un balance entre ambos extremos²⁵¹.

Damaska presenta y explica estos dos tipos de objetivos como extremos teóricos completamente opuestos e incompatibles entre sí. Por un lado, en un Estado reactivo interesa solo la resolución de conflictos sin que la justicia pueda perseguir otro objetivo adicional. En cambio, un Estado activista persigue implementar políticas públicas utilizando como medio el conflicto jurídico, el cual es meramente instrumental, pudiendo incluso llegar a prescindirse de este o simplemente no existir²⁵².

Por su parte, la doctrina contemporánea suele presentar este tema como un equilibrio entre ambos objetivos. No existen sistemas puros pues estos objetivos suelen concurrir conjuntamente. Por un lado, ningún sistema reconoce como objetivo la sola resolución de conflictos sin considerar o prescindir de objetivos públicos pero al mismo tiempo ningún sistema

²⁴⁹ DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 125 y ss.

²⁵⁰ UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 6.

²⁵¹ UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 6; ARMSTRONG, "Making tracks", en ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on 'Access to justice'*, 1995, p. 99.

²⁵² DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 125 y ss. Se debe tener presente que estos extremos teóricos expuestos por Damaska no constituyen una descripción de la realidad. Se trata de construcciones teóricas ideales que son instrumentales, elaboradas con el propósito de analizar, posteriormente, de qué manera los distintos sistemas reales se acercan más o menos a cada opuesto teórico.

prescinde completamente de la resolución de conflictos²⁵³. Sin embargo, la importancia relativa de cada uno de ellos es contingente pues puede variar con el tiempo y puede variar en cada sociedad. La gran diferencia entre los diversos países está en el énfasis atribuido a cada objetivo y en la forma en que logran alcanzar este equilibrio²⁵⁴. En consecuencia, actualmente la discusión no consiste en elegir entre uno y otro objetivo sino lograr un adecuado balance entre ambos.

(2) En segundo lugar, se puede afirmar que actualmente no es correcto entender que la justicia civil tiene solo objetivos jurídicos. Por el contrario, la justicia civil tiene además objetivos sociales y políticos²⁵⁵. Sin embargo, se trata de una idea que no es totalmente consciente. Los autores suelen atribuir al proceso civil una serie de objetivos. Muchos de ellos son claramente objetivos sociales o políticos. Sin embargo, muchas veces no se reconoce expresamente este carácter extra jurídico y no se tiene conciencia de sus implicaciones.

Se debe recordar que, en esta materia, el caso del *Zivilprozessordnung* austríaco de 1985 es paradigmático. En el contexto de esta reforma procesal Klein reconoció expresamente al proceso civil una función social (*Sozialfunktion*). Por el contrario, las *Civil Procedure Rules* inglesas, aunque claramente contienen consideraciones sociales, no se reconoce expresamente un objetivo social.

En la doctrina contemporánea el autor que ha explicado con mayor claridad la existencia de objetivos sociales y políticos de la justicia civil es Dinamarca en su clásica obra sobre la instrumentalidad del proceso²⁵⁶. De

²⁵³ En un sentido similar Cfr. JOLOWICZ, "Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation", en *On civil procedure*, 2000, p. 176.

²⁵⁴ UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 6.

²⁵⁵ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 253 y ss.; GENN, *Judging civil justice*, 2010, pp. 16 - 24.

²⁵⁶ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 253 y ss. El autor sostiene que ya en 1977 en el Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Gante (Bélgica) se apreciaba que la doctrina reconocía objetivos también en el ámbito social. Véase pp. 261 y 262. Véase también HABSCHIED, "As bases do direito procesual civil. Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual - Gand (Bélgica) 1977", *Revista de Processo*, 1978, pp. 124 - 127. El texto fue originalmente publicado en francés: HABSCHIED, "Les principes fondamentaux du droit judiciaire prive. The fundamental principles of the law of civil procedure", en Storme; Casman (ed.), *Towards a justice with a human face. The first International Congress on the Law of Civil Procedure. Faculty of Law, State University of Ghent, 27 August - 4 September 1977*, 1978, pp. 29 - 66.

acuerdo a éste, la jurisdicción es una manifestación del poder del estado y como tal está orientada al cumplimiento de los fines propios de éste²⁵⁷.

“La jurisdicción tiene innegables implicaciones con la vida social, tanto es así que es el reconocimiento de su utilidad, por los miembros de la sociedad, el que la legitima en el contexto de las instituciones de la nación.

Por otro lado, siendo ella una expresión del poder estatal, tiene implicaciones con la estructura política del estado. Refleja, en la coyuntura en que se inserta, la fórmula de las relaciones entre el Estado y su población, además de servir de instrumento para la imposición de las directrices estatales”²⁵⁸.

“Es la razón por la cual el correcto encuadramiento político del proceso revela la insuficiencia de determinar *un* propósito de la jurisdicción y muestra la inadecuación de todas las posturas sólo jurídicas, que a toda costa buscan la respuesta al problema en el ámbito del derecho mismo, sin tomar en cuenta el panorama socio-político en que se inserta la propia función de este...”²⁵⁹.

“Por eso es que, hoy, todo estudio teleológico de la jurisdicción y del sistema procesal extrapola los linderos del derecho y de su vida, proyectándose hacia fuera. Es preciso, además del objetivo puramente jurídico de la jurisdicción, encarar también las tareas que le competen frente a la sociedad y al Estado como tal. El procesalista contemporáneo tiene la responsabilidad de ser consciente respecto de aquellos tres planos, negándose a permanecer en uno solo, bajo pena de esterilidad en sus construcciones, timidez u orientación que desentone con las directrices del propio estado social”²⁶⁰.

“La percepción y examen ordenado de todos los objetivos, que animan la institución y ejercicio de la jurisdicción como expresión del poder político, y la búsqueda de una armoniosa convivencia social constituyen factores de primer orden para el encuentro de soluciones adecuadas, sea en el plano teórico o práctico, sea en los casos particulares o en la generalización legislativa”²⁶¹.

En consecuencia, una correcta comprensión de esta materia exige un análisis de los diversos objetivos de la justicia, de sus relaciones y de su correcto encuadramiento en los diversos planos jurídico, social o político²⁶².

La afirmación que la justicia civil tiene objetivos extra jurídicos es consecuencia del hecho que el propio ordenamiento jurídico tiene objetivos sociales y políticos. La jurisdicción es instrumental y está al servicio del Derecho y sus fines. Además, el ordenamiento procesal es un sub sistema del ordenamiento jurídico. Donde el Derecho no basta para cumplir sus

²⁵⁷ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 255.

²⁵⁸ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 259.

²⁵⁹ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 260.

²⁶⁰ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 261.

²⁶¹ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 263.

²⁶² DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 263.

objetivos opera el sub sistema de la justicia civil para auxiliarlo. Por tanto, si la justicia civil es instrumental al derecho y es un sub sistema de él, entonces sus objetivos se identifican con los objetivos del Derecho en el ámbito social y político²⁶³. Es decir, la justicia civil hace suyos los objetivos del Derecho. En este sentido Dinamarco sostiene que: “Legislación y jurisdicción se engloban, así, en una unidad teleológica, ambas orientadas a una sola tarea de cuño social, que estaría a medio camino si fuera confiada solo a la legislación o no tendría ningún significado si se concibiera la jurisdicción sin la existencia de normas de derecho sustancial”²⁶⁴.

De hecho, si se comparan los objetivos que tradicionalmente se le atribuyen al Derecho estos suelen coincidir en lo sustancial con aquellos objetivos más generales que se le atribuyen a la justicia civil. Objetivos como la resolución de conflictos, la paz, la seguridad o la justicia se suelen atribuir a uno y a otro²⁶⁵. Sin embargo, hay un punto donde esta coincidencia de objetivos se rompe, pues la justicia civil también tiene objetivos de cara al propio ordenamiento jurídico, objetivos intrajurídicos y/o intraprocesales. Con estos se completa el cuadro de objetivos en los planos social, político y jurídico.

Hechas estas dos consideraciones de carácter general, y antes de entrar a analizar más a fondo los diversos objetivos que en la actualidad se le atribuyen a la justicia civil, en los apartados siguientes exploraremos las implicaciones negativas que se derivan de ambas afirmaciones. Estas implicancias en el fondo vienen a refutar algunos errores o falencias existentes en el análisis del tema.

IV. Objetivos de la justicia civil: enfoques erróneos

Como señalamos en el apartado anterior, en la actualidad, en la doctrina es posible observar un consenso en cuanto a dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, los objetivos de la justicia se encuentran entre la resolución de

²⁶³ Sobre esta vinculación, DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 272 y ss. En Chile, MATURANA MIQUEL; RIVERO HURTADO, “Un nuevo sistema procesal civil: una necesidad social impostergable o un antojo académico”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, pp. 30 y 31.

²⁶⁴ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 274.

²⁶⁵ MORESO, VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, pp. 41 y ss.; SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, pp. 531 y ss.; DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 253 y ss.; DE LUCAS (ed.), *Introducción a la teoría del Derecho*, 1992, pp. 119 y ss.

conflictos y la implementación de políticas públicas y, además, que estos objetivos, además de jurídicos, son también políticos y sociales. Si estas ideas que la doctrina contemporánea mantiene actualmente son ciertas, de esto se desprende como consecuencia que se deben rechazar algunos enfoques existentes sobre la materia.

(1) En primer lugar, se deben rechazar aquellas concepciones o ideologías que reducen los objetivos de la justicia civil a la sola resolución de conflictos. En la doctrina procesal contemporánea y comparada se suelen reconocer varios objetivos²⁶⁶. La complejidad de los objetivos de la justicia civil no permite reducir el tema a un único objetivo y, por lo tanto, es necesario reconocer varios objetivos en distintos planos (jurídico, social y político)²⁶⁷. Pero además existen otros argumentos para rechazar esta postura.

Las críticas principales a estas orientaciones han sido elaboradas por Taruffo²⁶⁸. De acuerdo a este autor, todas las posturas que reducen la función de la justicia civil a las ideas de resolución de controversias o composición o reducción de conflictos se fundan en una ideología que podría llamarse liberalista del proceso civil. De acuerdo a esta ideología, el valor que el proceso civil debe perseguir es “la realización de la libre confrontación de las partes individuales privadas, entendido como necesaria manifestación de su libertad y autonomía”²⁶⁹.

²⁶⁶ VAN RHEE, “Dutch civil procedure: reform and efficiency”, en VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, p. 51.

²⁶⁷ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 255 y ss.; GENN, *Judging civil justice*, 2010, pp. 16 – 24.

²⁶⁸ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, pp. 37 y ss.; 62 y ss.; del mismo autor, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 136; “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, pp. 262 y ss.; “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 21 y ss.; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, pp. 125 y ss.; *La prueba*, 2008, pp. 21 y 22; “Legal cultures and models of civil justice”, en HELDRICH; UCHIDA (ed.), *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996*, 1996, pp. 621 – 637. En Chile, BORDALÍ SALAMANCA, “Función del proceso y la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil. Repercusiones para las partes y para el juez”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, pp. 87 – 105; HUNTER AMPUERO, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2011, pp. 74 y ss.; del mismo autor, “La aplicación judicial del Derecho y la motivación de la sentencia en el PCPC”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, pp. 151 y ss.

²⁶⁹ TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 136.

Este tipo de concepción ha tenido diversas manifestaciones en diversos contextos históricos y culturales²⁷⁰. En primer lugar, puede mencionarse la cultura jurídica del siglo XIX la cual se manifestó en la codificación procesal a partir del *Code de Procédure Civile* francés de 1806 según vimos en los apartados anteriores²⁷¹. Otra manifestación de estas ideas se observa en la cultura jurídica angloamericana. “De la *procedural justice* teorizada por Rawls a la concepción *adversarial* de la justicia civil²⁷², se encuentran numerosas manifestaciones de la idea fundamental conforme a la cual el proceso civil no puede y no debe ser más que el *lugar de la confrontación* de los particulares... En cuanto a la justicia, no es más que el resultado automático de esa confrontación: para que sea justo el producto de la competición está la *invisible hand* que hace óptimo el orden de intereses económicos derivado de la dinámica del libre mercado”. Luego, también en la cultura angloamericana, se plantea la resolución de conflictos como único objetivo del proceso, mediante elaboraciones más sofisticadas tomadas desde la sociología general²⁷³.

Según Taruffo, la principal razón para rechazar este tipo de concepción del proceso civil es que esta excluye cualquier consideración relativa a la calidad de la decisión. Es decir, no considera que la decisión deba cumplir algún criterio externo de justicia. Si lo que interesa es la resolución de conflictos, lo único importante es que el conflicto se termine. Por el contrario, no importa la forma como este conflicto es resuelto. De acuerdo a esta concepción, la resolución será siempre justa en la medida que el proceso sea llevado adelante de una forma correcta, cumpliendo todas las garantías para las partes. De esta manera, un proceso será mejor y la solución de este estará más legitimada en la medida que permita mayor libertad y confiera mayores facultades a las partes²⁷⁴. En esta lógica el proceso puede llevar o no a una decisión justa pero si lo hace ello no es

²⁷⁰ Véase DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 140, 352 – 388.

²⁷¹ TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 136.

²⁷² Sobre la concepción del *adversary system* en Estados Unidos, véase TARUFFO, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, 2008. Sobre la ideología detrás de esta concepción de proceso, con consideraciones históricas, sociales y políticas véase en especial el capítulo final del libro “La ideología del ‘*adversary system*’”, *Ibidem*, pp. 237 y ss.

²⁷³ TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 137.

²⁷⁴ TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, pp. 137 y 138.

porque sea una finalidad perseguida. Si se alcanza la justicia ella será solo un “*by product* del sistema procesal, no el fin fundamental de la justicia civil”²⁷⁵.

“...lo que queda fuera del horizonte de esta orientación teórica e ideológica es la idea de que el proceso civil sirva para garantizar y asegurar la legalidad en general, a través de la efectiva y puntual actuación de los derechos de los particulares, por medio de decisiones verdaderas y justas...

Ese modo de concebir la justicia civil, sus modalidades y sus fines parece tener poco que ver con el Estado de Derecho y con la rigurosa observancia del principio de legalidad. Se inspira más bien en otros y diversos valores, fundados en la legitimidad de la victoria del más fuerte y sobre el principio de no-intervención del Derecho y del Estado en esta suerte de dinámica darwiniana que se supone tiene lugar en el proceso. En ella no es el Derecho el parámetro fundamental en que deberían inspirarse las conductas de las partes y las decisiones judiciales, y no es la actuación de la legalidad el fin fundamental de la jurisdicción. Al contrario, los derechos son el premio que se adjudican los vencedores al final de la confrontación, casi como recompensa por haber puesto fin al conflicto”²⁷⁶.

Por nuestra parte, coincidimos en lo fundamental con esta crítica, pues entendemos que dentro de los fines de la justicia civil debe existir referencia a algún criterio de justicia externo. Pero además, esta concepción del proceso civil parece fundamentarse en una ideología política relativa a la función del Estado propia del siglo XIX que difícilmente podría sostenerse en estos días. En apartados anteriores ya mostramos como la tendencia sobre la materia parece ser totalmente la contraria, pues desde la época del *Zivilprozessordnung* austríaco de 1895 la tendencia parece moverse hacia un estado más activo, y a una justicia civil que reconoce objetivos que a lo menos van más allá de los intereses particulares de las partes.

Sin embargo, esta crítica no debe llevarnos a restar todo valor a la idea de resolución de conflictos. En otras palabras, lo dicho no quiere decir que la idea de resolución de conflictos no tenga importancia en esta materia. Como explica Jolowicz: “No existe un sistema procesal civil desarrollado cuyo único y exclusivo objetivo sea la resolución no violenta de disputas, y no hay un sistema procesal civil desarrollado en el cual la resolución de

²⁷⁵ TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 138.

²⁷⁶ TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, pp. 138 y 139.

disputas no juegue ningún rol”²⁷⁷. La relevancia de la idea de resolución de conflictos puede explicarse a lo menos de dos maneras:

(a) Desde luego, lo menos que la justicia civil debe hacer es resolver conflictos entre sujetos particulares. De hecho, se trata de una de las funciones del Derecho²⁷⁸ a cuyo cumplimiento la jurisdicción sirve. Lo que ocurre es que, como explicamos, al entender los objetivos de la justicia civil solo como resolución de conflicto se excluye algo tan relevante como la justicia de la decisión lo cual resulta rechazable. Por esta razón, el objetivo de la justicia civil debe reformularse en el sentido de contemplar o incluir a la resolución de conflictos pero sin excluir aquello que ésta deja afuera, esto es, sin excluir la justicia de la decisión²⁷⁹. Es precisamente esto lo que queremos decir cuando al final de este capítulo afirmemos que un objetivo que la justicia civil debe perseguir es pacificar “con justicia”.

(b) En segundo lugar, puede entenderse que cuando se alude a la resolución de conflictos, se está aludiendo a una función de la justicia civil, es decir, a una tarea que ella cumple en los diferentes sistemas. Es decir, no concebirla como objetivo o finalidad sino como función. De esta manera no es un fin propiamente tal, es una tarea que la justicia civil lleva a cabo con miras a cumplir otros objetivos²⁸⁰. Planteando así las cosas la afirmación parece no resultar totalmente problemática. Difícilmente podría negarse que en los hechos la jurisdicción resuelva conflictos. Y además, planteado como función no excluye necesariamente la posibilidad de concebir algún criterio de justicia externo como objetivo de la justicia civil.

(2) En segundo lugar, de acuerdo a lo explicado en el apartado número III anterior, se deben rechazar aquellas explicaciones que solo reconocen a la justicia civil objetivos jurídicos, desconociendo que la jurisdicción también reconoce objetivos sociales y políticos. Se trata de aquellas aproximaciones que Dinamarca denomina “introspectivas”²⁸¹, pues solo reconocen objetivos endoprocesales, objetivos que sólo pueden entenderse o explicarse al interior del proceso o la jurisdicción. Pero que, por el contrario, no toman en consideración los objetivos del proceso o la justicia civil de cara al sistema

²⁷⁷ JOLOWICZ, “Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation”, en *On civil procedure*, 2000, p. 176.

²⁷⁸ SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, pp. 517 y ss.

²⁷⁹ Véase capítulo segundo, VIII, 2, pp. 118 y ss.

²⁸⁰ Tomamos prestado en esta parte los análisis efectuados desde la teoría del Derecho que considera la resolución de conflicto no como un objetivo sino como una función. Véase SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, pp. 517 y ss.

²⁸¹ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 306 y ss.

jurídico en su conjunto. Como explicaremos en el capítulo siguiente, estos enfoques junto con desconocer la existencia de objetivos extrajurídicos, implícitamente niegan el carácter instrumental del sistema procesal²⁸². El reconocimiento de fines del sistema procesal, tales como, la cosa juzgada (Goldschmidt)²⁸³, la satisfacción de pretensiones (Guasp)²⁸⁴ o el juicio jurisdiccional (Nieva Fenoll)²⁸⁵, son ejemplos de explicaciones que olvidan referirse a los aspectos sociales y políticos que los objetivos de la justicia civil suponen.

V. Funciones de la justicia civil en la actualidad. Relaciones recíprocas entre funciones y fines

Anteriormente hemos señalado que una de las dificultades metodológicas en el estudio de los objetivos de la justicia civil es la confusión que existe en la doctrina entre fines y funciones. En el presente apartado insistiremos en la distinción entre fines y funciones, y aprovecharemos las relaciones recíprocas que existen entre ambos con el objeto de avanzar en la determinación de los objetivos de la justicia civil.

Como sostuvimos en apartados anteriores, con la expresión “funciones” de la justicia civil nos estamos refiriendo a las tareas o labores que la justicia civil lleva a cabo, es decir, aquello que la jurisdicción hace o ejecuta en la realidad. Por el contrario, con la expresión “fines u objetivos” de la justicia civil nos estamos refiriendo a los fines últimos, a él o los objetos para lo cual el sistema procesal ha sido establecido o aquello que el sistema debe perseguir. En otras palabras se debe distinguir entre aquello que el sistema judicial efectivamente hace (enunciado descriptivo) de aquello que el sistema judicial debería hacer (enunciado valorativo)²⁸⁶.

Ahora bien, distinguir no significa separar, pues ambas cuestiones están relacionadas recíprocamente²⁸⁷. (1) Algunos objetivos de la justicia

²⁸² Véase capítulo tercero, I, 3, pp. 133 y ss.

²⁸³ GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, 1961, pp. 37 y ss.; *Derecho, Derecho penal y proceso III. El proceso como situación jurídica*, 2015, pp. 187 y ss.

²⁸⁴ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, 1985, p. 44.

²⁸⁵ NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, p. 48.

²⁸⁶ La distinción entre fines y funciones la hemos tomado desde la teoría general del Derecho. Véase MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, pp. 43 y ss. En Chile SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, pp. 509 y ss.

²⁸⁷ Sobre la vinculación entre funciones y fines de la jurisdicción SOLER MIRALLES, “Sociología de la función jurisdiccional”, en GUZMÁN BRITO *et al.*, *La función judicial*, 1981,

civil pueden justificar algunas de las tareas que esta realiza en la práctica. (2) Del mismo modo, las tareas que el sistema procesal cumple pueden darnos luces o ser indiciarias de los objetivos que el sistema pretende alcanzar.

Atendido que lo que nos anima en esta parte de la investigación es llegar a determinar los objetivos de la justicia civil, comenzaremos por el dato conocido (2), es decir, por las tareas que la justicia cumple. La idea es que conocidas las funciones que ejecuta la justicia civil en el mundo contemporáneo estas puedan darnos luces sobre los objetivos subyacentes.

Llegar a determinar las tareas que en el mundo contemporáneo la justicia civil hace o ejecuta en la práctica, es una cuestión de hecho que difícilmente estamos en condiciones de lograr cabalmente. Tal vez ni siquiera lo lograríamos si centráramos nuestra atención en un estado determinado. Se requerirían análisis sociológicos y datos que exceden nuestras posibilidades.

Sin embargo, lo que sí resulta posible es determinar aquellas materias o asuntos que las legislaciones entregan al conocimiento de la jurisdicción civil. Aunque no se trata de datos fácticos sino de datos jurídicos, en el fondo nos indicarán aquellas materias que los tribunales normalmente conocen (sin perjuicio de los detalles y situaciones concretas de cada estado). En esta materia, resulta sumamente valiosa la obra editada por Alan Uzelac: *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*²⁸⁸ a la cual ya nos hemos referido. Una de las preguntas que los diferentes informes nacionales tuvieron que responder fue cuáles eran las materias que en cada Estado se consideran dentro del ámbito de la justicia civil. A partir de las diferentes respuestas el editor de la obra plantea algunas conclusiones relevantes.

Uzelac sostiene que ninguno de los países incluidos en los informes reduce la labor de la jurisdicción simplemente a la resolución de conflictos o la solución de cuestiones donde existe disputa. De acuerdo al autor, en muchos países se entregan a la jurisdicción materias adicionales a la simple resolución de materias disputadas (entre ellos la llamada jurisdicción

pp. 109 – 116. En relación con la vinculación entre fines y funciones del Derecho desde el punto de vista de la sociología, véase DE LUCAS (ed.), *Introducción a la teoría del Derecho*, 1992, pp. 114 y ss.

²⁸⁸ UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014.

voluntaria o asuntos judiciales no contenciosos). La cantidad y variedad de estas otras materias variará entre cada Estado de acuerdo a diferentes opciones políticas. A medida que la sociedad se complejiza es esperable que cada vez más materias nuevas se entreguen al conocimiento de la justicia civil²⁸⁹. En nuestra opinión, esta afirmación confirma una intuición bastante compartida y que sin mayores dificultades podría extenderse a la generalidad de los países (sin perjuicios que puedan existir algunas excepciones).

Las materias pueden ir desde divorcios de común acuerdo, designación de guardas, pasando por cobranzas, insolvencias, cuestiones electorales, hasta administración de registros de inmuebles y de comercio²⁹⁰. En algunos países estas materias tendrán una importancia menor mientras que en otros constituirán una parte considerable del trabajo de los tribunales, pero en todos podremos reconocer alguna de estas materias. Así por ejemplo, estas cuestiones son bastante abundantes en países como Alemania, Austria²⁹¹, Croacia²⁹², Italia²⁹³, China²⁹⁴ o Hungría²⁹⁵. En la tradición española estas materias también son muy relevantes²⁹⁶, y a partir de la influencia española son relevantes también en países sudamericanos como, por ejemplo, en Chile²⁹⁷. En otros países en cambio,

²⁸⁹ UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 13 y 14.

²⁹⁰ UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 13 y 14.

²⁹¹ Para el caso de Alemania y Austria, véase KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 39 – 41. Para el caso alemán, Véase también HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, p. 59.

²⁹² UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 13, nota 16.

²⁹³ SILVESTRI, "Goals of civil justice when nothing works: the case of Italy", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 86 y ss.

²⁹⁴ YULIN, "Social harmony at the cost of trust crisis: goals of civil justice in China", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 170 – 172.

²⁹⁵ KENGYEL; CZOBOLY, "Battle between individual rights and public interest in Hungarian civil procedure, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 206 y 207.

²⁹⁶ Véase, por ejemplo, ORTELLS RAMOS (dir.), *Derecho procesal civil*, 2014, pp. 79 y ss.

²⁹⁷ CASARINO VITERBO, *Manual de Derecho Procesal*, 2007, pp. 145 y ss.

tienen una relevancia menor como Holanda²⁹⁸, y en algunos casos, la tendencia parece ser la inversa, dejar de entregar estas cuestiones a la jurisdicción como en Noruega²⁹⁹.

En lo que a nosotros nos interesa resulta especialmente relevante que en estas materias es posible observar la existencia de un interés público o supraindividual. Estas cuestiones normalmente no apuntan al exclusivo interés de los sujetos involucrados. Por el contrario, es posible reconocer en la mayoría de éstas intereses públicos, o a lo menos, que van más allá del simple interés particular.

Sin embargo, en este punto es prudente hacer una salvedad. La opinión mayoritaria en la doctrina parece recomendar que estas cuestiones no contenciosas sean sacadas de la jurisdicción, de tal manera que ésta se concentre exclusivamente en la “adjudicación”. Esta opinión ha sido seguida en algunos países. Así por ejemplo, en Brasil se pretende que cuestiones como los divorcios consentidos o ejecuciones testamentarias no requieran intervención judicial³⁰⁰. En Chile, el actual proceso de reforma pretende entregar gran parte de las actividades ejecutivas no jurisdiccionales a un órgano diferente del juez. Del mismo modo, se pretende reducir al mínimo el número de asuntos no contenciosos que se entreguen a los tribunales civiles y sacar esta regulación del futuro código procesal civil³⁰¹.

Esta tendencia u opinión de reducir la actividad del juez a la adjudicación puede llevar a relativizar nuestra conclusión formulada anteriormente. Sin embargo, como se explicará en apartados siguientes, el caso de Brasil o Chile están lejos de ser países en que no se reconozcan a la

²⁹⁸ VAN RHEE, “Civil justice in pursuit of efficiency”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 66 y 67.

²⁹⁹ LORANGE BACKER, “Goals of civil justice in Norway: readiness for a pragmatic reform”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 110 – 112.

³⁰⁰ ALVIM WAMBIER, “Judicial activism as goals setting – Civil justice in Brazil”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 250.

³⁰¹ MATURANA MIQUEL; RIVERO HURTADO, “Un nuevo sistema procesal civil: una necesidad social impostergable o un antojo académico”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, p. 26; VARGAS PAVEZ, “Reflexiones en torno a la figura del oficial de ejecución en el proyecto de reforma a la justicia civil chilena”, en LETURIA I. (ed.), *Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?*, 2011, pp. 471 – 487; NÚÑEZ OJEDA, “Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia, principios)”, en DE LA OLIVA SANTOS; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, 2007, p. 692. Véase también, Mensaje Presidencial que acompaña al Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, apartado I, p. 4.

justicia objetivos públicos. Por lo tanto, en nuestra opinión, la existencia de asuntos no contenciosos entregados a la jurisdicción sigue siendo un buen punto de partida para reconocer la existencia de intereses u objetivos públicos entregados a la jurisdicción. Sin embargo, esta circunstancia debe ser tomada con cautela y necesariamente complementada con el análisis de aquellos asunto contenciosos que involucran intereses públicos a los que me referiré a continuación.

Además de estas materias no contenciosas, en este punto habría que agregar todas aquellos asuntos contenciosos en los cuales existen intereses que trascienden de los intereses de los litigantes. Todos aquellos cuestiones que conforman la litigación moderna, cuestiones que se alejan del clásico juicio entre dos partes sobre derechos patrimoniales y en los cuales se encuentran involucrados intereses de otros sectores de la sociedad. Así por ejemplo, asuntos de menores, incapaces, asuntos laborales, materias de vivienda o arrendamiento, violencia de género, hasta cuestiones aun más generales y complejas, como juicios en materia de consumo, libre competencia, instituciones bancarias o de crédito, medio ambiente, etc.

En este punto el caso de Estados Unidos es paradigmático. Se trata de un Estado que ha extendido claramente el campo de protección de la justicia civil desde los meros derechos individuales hacia objetivos de interés público. La justicia civil norteamericana no solo asume algunas tareas de carácter administrativo sino que en muchos casos sustituye a la administración³⁰². Marcus sostiene que en el corazón mismo de la justicia de Estados Unidos se encuentra la idea de que son los tribunales quienes desarrollan y hacen cumplir la legislación pública a través de la litigación privada. Esto es lo que denomina “*american exceptionalism*”³⁰³. También se deben mencionar todos aquellos litigios donde se ventilan asuntos de interés público, como las *public interest litigations*, las *class actions*, y los *punitive damages*³⁰⁴.

A todo lo anterior habría que agregar además algunas situaciones más particulares como, por ejemplo, aquellos sistemas en donde no existe un sistema de justicia administrativa autónomo en las cuales muchos de estos

³⁰² UZELAC, “Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 15.

³⁰³ MARCUS, “‘American exceptionalism’ in goals for civil litigation”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 130.

³⁰⁴ UZELAC, “Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 9.

asuntos son conocidos por la justicia civil, como por ejemplo, en Chile o Estados Unidos. Además, aquellos países que tienen un sistema de control de constitucionalidad de la ley de carácter difuso como Estados Unidos, México o Argentina, en los cuales el control lo realizan los tribunales ordinarios.

La pregunta lógica que surge aquí es qué va primero, el fin o la función. Es decir, si estas materias que la justicia civil conoce en el mundo contemporáneo determina los objetivos de la justicia civil, o bien, si son los objetivos de la justicia civil los que determinan que estas materias sean entregadas a la jurisdicción. Si se parte desde una concepción del proceso civil según la cual su objetivo es la mera resolución de conflictos la consecuencia es que se rechazaría la relación entre estas funciones y los fines de la justicia. Desde esta perspectiva, la coherencia teórica exige que estas otras cuestiones diferentes de la resolución de conflictos se consideren no jurisdiccionales. Y en consecuencia, exigiría reconocer que obedecen a otros objetivos ajenos a la justicia civil. Sin embargo, ya hemos explicado que en la actualidad y desde hace tiempo esta postura está en retirada, y además que existen razones para rechazarla desde el punto de vista teórico.

Por nuestra parte, considerando que los objetivos de la justicia civil no suelen estar claramente definidos, estimamos que no hay una suerte de precedencia temporal entre fines y funciones sino una interrelación recíproca. De esta manera, debe entenderse que la conclusión de Uzelac es fiel reflejo de una dinámica recíproca entre funciones y fines. El hecho que las legislaciones entreguen todas estas materias a la jurisdicción refleja, al igual que el repaso histórico de los apartados anteriores³⁰⁵, que la tendencia parece ir en dirección a reconocer que la justicia civil debe perseguir objetivos públicos o que a lo menos vayan más allá de simple intereses particulares.

VI. Fines u objetivos de la justicia civil en el Derecho comparado

Como señalamos anteriormente, en la actualidad la doctrina presenta los objetivos de la justicia civil a partir de los dos extremos teóricos elaborados por Damaska³⁰⁶: por un lado la resolución de conflictos y por el otro la

³⁰⁵ Véase capítulo segundo, II, pp. 72 y ss.

³⁰⁶ DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 125 y ss.

implementación de políticas públicas³⁰⁷. Uzelac sostiene que la doctrina entiende y presenta los objetivos como un punto intermedio entre ambos extremos. Del mismo modo, plantea que en los diversos sistemas jurídicos es posible observar un intento de equilibrio entre ambos opuestos³⁰⁸.

En nuestra opinión, este equilibrio debe entenderse como una concurrencia entre ambos. Es decir, ningún sistema excluye la relevancia que puede tener la resolución de conflictos. Sin embargo, ningún sistema reduce los objetivos a la sola resolución de conflictos. Todos los ordenamientos analizados en la obra editada por Uzelac reconocen otros objetivos públicos. Aunque existen algunas variaciones relevantes en la mayoría de los países estos objetivos públicos suelen ser bastante similares. A continuación describiremos cuales son estos objetivos que se reconocen en algunos países.

1. Alemania

En Alemania la doctrina reconoce fundamentalmente dos objetivos de la justicia civil³⁰⁹. Por un lado la protección y cumplimiento de los derechos individuales³¹⁰ y, por el otro, la implementación del ordenamiento jurídico. Sin embargo, algunos autores consideran que se trata simplemente de las dos caras de una misma moneda, y en consecuencia, se trataría de un solo objetivo³¹¹. También se suelen agregar otros objetivos como la certeza jurídica (*legal certainty*) o el desarrollo y aplicación uniforme del Derecho. Además, en ciertas materias tales como consumidor, libre competencia, medio ambiente, o derecho laboral, en las cuales se pueden reclamar intereses supraindividuales (*verbandsklage*) se considera como objetivo la

³⁰⁷ UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 6.

³⁰⁸ UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 6.

³⁰⁹ KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 36.

³¹⁰ HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, p. 37; KERN, "Un análisis comparado del Derecho procesal civil de EE.UU. y de Alemania", en PÉREZ RAGONE; TAVOLARI GOYCOOLEA (coords.), *Derecho procesal civil comparado: Homenaje a Rolf Stürmer*, 2013, pp. 319 y 320.

³¹¹ KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 36.

protección de estos intereses públicos³¹². Por su parte, la jurisprudencia ha reconocido como objetivos la protección de los derechos individuales, la certeza y seguridad jurídica y la justicia del caso concreto³¹³. En cuanto a la verdad sustantiva, esta no se considera un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar la certeza y seguridad jurídica (*legal certainty and security*)³¹⁴.

2. Austria

En Austria la herencia de Franz Klein y sus ideas sobre la *Sozialfunktion* de la justicia civil aún se perciben. Por esta razón, la opinión dominante en Austria considera que la justicia civil no solo debe servir para la protección de los derechos individuales sino que también debe ser un instrumento para la resolución de conflictos sociales y, en consecuencia, contribuir al bienestar social o público (*welfare*)³¹⁵. Al igual que en Alemania, también se reconoce como objetivo la certeza jurídica (*legal certainty*) y se considera la verdad sustantiva simplemente como medio y no fin en sí mismo³¹⁶. Por su parte, la jurisprudencia austriaca ha reconocido como objetivos la certeza jurídica y el establecimiento de la verdad³¹⁷.

3. Holanda

En Holanda, tanto la doctrina como los abogados reconocen a lo menos tres objetivos de la justicia civil: la determinación por la autoridad (*oficial*) de los derechos reconocidos por el Derecho privado y la dictación de títulos

³¹² KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 37 y 38; HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, pp. 37 y 38.

³¹³ KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 38.

³¹⁴ KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 37.

³¹⁵ KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 36 y 37.

³¹⁶ KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 37.

³¹⁷ KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 39.

ejecutables (*enforceable titles*); demostrar la efectividad del Derecho privado y; el desarrollo y aplicación uniforme del Derecho privado³¹⁸. Aunque la determinación de los derechos parece ser el objetivo básico de todo sistema procesal civil, los autores han resaltado los otros dos objetivos y sus “externalidades positivas”. De acuerdo a la doctrina, en la medida que los litigios son públicos revelan que los derechos se protegen y cumplen, de manera que incentiva el respeto de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones. Del mismo modo, desincentiva la justicia por propia mano. Además, la aplicación uniforme del Derecho desincentiva el exceso de litigios, en la medida que hay cierto grado de certeza sobre el posible resultado de un juicio. Por lo tanto, la doctrina concluye que un juicio tiene un significado que va mucho más allá de la simple protección de derechos de los sujetos involucrados, y tiene importantes “externalidades” que afectan a toda la sociedad³¹⁹.

Sin embargo, el gobierno holandés recientemente ha destacado la importancia del primer objetivo señalando que se trata del objetivo primario de la justicia civil, en el sentido de que la justicia debe considerarse el último remedio. Por este motivo ha impulsado políticas que promueven el uso de métodos de ADR y, además, pretendió aumentar las tasas judiciales de manera de aumentar los ingresos públicos y de esta manera lograr un mayor grado de autofinanciamiento de la justicia. El proyecto fue duramente criticado y al final no prosperó³²⁰. Aunque la opinión del poder político resulta relevante en esta materia, parece estar motivada por razones contingentes, derivadas de la necesidad de financiar la justicia, más que de una reflexión profunda y consciente de los objetivos de la justicia civil.

³¹⁸ VAN RHEE, “Civil justice in pursuit of efficiency”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 62; VAN RHEE, “Dutch civil procedure: reform and efficiency”, en VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, p. 52.

³¹⁹ VAN RHEE, “Civil justice in pursuit of efficiency”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 62 y 63; véase también, ASSER *et al.*, “A new balance. A summary of the Interim report Fundamental review of the dutch law of civil procedure”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2003, pp. 342 y ss., VAN RHEE, “Dutch civil procedure: reform and efficiency”, en VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, p. 55.

³²⁰ VAN RHEE, “Civil justice in pursuit of efficiency”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 65 y 66; véase también, VAN RHEE, “Dutch civil procedure: reform and efficiency”, en VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, pp. 51 – 52.

4. Francia

En Francia la doctrina reconoce como objetivos de la justicia civil la determinación y cumplimiento de los derechos reconocidos por el Derecho privado y, además, la efectividad del Derecho privado y la realización de la paz social. El desarrollo y aplicación uniforme del Derecho privado no suele mencionarse como objetivo de la jurisdicción. Sin embargo, en la práctica sí tienen relevancia en el contexto de la corte de casación³²¹.

5. Bélgica

En Bélgica se reconocen como objetivos la efectividad del Derecho privado y la efectividad del sistema judicial en su conjunto. Se entiende que en cada caso individual se busca demostrar que en general el sistema judicial es efectivo³²².

6. Italia

Para el caso de Italia, Silvestri sostiene que en la doctrina no existe mayor reflexión sobre los objetivos de la justicia civil. Desde luego los diversos manuales y textos hacen referencia a algún tipo de objetivo pero estas referencias no pasan de ser lugares comunes. En otros casos, se intenta elaborar nociones originales que resultan ser sumamente complejas aunque sin mayor apoyo o sustento³²³. En consecuencia, no es posible identificar alguna posición clara y dominante sobre el punto. Así por ejemplo, la jurisdicción se entiende como el método institucional de resolución de disputas, o bien, el método por el cual los derechos se hacen efectivos por medio de los tribunales. También se afirma que la jurisdicción es la función del Estado ejecutada por los jueces³²⁴. Sin embargo, como se puede apreciar, más que determinar los objetivos de la justicia civil, se trata simplemente de descripciones de la jurisdicción.

³²¹ VAN RHEE, "Civil justice in pursuit of efficiency", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 62, nota 3.

³²² VAN RHEE, "Civil justice in pursuit of efficiency", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 62, nota 1.

³²³ SILVESTRI, "Goals of civil justice when nothing works: the case of Italy", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 80.

³²⁴ SILVESTRI, "Goals of civil justice when nothing works: the case of Italy", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 80.

La gran excepción en la doctrina italiana es Taruffo quien en diversos lugares ha tomado posición sobre los objetivos que la justicia civil debiese perseguir³²⁵. En términos simples, el autor adopta una elección ideológica según la cual el proceso civil debe estar orientado a alcanzar decisiones justas³²⁶. Esta postura, no es necesariamente incompatible con la idea de resolución de conflictos en la medida que se entienda que el conflicto debe resolverse mediante una decisión que responda a algún criterio de justicia externo³²⁷. De acuerdo a Taruffo, esta justicia viene dada por (1) una determinación correcta de la verdad de los hechos ocurridos; (2) la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas aplicables y (3) la utilización de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión³²⁸.

Esta falta de reflexión y claridad sobre los objetivos de la jurisdicción es lo que Silvestri denomina “crisis de identidad” de la justicia civil italiana. De acuerdo a la autora, la principal razón de esta crisis de identidad es la eterna ineficiencia y retraso de la justicia italiana. Desde hace decenios que Italia viene siendo el gran ejemplo de país en donde la justicia no funciona y en donde los juicios son eternos. Aunque en Italia se han intentado innumerables intentos de reformas parciales con el objeto de mejorar la justicia todas estas han resultado inútiles y no han logrado sacar a Italia de la crisis³²⁹. En este contexto parece ser que el único objetivo que se reconoce y se busca alcanzar es lograr la eficiencia de la justicia, reducir los tiempos de espera y disminuir la cantidad de asuntos pendientes de solución en los tribunales³³⁰.

Sin embargo, la autora menciona que en Italia, hace algunos años atrás, durante la década de los setenta y a comienzo de los ochenta, muchos

³²⁵ TARUFFO, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, pp. 265 y ss.; *La prueba de los hechos*, 2011, pp. 62 y ss.; “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, p. 188; “Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 365 y ss.; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, pp. 125 y ss.; *La prueba*, 2008, pp. 22 y 23.

³²⁶ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, p. 63.

³²⁷ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, p. 65.

³²⁸ TARUFFO, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, 2006, p. 203.

³²⁹ SILVESTRI, “Goals of civil justice when nothing works: the case of Italy”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 80 y ss. En este mismo sentido TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre la justicia civil*, 2009, pp. 171 – 173; 185 – 186.

³³⁰ SILVESTRI, “Goals of civil justice when nothing works: the case of Italy”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 86.

comenzaron a generar grandes expectativas respecto del rol que la justicia civil podría cumplir en orden a cambiar la sociedad italiana. Se afirmó que con la constitución se habría producido una “socialización” de la justicia civil, se habría sacado la jurisdicción del campo de lo meramente técnico para acercarla a las necesidades de la sociedad. Se consideró que la esencia de la jurisdicción no era solo la resolución de la disputa de dos sujetos en pie de igualdad sino que además debía arreglar los conflictos y tensiones sociales. Se estimó que los tribunales debían implicarse de tal manera que corrigieran cualquier tipo de desequilibrio entre las partes que produjera alguna desventaja para alguno de los litigantes³³¹. Sin embargo, parece ser que la crisis de la justicia civil italiana impidió que estas expectativas perduraran en el tiempo.

7. Estados Unidos

En Estados Unidos, desde luego, la resolución de conflictos entre sujetos particulares es considerada un objetivo fundamental de la justicia civil³³², pues es coincidente con los valores predominantes de la sociedad americana³³³. La exaltación del modelo *adversary* de proceso civil es una clara manifestación de esto³³⁴. Sin embargo, esto no implica que en este país se considere que los objetivos de la justicia civil deben reducirse a la sola resolución de conflictos. Desde hace bastante tiempo han existido voces críticas³³⁵, y se han proclamados otros valores que van más allá de la mera resolución de conflictos. En la actualidad el tema sigue siendo discutido.

En su famoso trabajo “*Against settlement*”, Owen Fiss relativiza el valor de los ADR y la idea de resolución de conflictos, destacando la existencia de otros objetivos de la justicia civil tales como, explicar y dar fuerza a los valores contenidos en los textos oficiales como la Constitución y

³³¹ SILVESTRI, “Goals of civil justice when nothing works: the case of Italy”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 85 y 86.

³³² MARCUS, “‘American exceptionalism’ in goals for civil litigation”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 127.

³³³ TARUFFO, *Simplemente la verdad*, 2010, pp. 125 y ss.; “Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 368 y 369.

³³⁴ TARUFFO, “La ideología del ‘adversary system’”, en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, 2008, pp. 237 y ss.

³³⁵ Véase el clásico trabajo de Pound en el cual critica el “*sporting theory of justice*” norteamericano el cual enfatiza exclusivamente la resolución de conflictos: POUND, “The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice”, *American Law Review*, 1906, pp. 738 y ss.

las leyes, interpretar esos valores y lograr que la realidad se adecúe a ellos³³⁶. El mismo autor insiste en que la finalidad de la adjudicación es dar sentido a los valores constitucionales en su trabajo “*The Forms of justice*” en el cual examina la labor de la justicia civil en Estados Unidos en los años sesenta en relación con el movimiento de los derechos civiles, en un tipo de litigación que denomina “reforma estructural”³³⁷.

Algunos han reconocido como objetivo la modificación de comportamientos mediante la imposición de costos a las conductas dañinas. Precisamente las *class actions* o los *punitive damages* serían el ejemplo de un mecanismo establecido para este objetivo³³⁸. También puede mencionarse el “*american exceptionalism*” según el cual la justicia civil también tiene como objetivo procurar el cumplimiento de la legislación del Estado mediante la litigación privada³³⁹.

Actualmente, en la jurisprudencia norteamericana es dominante el análisis utilitario de costo beneficio en los términos explicados por Posner, según el cual el objetivo del sistema procesal es minimizar la suma total de los costos que suponen las decisiones judiciales erróneas y los costos de funcionamiento total del sistema³⁴⁰.

8. Brasil

En Brasil la mayoría de la doctrina considera que el objetivo de la justicia civil es resolver conflictos o disputas entre dos sujetos de acuerdo a la ley. Sin embargo, en muchas ocasiones el objetivo es resolver los problemas generados por una actividad inapropiada del gobierno³⁴¹. También se considera que la justicia tiene un objetivo regulatorio ejercido

³³⁶ FISS, “Against settlement”, *The Yale Law Journal*, 1984, p. 1085. El texto también aparece publicado en: FISS, *The law as it could be*, 2003, pp. 90 – 104. En español véase FISS, *El Derecho como razón pública*, 2007, pp. 127 – 145.

³³⁷ FISS, “Foreword: The forms of justice”, *Harvard Law Review*, 1979, pp. 1-58; “The forms of justice”, en FISS, OWEN, *The law as it could be*, 2003, pp. 1 – 47. En español, FISS, OWEN, *El Derecho como razón pública*, 2007, pp. 21 – 76.

³³⁸ MARCUS, “‘American exceptionalism’ in goals for civil litigation”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 128.

³³⁹ MARCUS, “‘American exceptionalism’ in goals for civil litigation”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 129 y ss.

³⁴⁰ MARCUS, “‘American exceptionalism’ in goals for civil litigation”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 126.

³⁴¹ ALVIM WAMBIER, “Judicial activism as goals setting – Civil justice in Brazil”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 245 y 246.

fundamentalmente por medio de la “especialidad brasileña”, las acciones colectivas³⁴². Además, se invoca como objetivo de la jurisdicción dar efectividad al Derecho material³⁴³. Sin embargo, también existen algunos relevantes trabajos teóricos que han intentado profundizar teóricamente sobre los objetivos sociales y políticos del sistema judicial. En este sentido, la monografía de Dinamarco: *La instrumentalidad del proceso*³⁴⁴ es la obra de referencia.

9. Inglaterra

Respecto a la situación de Inglaterra ya nos hemos referido a ella anteriormente³⁴⁵. Sin embargo, en este punto vale recordar algunas cuestiones relevantes en relación con los objetivos de la justicia civil.

En *Access to justice Interim Report*, Lord Woolf propone dejar de considerar como valor relevante solamente la corrección de la decisión final y plantea la necesidad de considerar también los costos y el tiempo involucrados en el proceso³⁴⁶. Por su parte, las *Civil Procedure Rules* de 1999 establecen expresamente un *overriding objective* (objetivo preponderante) consistente en *deal with cases justly and at proportionate cost* (tratar los casos con justicia y a costos proporcionados)³⁴⁷. Esto supone, entre otras cosas, tomar en consideración cuestiones como la igualdad de las partes, ahorro de recursos, rapidez, justicia del procedimiento, invertir los recursos adecuados en cada caso y, además, la proporcionalidad del procedimiento en

³⁴² ALVIM WAMBIER, “Judicial activism as goals setting – Civil justice in Brazil”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 248.

³⁴³ Por ejemplo, MARINONI, “Derecho a la tutela judicial de los derechos”, en PRIORI POSADA (coord.), *Derecho material y proceso. El modo como el proceso se adecúa a la tutela del derecho material*, 2017, pp. 21 – 55; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 134 – 137.

³⁴⁴ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 253 y ss.

³⁴⁵ Véase capítulo segundo, II, 3, pp. 80 y ss.

³⁴⁶ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 4.5 y 6; ANDREWS, “The New English Civil Procedure Rules (1998)”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 172 y 173; SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, *passim*, en especial, pp. 101 y ss. y 147 y ss.

³⁴⁷ CPR 1.1 (1) Sobre el *overriding objective*, véase SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, *passim*; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 1 y ss.; ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 36 y ss.; *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 11 y ss.; SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2013, pp. 30 y ss.; DWYER, “What is the meaning for CPR R 1.1(1)?”, en DWYER (ed.), *The civil procedure rules ten years on*, 2009, pp. 65 – 76

relación al monto involucrado, a la importancia y complejidad del asunto y a las capacidades financieras de las partes. Y con ello, como objetivo último, se busca asegurar el acceso a la justicia a todas las personas³⁴⁸.

The overriding objective

1.1. (1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.*

(2) *Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable–*

(a) ensuring that the parties are on an equal footing;

(b) saving expense;

(c) dealing with the case in ways which are proportionate –

(i) to the amount of money involved;

(ii) to the importance of the case;

(iii) to the complexity of the issues; and

(iv) to the financial position of each party;

(d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly;

(e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and

(f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders.

Similares consideraciones sobre el carácter público de los objetivos sociales de la justicia civil pueden encontrarse en la doctrina³⁴⁹:

“Civil justice serves a number of purposes. Essentially, the civil justice system provides the legal structure for the economy to operate effectively and for the power of government to be scrutinized and limited. It serves a private function in providing peaceful, authoritative and coercive termination of disputes between

³⁴⁸ SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 162 – 164.

³⁴⁹ JOLOWICZ, “On the nature and purposes of civil procedural law”, en *On civil procedure*, 2000, pp. 59 – 80; SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, *passim*; ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, 2003, pp. 3 – 12; del mismo autor, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 2 y ss.; “Court case management in England under the Civil Procedure Rules 1998”, en GOTTWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, pp. 1 y 2; “Adjudication of civil dispute: a mismanaged public service”, en VV. AA, *Accordi di parte e proceso*, 2008, pp. 121 y 122; ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 38 y ss.; DWYER, “What is the meaning for CPR R 1.1(1)?”, en DWYER (ed.), *The civil procedure rules ten years on*, 2009, pp. 65 – 73.

citizens, companies and public bodies. Those are its dispute-resolution and behaviour-modification functions...³⁵⁰".

"But civil justice has important and extensive social functions that go beyond settling disputes between 'man and man' and to this extend must be regarded as a public rather than a private benefit. It has functions in relation to social justice, economic stability and social order..."³⁵¹.

"Thus within a common law system, the purpose of the civil courts goes beyond dispute resolution. Jolowicz contends that the broad social goals of civil justice are to demonstrate the effectiveness of the law and to allow judges to perform their function of clarifying, developing and applying the law"³⁵².

Como concluimos anteriormente³⁵³, con esta reforma procesal se pretende dejar atrás la sola consideración de los intereses privados de las partes y, además, es posible reconocer consideraciones sociales, o que al menos van más allá del mero interés particular. De hecho, se llega a afirmar que las *Civil Procedure Rules* inglesas constituyen "un intento de alcanzar un compromiso entre las concepciones social y liberal de los litigios civiles"³⁵⁴.

10. España

En España la reflexión sobre los fines de la justicia civil es más bien escasa. Es a propósito de las explicaciones sobre la jurisdicción o el proceso que algunos autores hacen referencia a algún objetivo. En estos pocos casos, no es infrecuente encontrarse con referencias a fines u objetivos públicos, o al menos, que van más allá del simple interés privado de las partes. Sin embargo, se trata de posturas introspectivas o estrictamente procesales. Así por ejemplo, de la Oliva se refiere a la tutela y realización del Derecho objetivo³⁵⁵. Montero Aroca considera que la jurisdicción tiene por función ser el último garante de los derechos que el ordenamiento reconoce a los individuos, dentro de los cuales destaca los derechos fundamentales³⁵⁶. Gimeno Sendra entiende que además de la protección de derechos

³⁵⁰ GENN, *Judging civil justice*, 2010, p. 16.

³⁵¹ GENN, *Judging civil justice*, 2010, p. 17.

³⁵² GENN, *Judging civil justice*, 2010, p. 18.

³⁵³ Véase capítulo segundo, II, 3, pp. 80 y ss.

³⁵⁴ VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 21 y 22. En sentido similar ANDREWS, *Justicia civil inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*, 2013, p. 2.

³⁵⁵ DE OLIVA SANTOS; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, 2013, p. 18.

³⁵⁶ MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 112 - 115.

subjetivos, la jurisdicción tiene por función la realización y efectividad del ordenamiento jurídico y su complementación³⁵⁷. Guasp identifica como fin del proceso la paz justa³⁵⁸. Recientemente, Nieva Fenoll ha afirmado que el objetivo fundamental de la jurisdicción es el juicio jurisdiccional³⁵⁹.

11. Chile

En Chile, salvo algunas excepciones³⁶⁰, tradicionalmente no ha existido mayor reflexión sobre los objetivos de la justicia civil. En el mejor de los casos algunos manuales, al tratar de determinar el concepto de jurisdicción o de proceso, suelen hacer referencia a la idea de resolución de conflictos³⁶¹ siguiendo la teoría de composición de la *litis* de Carnelutti. Sin embargo, recientemente y con ocasión de los procesos de reforma procesal de los últimos años, algunos han reflexionado sobre los objetivos que la justicia civil debería perseguir. De esta manera, con clara influencia de los trabajos de Taruffo, se reconocen como objetivos de la justicia civil la obtención de decisiones justas³⁶². Siguiendo esta idea pero concretizándola en el plano

³⁵⁷ GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, 2014, pp. 39 – 44.

³⁵⁸ GUASP, *Derecho Procesal Civil. Introducción y parte general*, 1968, p. 25.

³⁵⁹ NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, p. 48.

³⁶⁰ NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, pp. 66 y ss. y 232; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 110, 134 y ss.; BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 3 – 10; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, (Dirs.), *Proceso civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, 2018, pp. 67 – 70; HOYOS HENRECHSON, *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*, 2001, pp. 48 y 49, 213 – 217; ATRIA, *La forma del derecho*, 2016, pp. 199 – 218; “Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004, pp. 119 – 141. Véase también, RUIZ-TAGLE, “Análisis comparado de la función judicial”, *Estudios Públicos*, 1990, pp. 140 – 143.

³⁶¹ Cfr. ORELLANA TORRES, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico*, 2010, pp. 72 y 74; LÓPEZ PESCIÓ, *Nociones generales de Derecho Procesal. Derecho Procesal orgánico. Primera parte*, 1987, p. 71; COLOMBO CAMPBELL, *La competencia*, 2004, p. 45; del mismo autor, *La jurisdicción en el Derecho chileno. Un aporte al estudio del conflicto y sus formas de solución*, 1991, p. 41; URRUTIA SALAS, *Manual de Derecho Procesal*, 1949, p. 148.

³⁶² MENESES PACHECO, “La reforma procesal civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional”, en CARRASCO POBLETE (ed.), *La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, 2009, pp. 32 y ss.; BORDALÍ SALAMANCA, “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2016, pp. 176 y ss.; HUNTER AMPUERO, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2011, pp. 81 y ss.; “La aplicación judicial del Derecho y la motivación de la sentencia en el PCPC”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, pp. 154 y ss.

jurídico se afirma también que el “proceso civil tiene por fin último la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos y, en definitiva, la realización del derecho objetivo diseñado por el legislador”³⁶³.

Además, se debe agregar el proyecto de Código Procesal Civil que actualmente se encuentra en tramitación legislativa el cual adopta una clara postura sobre el tema. En el mensaje presidencial que acompaña al proyecto de ley se sostiene que:

“El proceso civil debe garantizar el acceso a una justicia rápida y eficaz que permita a los justiciables obtener una sentencia justa y fundada en derecho que resuelva sobre el fondo del asunto, con posibilidad real de ejecución...

... en todo proceso civil hay un interés público comprometido en obtener una resolución rápida, eficaz y justa del conflicto y, por ende, se ordene a la generación de las condiciones necesarias para una convivencia social pacífica.

Consecuente con lo anterior, y entendiendo que el proceso civil no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses privados entre las partes y en el cual al juez sólo le cabe un papel de mero observador hasta el momento de dictar sentencia...”³⁶⁴.

Como se puede apreciar, el mensaje formula tres declaraciones relevantes en relación con los objetivos de la justicia civil. En primer lugar, afirma que en todo proceso hay un interés público comprometido. Este interés público está referido, entre otras cosas, a la obtención de una resolución justa del conflicto. Por último, se señala expresamente que el proceso no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo.

³⁶³ BORDALÍ SALAMANCA, “Función del proceso y la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil. Repercusiones para las partes y para el juez”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, p. 90. Rechazando una función estrictamente privada del sistema procesal civil: MATURANA MIQUEL; RIVERO HURTADO, “Un nuevo sistema procesal civil: una necesidad social impostergable o un antojo académico”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, p. 31.

³⁶⁴ Mensaje Presidencial que acompaña al Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, apartado IV, sección 1, pp. 16 y 17.

12. Otros países

Por último, en países como Noruega³⁶⁵, Hong Kong³⁶⁶, China³⁶⁷, Rusia³⁶⁸, Hungría³⁶⁹ o Eslovenia³⁷⁰, se consideran objetivos de la jurisdicción tanto la resolución de conflictos o la protección de derechos subjetivos, pero también objetivos sociales, tales como, la aplicación del Derecho sustantivo, la eficiencia, el orden legal, la aplicación uniforme del derecho o la armonía social. Asimismo se puede mencionar como ejemplo el informe general elaborado por Habscheid para el Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Gante, Bélgica en 1977, en el cual sostiene que la mayor parte de los informes nacionales tenidos en cuenta consideran que el proceso civil tiene por objeto ya sea la realización de los derechos privados subjetivos, o bien, la confirmación del orden jurídico objetivo³⁷¹.

VII. La verdad como objetivo de la justicia civil

El lugar de la verdad en el conjunto de los objetivos de la justicia civil ha variado considerablemente en el tiempo. No nos resulta posible en este lugar hacer un recuento histórico completo del tema³⁷². Sin embargo, sí resulta útil explicar algunas formas de entender la verdad como objetivo de la justicia civil en la actualidad y en la historia más reciente del Derecho

³⁶⁵ LORANGE BACKER, "Goals of civil justice in Norway: readiness for a pragmatic reform", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 107 – 109.

³⁶⁶ CHAN; CHAN, "Civil justice with multiple objectives. The unique path of Hong Kong's civil justice reform", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 144 – 148.

³⁶⁷ YULIN, "Social harmony at the cost of trust crisis: goals of civil justice in China", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 169 – 170.

³⁶⁸ HEROLDOVICH NOKHRIN, "Civil litigation in Russia: 'guided justice' and revival of public interest", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 183 – 189.

³⁶⁹ KENGYEL; CZOBOLY, "Battle between individual rights and public interest in Hungarian civil procedure", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 205 y 211.

³⁷⁰ GALIČ, "(In)compatibility of procedural preclusions with the goals of civil justice: an ongoing debate in Slovenia", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 221 – 228.

³⁷¹ HABSCHIED, "As bases do direito processual civil. Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual – Gand (Bélgica) 1977", *Revista de Processo*, 1978, p. 125.

³⁷² Para algunas consideraciones históricas sobre la verdad, véase Taruffo, *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, pp. 13 – 44.

procesal. Así es posible distinguir al menos cuatro enfoques u orientaciones diferentes:

(1) Un primer enfoque es el que Taruffo denomina “imposibilidad ideológica” de la verdad en materia procesal civil³⁷³. Ésta considera que la verdad no debe ser un objetivo o finalidad de la justicia civil. Se trata de aquella postura ideológica que considera que el objetivo de la jurisdicción es la mera resolución de conflictos al cual ya nos hemos referido anteriormente³⁷⁴. Esta negación de la verdad se fundaría en el hecho de tratarse de un objetivo que resulta incompatible con la resolución de conflictos entre sujetos particulares³⁷⁵. Las formas de argumentar son diversas. Ya sea afirmando que la verdad no es necesaria e incluso puede resultar contraproducente; que el proceso no tiene finalidades cognoscitivas sino que busca eliminar el conflicto; que la búsqueda de la verdad sería ineficiente para terminar con el conflicto, etc³⁷⁶.

Históricamente, esta negación de la verdad como objetivo de la justicia civil ha tenido diversas manifestaciones. Como señalamos en apartados anteriores, el proceso de codificación iniciado por el *Code de Procédure Civile* francés de 1806, y los demás códigos elaborados bajo su influencia son una clara expresión de este enfoque³⁷⁷. Otro ejemplo de estas ideas en los sistemas de *common law* es la concepción *adversarial* de la justicia civil³⁷⁸.

³⁷³ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, pp. 37 y ss.

³⁷⁴ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, pp. 37 y ss.; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, pp. 125 - 131; “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, pp. 136 y ss.; “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, pp. 262 y ss. En Chile, BORDALÍ SALAMANCA, “Función del proceso y la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil. Repercusiones para las partes y para el juez”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, pp. 87 - 105; HUNTER AMPUERO, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2011, pp. 74 y ss., del mismo autor, “La aplicación judicial del Derecho y la motivación de la sentencia en el PCPC”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, pp. 151 y ss.

³⁷⁵ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, p. 38; del mismo autor, *La prueba*, 2008, p. 21.

³⁷⁶ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, pp. 38 y 39. Véase también RIVERA MORALES, *La prueba: Un análisis racional y práctico*, 2011, p. 89; PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, 2004, pp. 2 - 4.

³⁷⁷ TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 136; “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 154 y 155.

³⁷⁸ Sobre la concepción del *adversary system* en Estados Unidos, véase TARUFFO, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de*

(2) En el extremo completamente opuesto, es posible reconocer aquel enfoque teórico que llevó a la verdad (material, objetiva o absoluta) a ser considerada como el principal o el único objetivo relevante para la justicia civil³⁷⁹. La cual debía ser perseguida incluso en contra de los intereses de las partes³⁸⁰.

Una manifestación de esta postura la encontramos en el proceso civil soviético, en el cual el principio de verdad material era considerado parte del principio de legalidad (socialista)³⁸¹ y un principio fundamental del proceso civil³⁸². Esta preeminencia de la verdad permitió justificar la postura paternalista de los tribunales respecto de los individuos y respecto de otros tribunales inferiores. También justificó la iniciación de oficio de ciertos procedimientos, e incluso la dictación de órdenes e indicaciones respecto de la conducta de las partes en el proceso, etc³⁸³.

(3) Un tercer enfoque entiende que la verdad es uno (no el único) de los objetivos de la justicia civil, o bien, que constituye un elemento o requisito de la justicia de la decisión. Un ejemplo del primer caso es el *Zivilprozessordnung* austríaco de 1985. De acuerdo a su principal autor, Franz Klein, la búsqueda de la verdad material debía constituir un objetivo del proceso civil³⁸⁴. En relación con la segunda postura, puede mencionarse

connotación dispositiva, 2008, en especial el primer capítulo del libro referido específicamente a la verdad: "El problema de la búsqueda de la verdad", *Ibidem*, pp. 1 – 45. Del mismo autor, "La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?", en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 137; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, pp. 125 – 131.

³⁷⁹ UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 20.

³⁸⁰ HEROLDOVICH NOKHRIN, "Civil litigation in Russia: 'guided justice' and revival of public interest", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 197.

³⁸¹ UZELAC, "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 20; HEROLDOVICH NOKHRIN, "Civil litigation in Russia: 'guided justice' and revival of public interest", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 197; KENGYEL; CZOBOLY, "Battle between individual rights and public interest in Hungarian civil procedure", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 208.

³⁸² TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, pp. 58 y 59; CAPPELLETTI; GARTH, "Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1987, p. 41.

³⁸³ HEROLDOVICH NOKHRIN, "Civil litigation in Russia: 'guided justice' and revival of public interest", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 197 y 198.

³⁸⁴ FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896", en *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 59 – 60.

como ejemplo alguna doctrina alemana que considera la verdad como un medio para alcanzar la certeza y seguridad jurídica³⁸⁵.

Sin embargo, desde el punto de vista teórico, el ejemplo más notable y paradigmático de esta segunda postura corresponde a la obra de Taruffo³⁸⁶. Desde luego también deben mencionarse las investigaciones de los demás autores que, a partir de su obra, se han volcado al estudio de la prueba³⁸⁷. Esto es lo que podría considerarse el “retorno de la verdad” al proceso civil. En términos simple, Taruffo adopta una postura ideológica según la cual la justicia civil debe perseguir como objetivo la dictación de decisiones justas³⁸⁸. El autor entiende que para aplicar correctamente las normas jurídicas al caso es necesario determinar previamente los hechos efectivamente ocurridos. Luego, Taruffo concluye que la verdad de los hechos es condición necesaria, aunque no suficiente, de la justicia de la decisión³⁸⁹.

³⁸⁵ KOLLER, “Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 37.

³⁸⁶ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, p. 56; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, pp. 89 y ss.; *La prueba*, 2008, pp. 23 y ss.; “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, 2006, pp. 199 – 212.

³⁸⁷ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho. Bases agumentales de la prueba*, 2004, *passim*; FERRÉR BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 2007, pp. 23 y ss.; RIVERA MORALES, *La prueba: Un análisis racional y práctico*, 2011, pp. 79 – 80, 85. En Chile, véase BORDALÍ SALAMANCA, “Función del proceso y la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil. Repercusiones para las partes y para el juez”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, pp. 92 – 94; “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2016, pp. 176 y ss.; HUNTER AMPUERO, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2011, pp. 81 – 83; MENESES PACHECO, “La reforma procesal civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional”, en CARRASCO POBLETE (ed.), *La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, 2009, pp. 32 – 35; MATURANA MIQUEL; RIVERO HURTADO, “Un nuevo sistema procesal civil: una necesidad social impostergable o un antojo académico”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, p. 30.

³⁸⁸ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, pp. 62 y ss.; “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, pp. 265 y ss.; “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, 2008, p. 188; “Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 365 y ss.; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, pp. 125 y ss.

³⁸⁹ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, p. 64; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, pp. 133 y 134; *La prueba*, 2008, pp. 22 y 23.

En un sentido similar, en un reciente estudio de carácter multidisciplinar se incluye a la verdad dentro del grupo de valores de la justicia civil³⁹⁰.

(4) Por último, se debe mencionar la postura teórica que considera a la verdad como una de las tres dimensiones de la justicia³⁹¹. Zuckerman sostiene que para la justicia no solo resulta relevante el correcto establecimiento de los hechos, sino también los costos y el tiempo necesario para dictar la sentencia. De este modo, la verdad, los costos y el tiempo, constituyen las tres dimensiones de la justicia³⁹².

Esta postura teórica no es completamente nueva o diferente a la anterior. De hecho ya en el pensamiento de Klein existían referencias a la eficiencia necesaria en la búsqueda de la verdad³⁹³. Del mismo modo, la postura mencionada en el apartado anterior también reconocía que la verdad no era el único valor y que muchas veces debía ceder ante otros valores igualmente relevantes. Sin embargo, hemos optado por separarlas porque la construcción teórica de Zuckerman ha hecho doctrina en la dogmática contemporánea, sobre todo en aquella que estudia el proceso civil desde el ámbito comparado. Desde hace algún tiempo a esta parte son varios los trabajos que se avocan al estudio de la relación entre verdad y los parámetros de los costos y el tiempo³⁹⁴. En este sentido, más que una nueva forma de concebir la verdad en el conjunto de los objetivos constituye un nuevo método de análisis.

³⁹⁰ GÉLINAS *et al.*, *Foundations of civil justice. Toward a value-based framework for reform*, 2015, p. 114.

³⁹¹ ZUCKERMAN, "Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure", en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, 2003, pp. 1 – 10; TARUFFO, "Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation", en CARPI; ORTELLI (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. 2008, pp. 186 - 188; LEUBSDORF, "The Myth of civil procedure reform", en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, 2003, p. 55; ZUCKERMAN, "Court control and party compliance – The quest for effective litigation management", en TROCKER; VARANO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, p. 149.

³⁹² ZUCKERMAN, "Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure", en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, 2003, pp. 1 – 10.

³⁹³ FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896", en *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 57 – 60; KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 46.

³⁹⁴ Por ejemplo, VAN RHEE; UZELAC, *Truth and efficiency in civil litigation. Fundamental aspects of fact-finding and evidence-taking in a comparative context*, 2012.

Un hecho que ha contribuido al desarrollo de este enfoque fue la dictación de las *Civil Procedure Rules* inglesas de 1999. En el numeral 1 de dicha ley se consagra el *overriding objective* (objetivo preponderante) que estas normas persiguen el cual se refiere expresamente a las ideas de justicia, ahorro de gastos y rapidez de la decisión³⁹⁵.

VIII. Objetivos de la justicia civil: En busca del equilibrio perdido

1. Premisas

Llegados a este punto, y tomando como referencia las explicaciones de los apartados anteriores, corresponde adoptar una postura sobre la materia. Es decir, identificar y explicar cuáles son los objetivos que, estimamos, la justicia civil debería perseguir. Nuestra postura se fundamenta en varias ideas previas, algunas ya mencionadas y otras inéditas hasta este punto que es necesario tener presente:

(1) Los objetivos de la justicia no se reducen a uno solo. La justicia tiene más de un objetivo.

(2) Los objetivos de la justicia civil no son solo jurídicos. La jurisdicción también tiene objetivos sociales y políticos.

(3) Como señalamos anteriormente, los objetivos de la justicia civil se identifican con los objetivos sociales y políticos del Derecho. Como la jurisdicción es instrumental y un sub sistema del ordenamiento jurídico, los objetivos de uno y otro se confunden. La justicia civil opera donde el Derecho no alcanza a cumplir alguno de sus fines. Objetivos como la resolución de conflictos, la paz, la seguridad, o la justicia se suelen atribuir indistintamente a ambos³⁹⁶. Sin embargo, esta coincidencia de objetivos no es completa³⁹⁷ pues la justicia civil tiene objetivos de cara al propio ordenamiento jurídico.

³⁹⁵ Véase capítulo segundo, II, 3, pp. 80 y ss.

³⁹⁶ MORESO, VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, pp. 41 y ss.; SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, pp. 531 y ss.; DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 253 y ss.; DE LUCAS (ed.), *Introducción a la teoría del Derecho*, 1992, pp. 119 y ss.; MATURANA MIQUEL; RIVERO HURTADO, "Un nuevo sistema procesal civil: una necesidad social impostergable o un antojo académico", en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, p. 30.

³⁹⁷ Destacando esta coincidencia parcial, véase WILENMANN, "La administración de justicia como un bien jurídico", *Revista de Derecho*, 2011, p. 534.

(4) Los objetivos de la justicia civil son reflejo, en alguna medida, de una determinada concepción del Estado y su rol en la sociedad³⁹⁸. Por esta razón, parece sensato transparentar la concepción de Estado de la cual partimos. Por nuestra parte, adoptamos una concepción del Estado según la cual este no debe ser absolutamente pasivo sino que debe tener algún grado de intervención en la sociedad. Estimamos que una concepción del Estado absolutamente mínimo o pasivo de tipo *laissez faire* del siglo XIX se encuentra actualmente obsoleta. Somos conscientes que una concepción del Estado como esa ha tomado fuerza nuevamente durante el siglo XX a partir del liberalismo libertario. Sin embargo, creemos que el Estado debe tener algún grado de injerencia, mayor o menor, en varios aspectos de la sociedad que consideramos relevantes como, salud, educación, previsión social, vivienda, libre competencia, consumo, medio ambiente, etc. Desde luego no llegamos al extremo de los países socialistas del siglo XX de subordinar cualquier derecho o interés individual al interés general del Estado o a justificar la violación de derechos fundamentales para alcanzar objetivos sociales³⁹⁹. Simplemente rechazamos la idea de que el mercado sea un mecanismo de regulación social suficiente⁴⁰⁰ en ciertas materias relevantes, razón por la cual consideramos necesaria la intervención estatal. No es nuestro propósito profundizar sobre las razones que justifican nuestra postura pues esto se escapa de los límites de esta investigación. Nos basta simplemente con transparentar nuestra postura sobre el rol del Estado para que sea tomada en cuenta como uno de los supuestos desde donde surgen los objetivos que atribuimos a la justicia civil.

Partiendo de estos supuestos o ideas previas, consideramos que la justicia civil debe perseguir tres objetivos: (1) en el plano social el objetivo debe ser pacificar con justicia⁴⁰¹; (2) en el plano político el objetivo debe ser controlar y limitar el poder⁴⁰²; y (3) en el plano jurídico el objetivo debe ser aplicar el ordenamiento jurídico.

³⁹⁸ Este es el supuesto del que parte la obra de Damaska. Véase DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 21 y ss.

³⁹⁹ Una descripción extrema del estado activista en DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 140 y ss.

⁴⁰⁰ SANDEL, *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado*, 2013; del mismo autor, *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?*, 2011, pp. 90 y ss.

⁴⁰¹ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 271 y ss. Véase también VÉSCOVI, *Teoría General del Proceso*, 1984, p. 107.

⁴⁰² DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 287 y ss.

Desde luego esta forma de presentar los objetivos de la justicia civil en tres planos diferentes (social, político y jurídico) no supone una separación absoluta entre ellos, pues los objetivos están estrechamente vinculados entre sí. Por otro lado, en este nivel de análisis tan general, las expresiones utilizadas no son totalmente claras o autoevidentes. Por esta razón, a continuación explicaremos y desarrollaremos la forma en que estimamos debe ser entendido cada objetivo (su contenido y sus implicaciones) y sus relaciones entre sí.

2. *Pacificar con justicia*

Utilizar la expresión “pacificar con justicia” tiene la virtud de poner en evidencia la relación entre la jurisdicción con el resto del ordenamiento jurídico, pues tanto la paz como la justicia suelen ser valores que se consideran objetivos del ordenamiento jurídico⁴⁰³. Sin embargo, se trata de expresiones vagas que ayudan poco a explicar en qué consiste concretamente este objetivo. Por esta razón, es necesario desarrollar aquello que estimamos está implicado en este objetivo:

(1) En primer lugar, estimamos que pacificar no supone que la jurisdicción tenga como objetivo únicamente solucionar conflictos. Aunque la lectura literal de la expresión pacificar pueda suponer la existencia de conflicto, estimamos que la justicia civil no solo debe actuar cuando existe una controversia sino que también debe intervenir tratándose de acciones constitutivas y meramente declarativas⁴⁰⁴. Además, no solo debe actuar tratándose de un conflicto que ya ha surgido, sino también en caso de conflictos eventuales. Es decir, la justicia civil no solo debe prestar una tutela resarcitoria sino también tutela preventiva e inhibitoria⁴⁰⁵. Por último, la jurisdicción no solo debe perseguir la protección de derechos subjetivos sino de cualquier interés o posición jurídica subjetiva que sea digna de protección. En conclusión, estimamos que la expresión “pacificar” no supone exclusivamente la intervención represiva para la solución de conflictos relativos a derechos subjetivos.

⁴⁰³ MORESO, VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, pp. 41 y ss.; SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, pp. 531 y ss.

⁴⁰⁴ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 197, nota 294.

⁴⁰⁵ MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2007, pp. 85 y ss.; del mismo autor, véase “La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil”, *Revista peruana de Derecho Procesal*, 2003, pp. 263 – 272; *Tutela Inhibitoria*, 2014, *passim*; *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, 2010, *passim*.

(2) En segundo lugar, la expresión pacificar “con justicia” supone que para la jurisdicción no es irrelevante la calidad de la decisión adoptada. Ya explicamos que el objetivo de la mera resolución de conflictos podía no tomar en cuenta el criterio de solución en la medida que se resolviera la controversia. Sin embargo, creemos que para la justicia civil el contenido de la decisión debe ser relevante⁴⁰⁶. La justicia de la decisión es un elemento de legitimidad del sistema procesal⁴⁰⁷.

(3) La expresión “con justicia” supone que la justicia civil debe actuar utilizando algún criterio de justicia en sus decisiones. Este criterio de justicia que aplica la jurisdicción es el respectivo ordenamiento jurídico.

La relación existente entre el ordenamiento jurídico y la justicia es doble. Por una parte, el Derecho es reflejo y expresión de los criterios de justicia existentes en una determinada sociedad. Pero a la vez, este Derecho puede ser enjuiciado o valorado, positiva o negativamente, de acuerdo a diversos criterios de justicia externos⁴⁰⁸. Cuando aludimos a la expresión “justicia” como objetivo de la jurisdicción hacemos referencia al primer tipo de relación, es decir, a los criterios de justicia existentes en un determinado ordenamiento jurídico. La jurisdicción debe aplicar los criterios de justicia del Derecho, con todo lo que ellos implica (principios generales del Derecho y equidad) y en principio no puede ir más allá de estos criterios de justicia. Si excepcionalmente puedan haber casos limítrofes o periféricos en que la jurisdicción vaya más allá o en contra de los criterios de justicia del Derecho,

⁴⁰⁶ En este sentido, TARUFFO, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, pp. 265 y ss.; *La prueba de los hechos*, 2011, pp. 62 y ss.; *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, pp. 125 y ss.; ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, 2003, pp. 3 – 6; GÉLINAS et al., *Foundations of civil justice. Toward a value-based framework for reform*, 2015, p. 114. En Chile, MENESES PACHECO, “La reforma procesal civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional”, en CARRASCO POBLETE (ed.), *La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, 2009, pp. 32 y ss.; HUNTER AMPUERO, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2011, pp. 81 y ss.; “La aplicación judicial del Derecho y la motivación de la sentencia en el PCPC”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, pp. 154 y ss.; BORDALÍ SALAMANCA, “Función del proceso y la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil. Repercusiones para las partes y para el juez”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, p. 90.

⁴⁰⁷ MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 110, 362 – 364.

⁴⁰⁸ SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, pp. 543 y 544; DE LUCAS (ed.), *Introducción a la teoría del Derecho*, 1992, pp. 359 y ss.

es un problema que escapa de los límites de esta investigación. En definitiva, el criterio de justicia que la jurisdicción debe aplicar es el ordenamiento jurídico respectivo.

(4) Sin embargo, la justicia como objetivo no depende exclusivamente de la aplicación del ordenamiento jurídico. Siguiendo a Taruffo⁴⁰⁹, estimamos que la justicia de la decisión está determinado por tres criterios conjuntos y copulativos: (a) la correcta elección, interpretación y aplicación de las normas jurídicas; (b) la correcta determinación de los hechos efectivamente ocurridos; y (c) que la decisión haya sido el resultado de un proceso válido en el cual se contemplan y cumplen todas las garantías⁴¹⁰. Estos tres requisitos son todos necesarios para la justicia de la decisión y ninguno de ellos es por sí solo suficiente. Además, los tres requisitos son conjuntamente suficientes para alcanzar la justicia⁴¹¹.

Desde un punto negativo, parece bastante claro que no es posible hablar de justicia si las normas se han escogido, interpretado o aplicado incorrectamente; si los hechos establecidos en la sentencia no han ocurrido efectivamente, o bien, si en el procedimiento no se han respetado las garantías de las partes⁴¹².

Desde un punto de vista positivo, sin embargo, la identificación de estos criterios no es suficiente para determinar cuándo una decisión es justa. La determinación de cuándo se ha interpretado “correctamente” una norma, cuándo se ha establecido la verdad de los hechos o cuándo el proceso ha sido válido y justo permanece sin responder. Se trata de una cuestión en extremo compleja sobre lo cual no se puede profundizar en esta materia. Basta señalar en esta sede que el establecimiento de los hechos viene dado por el

⁴⁰⁹ TARUFFO, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, 2006, pp. 199 – 212.

⁴¹⁰ TARUFFO, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, 2006, p. 232. Destacando la vinculación entre el procedimiento y la justicia sustancial, véase GENN, *Judging civil justice*, 2010, p. 14. En Chile, Marinoni, Pérez Ragone y Núñez consideran como factores necesarios para la legitimidad de la jurisdicción: la efectiva participación de las partes, un procedimiento adecuado para la tutela del derecho material, el respeto a los derechos fundamentales y la legitimidad de la decisión. Cfr. MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 362 – 364.

⁴¹¹ TARUFFO, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, 2006, p. 204.

⁴¹² TARUFFO, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, 2006, p. 204.

respectivo estándar de prueba⁴¹³. En materia civil, por ejemplo, la probabilidad prevalente. En cuanto al procedimiento, las nociones dogmáticas, o bien, las consagraciones constitucionales o convencionales de las garantías procesales constituyen un criterio a utilizar⁴¹⁴. En materia de normas jurídicas, resulta aun más complejo determinar cuándo una posible interpretación o aplicación resulta justa o más justa que otras equivalentes.

(5) Por último, pacificar “con justicia”, conjuntamente con sus implicaciones explicadas en los apartados anteriores, suponen adoptar una ideología de la decisión judicial que Wróblewski denomina “ideología de la decisión legal y racional”⁴¹⁵, la cual es tendencialmente predominante en el ámbito occidental⁴¹⁶. Según el autor, esta ideología postula que los valores que deben guiar la actividad judicial son la legalidad y la racionalidad⁴¹⁷. La legalidad supone asumir la distinción entre creación y aplicación del Derecho, aunque de forma relativizada. Es decir, sin desconocer que la decisión judicial tiene aspectos creativos y/o valoraciones, la creación de las normas generales y abstractas debe ser asumida exclusivamente por la legislación, mientras que a la jurisdicción le corresponde fundamentalmente la aplicación de aquellas normas generales⁴¹⁸. Por su parte, la racionalidad exige que la decisión deba ser justificada a partir de las normas aplicadas, de los hechos probados y los demás razonamientos y valoraciones⁴¹⁹. En otras palabras, esta ideología ubica en un punto central la calidad de la decisión⁴²⁰. Ya sea en lo referido a la correcta selección, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, así como la correcta determinación de los hechos efectivamente ocurridos, es decir, la verdad.

⁴¹³ TARUFFO, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, 2006, pp. 210 – 214.

⁴¹⁴ TARUFFO, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, 2006, p. 211.

⁴¹⁵ WRÓBLEWSKI, “Ideología de la aplicación judicial del derecho”, en *Sentido y hecho en el Derecho*, 1989, p. 61. En Chile, véase MENESES PACHECO, “La reforma procesal civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional”, en CARRASCO POBLETE (ed.), *La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, 2009, pp. 32 – 36.

⁴¹⁶ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2011, p. 69.

⁴¹⁷ WRÓBLEWSKI, “Ideología de la aplicación judicial del derecho”, en *Sentido y hecho en el Derecho*, 1989, p. 61.

⁴¹⁸ WRÓBLEWSKI, “Ideología de la aplicación judicial del derecho”, en *Sentido y hecho en el Derecho*, 1989, p. 62.

⁴¹⁹ WRÓBLEWSKI, “Ideología de la aplicación judicial del derecho”, en *Sentido y hecho en el Derecho*, 1989, p. 62.

⁴²⁰ TARUFFO, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, p. 265.

3. Controlar y limitar el poder

Desde un punto de vista político el segundo objetivo o finalidad de la justicia civil consiste en controlar y limitar el poder⁴²¹.

La vinculación entre la función jurisdiccional y la limitación del poder político es una idea que se encuentra presente en el origen de la teoría de la separación de poderes. La razón última de distinguir y distribuir las funciones del Estado entre órganos diferentes es controlar el poder y con ello asegurar la libertad de los individuos⁴²². Se persigue que “el poder frene al poder”⁴²³.

Desde luego no afirmamos que Montesquieu u otro teórico de la Revolución Francesa haya proclamado expresamente que el objetivo de la jurisdicción fuera controlar y limitar el poder. De lo que se trata es que la idea de separación de poderes y la idea de entregar la función de juzgar a sujetos distintos de quienes detentan los poderes políticos, tenía como razón última este fin de carácter político.

En la actualidad, con el desarrollo del estado constitucional de Derecho, la finalidad controladora y limitadora del poder que le corresponde a la jurisdicción resulta ampliamente reconocida⁴²⁴. Esta finalidad

⁴²¹ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 287 – 294.

⁴²² MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 1993, pp. 113 – 122; BORDALÍ SALAMANCA, *Derecho jurisdiccional*, 2016, pp. 21 y ss.; BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ; *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 8 y 9; GODOY ARCAÑA, “Antología política de Montesquieu”, *Estudios Públicos*, 1996, pp. 345 – 349; WILENMANN, “La administración de justicia como un bien jurídico”, *Revista de Derecho*, 2011, pp. 535 y ss. Se debe mencionar, sin embargo, que Montesquieu buscaba limitar el poder para asegurar la libertad y los privilegios del grupo social al que pertenecía: la nobleza. No obstante, sus postulados fueron utilizados posteriormente para consagrar una separación de poderes como forma de limitar al poder para asegurar la libertad de todos los individuos. Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, “La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno”, *Revista de Derecho*, 2008, pp. 190 y 191. Para una admirable investigación sobre los mitos surgidos a partir de la obra de Montesquieu, véase BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “El mito de Montesquieu”, en SCHOPF OLEA; MARÍN GONZÁLEZ (eds.), *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie*, 2017, pp. 3 – 169.

⁴²³ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 1993, p. 114.

⁴²⁴ BORDALÍ SALAMANCA, “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho Chileno”, en COUSO; ATRIA (eds.), *La judicatura como organización*, 2007, pp. 64 y 65; “La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno”, *Revista de Derecho*, 2008, 195 y ss.; FERRAJOLI, “El papel de la función judicial en el estado de Derecho”, en ATIENZA; FERRAJOLI, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de Derecho*, 2005, pp. 86 – 108; “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 2011, pp. 8 – 11; GENN, *Judging civil justice*, 2010, pp.

controladora se ejerce fundamentalmente a través de dos funciones: el control de la legalidad de los actos del poder público y la tutela de los derechos fundamentales. Como lo explica Bordalí:

“Por otra parte, el perfil sociológico de la función judicial enfocado a la solución de los conflictos sociales viene a oscurecer el sentido político que tiene la jurisdicción en el Estado de Derecho moderno. Recordando el sentido y origen de la tesis de Montesquieu sobre la división de los poderes estatales, como un sistema de frenos y contrapesos a fin de preservar la libertad de los ciudadanos, hay que señalar que el Judicial puede ser concebido como un contrapoder en un doble sentido. Por una parte, tiene encomendado el control de la legalidad, es decir, de validez de los actos legislativos y de los administrativos. Por otra, le corresponde la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las lesiones que pudiesen provenir del Estado. Esta función de freno puede ser desarrollada por la jurisdicción precisamente porque no es un poder representativo, sino sujeto únicamente a la ley y obligado a la averiguación de la verdad, cualesquiera que fuesen los sujetos juzgados y los intereses dominantes del momento. De este modo, la función judicial es una garantía de todos los ciudadanos frente al gobierno representativo, siendo este uno de los principales sentidos que se le debe dar a tal función en las sociedades contemporáneas”⁴²⁵.

Estas labores de control de la legalidad de los actos de los poderes públicos y la tutela de los derechos fundamentales son constantes en la justicia civil moderna. Sin embargo, las formas específicas de realizarse son contingentes y varían en los diversos estados. En algunos países la actividad administrativa está sujeta a una jurisdicción especializada, los tribunales contencioso administrativos como ocurre en España o Francia. En otros casos, este control se efectúa por los tribunales ordinarios como ocurre en Chile. La tutela de los derechos fundamentales podrá efectuarse a través de tribunales especiales o a través de la jurisdicción ordinaria, a través de procedimientos comunes, o bien, a través de acciones constitucionales especiales, etc.

Así por ejemplo, en Chile la Constitución establece que los tribunales pueden controlar la actividad administrativa en caso de lesión a los derechos de los particulares (art. 38 Inc. 2). Además, sujeta ciertos actos de la administración al control de la jurisdicción constitucional especializada del Tribunal Constitucional (Art. 93 N° 4, 8, 9, 13 y 16). De la misma forma, también sujeta al control del Tribunal Constitucional ciertos actos del poder

3 y 16; TARUFFO, “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 59 y 60.

⁴²⁵ BORDALÍ SALAMANCA, “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho Chileno”, en COUSO; ATRIA (eds.), *La judicatura como organización*, 2007, p. 64.

legislativo (Art. 93 N° 1, 3, 6, 7). Por su parte, la justicia ordinaria puede tutelar derechos fundamentales a través del recurso de protección (art. 20) y el recurso de amparo o *habeas corpus* (art. 21)⁴²⁶. A nivel legal, la Corte Suprema puede tutelar los derechos fundamentales en materia penal por medio del recurso de nulidad penal (arts. 373 letra a y 376 de Código Procesal Penal). En materia laboral, los tribunales pueden tutelar derechos fundamentales a través del recurso de nulidad laboral y el procedimiento de tutela laboral (arts. 477 y ss. y 485 y ss. del Código del Trabajo), etc.

Desde luego que estas funciones de control de la legalidad y tutela de los derechos fundamentales son actividades claramente jurídicas. Sin embargo, ellas son actividades que se ejercen con el fin de perseguir un fin eminentemente político. Pues son formas o mecanismos para controlar y limitar el poder. Es por esta razón, que las enunciamos como una finalidad preferentemente política de la jurisdicción.

4. *Aplicar el Derecho*

Desde un punto de vista estrictamente jurídico y procesal, la justicia civil tiene, desde una perspectiva interna⁴²⁷, un tercer fin u objetivo que consiste en aplicar el Derecho⁴²⁸. Es decir, la función judicial persigue fundamentalmente aplicación de las normas jurídicas a casos concretos. En palabras de Atria, busca dar a cada uno lo que en Derecho corresponda⁴²⁹.

Desde luego que, cuando afirmamos que el objetivo jurídico e interno del sistema judicial es aplicar el Derecho, esto no supone entender la función judicial simplemente como una aplicación mecánica o silogista de las normas jurídicas. A estas alturas del desarrollo de la ciencia jurídica es imposible desconocer que en las decisiones judiciales de los jueces existen

⁴²⁶ En este sentido, BORDALÍ SALAMANCA, “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho Chileno”, en COUSO; ATRIA (eds.), *La judicatura como organización*, 2007, p. 64.

⁴²⁷ Destacando este aspecto intrno, véase WILENMANN, “La administración de justicia como un bien jurídico”, *Revista de Derecho*, 2011, p. 542.

⁴²⁸ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 303 y ss., en especial, pp. 360 y ss.; ATRIA, *La forma del derecho*, 2016, pp. 199 – 218; WILENMANN, “La administración de justicia como un bien jurídico”, *Revista de Derecho*, 2011, pp. 533 y ss. En un sentido similar, DE OLIVA SANTOS; Díez-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, 2013, p. 18.

⁴²⁹ ATRIA, “La improbabilidad de la jurisdicción”, en COUSO; ATRIA (eds.), *La judicatura como organización*, 2007, p. 36.

relevantes aspectos creativos y valorativos⁴³⁰. Sin embargo, estos aspectos creativos o valorativos solo relativizan en alguna medida el carácter aplicativo de la función de los jueces pero en ningún caso lo excluyen o eliminan, pues esta labor aplicativa sigue siendo el aspecto predominante de aquello que, desde un punto de vista interno, el sistema judicial debe perseguir.

En este sentido, los postulados de la separación de poderes, del positivismo jurídico y del principio de legalidad siguen siendo relevantes y dignos de consideración. Actualmente, sigue teniendo sentido para el Estado de Derecho que las normas jurídicas generales y abstractas sean creadas por los órganos políticos y con representación democrática⁴³¹. Mientras que la aplicación de esas normas generales a casos concretos sea un objetivo que debe ser perseguido por órganos diferentes dotados de especiales características (independencia e imparcialidad)⁴³².

En palabras de Wróblewski: “La legalidad supone asumir la distinción entre creación y aplicación del Derecho, aunque de forma relativizada. Es decir, sin desconocer que la decisión judicial tiene aspectos creativos y/o valoraciones, la creación de las normas generales y abstractas debe ser asumida exclusivamente por la legislación, mientras que a la jurisdicción le corresponde fundamentalmente la aplicación de aquellas normas generales⁴³³.”

Esta es, precisamente, la idea que se sostiene cuando, desde la teoría del discurso y la argumentación jurídica⁴³⁴, los autores afirman que, a diferencia de la legislación que constituye un discurso de fundamentación o

⁴³⁰ TARUFFO, “Legalidad y justificación de la creación judicial del Derecho”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, 2006, pp. 177 y ss.

⁴³¹ ATRIA, *La forma del derecho*, 2016, pp. 29 y ss.; 159 – 218.

⁴³² BORDALÍ SALAMANCA, “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho Chileno”, en COUSO; ATRIA (eds.), *La judicatura como organización*, 2007, pp. 63 – 67.

⁴³³ WRÓBLEWSKI, “Ideología de la aplicación judicial del derecho”, en *Sentido y hecho en el Derecho*, 1989, p. 62.

⁴³⁴ GÜNTHER, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1995, pp. 278 y ss. Véase también, ATRIA, “Las circunstancias de la derrotabilidad”, *Revista de Ciencias Sociales*, 2000, pp. 448 – 456; “Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004, pp. 128 – 133; *La forma del derecho*, 2016, pp. 208 – 212; “Creación y aplicación del Derecho: entre formalismo y escepticismo”, en ATRIA et al., *Lagunas en el Derecho*, 2005, pp. 47 – 50; GANDULFO RAMÍREZ, “La validez en los contextos de fundamentación y aplicación”, *Revista de ciencias sociales. John Rawls Estudios en su memoria*, 2002, pp. 491, 513 y ss.

justificación de normas generales, la función judicial realiza un discurso de aplicación o adecuación de esas normas generales a los casos concretos⁴³⁵.

Desde luego que, como la justicia civil por regla generalísima actúa a petición de parte, cuando algún sujeto formula alguna pretensión, esta normalmente actúa para proteger o tutelar derechos e intereses legítimos. Dentro de los cuales resultan especialmente relevantes los derechos fundamentales. Sin embargo, en estos casos la justicia civil actúa y persigue la protección de estos derechos e intereses jurídicos por medio de la aplicación de normas jurídicas generales a casos particulares. En este sentido, distinguir entre aplicación de la ley y tutela de derechos como finalidades diversas es incorrecto, pues ambas actividades se tienden a solapar y confundir.

Por último, al afirmar que el tercer objetivo de la justicia civil, desde un punto de vista interno, es aplicar el Derecho, es necesario recordar en este punto, aquellas consideraciones formuladas en el segundo apartado de esta sección referido al primer objetivo, más precisamente, las implicaciones que supone la expresión “con justicia”. Fundamentalmente, las consideraciones que se desprenden de considerar al ordenamiento jurídico como el criterio de justicia externo de las decisiones de los jueces.

⁴³⁵ En la doctrina procesal chilena, véase MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 40 – 42; NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, pp. 64 – 66; NÚÑEZ OJEDA, “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo”, *Ius et Praxis*, 2008, pp. 201 – 204.

CAPÍTULO TERCERO

FUNDAMENTOS DE LA FLEXIBILIDAD PROCEDIMENTAL

El presente capítulo busca identificar, explicitar y analizar los fundamentos de la flexibilidad del procedimiento civil con el objetivo de alcanzar una correcta y completa comprensión de esta institución.

Las legislaciones no definen ni mencionan la flexibilidad. Por esta razón resulta comprensible que tampoco establezcan o se refieran a sus fundamentos. Por su parte, la escasa reflexión de la doctrina sobre la materia explica que tampoco en este ámbito podamos encontrar referencia a los fundamentos de esta institución. En el mejor de los casos encontramos referencias parciales y genéricas a las garantías generales de la justicia civil: el debido proceso o la tutela judicial efectiva, aunque circunscritas a un ordenamiento particular⁴³⁶. Atendida esta ausencia de reflexión, estimamos que la investigación de los fundamentos resulta imprescindible.

El análisis de los fundamentos de una institución jurídica supone llegar a determinar la razón de ser, la justificación última de un complejo de normas. Más técnicamente, se trata de identificar los valores o intereses generales que son reconocidos en la comunidad de individuos como valiosos y que motivan la existencia de una institución jurídica para una generalidad de casos. Es decir, lo que corresponde al contexto de fundamentación de la norma en los términos que lo ha explicado la teoría de la argumentación

⁴³⁶ DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual)*, 2007, pp. 117 y ss.; DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual*, 2008, pp. 100 y ss.; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, p. 389.

jurídica⁴³⁷ y de la metodología del derecho⁴³⁸. Además, los fundamentos nos permitirán interpretar las diversas normas, reconstruir correctamente la institución jurídica, lograr una mejor comprensión de su lógica interna y determinar correctamente sus límites. Por lo tanto, los fundamentos cumplirán dos funciones⁴³⁹: permitirán justificar la flexibilidad del procedimiento civil, y además, servirán como criterio de interpretación y sistematización de las diversas normas procesales que confieren flexibilidad al procedimiento.

En la búsqueda de los fundamentos de la flexibilidad procedimental no limitaremos nuestro análisis a un Estado determinado. Nuestra intención es poder determinar y desarrollar teóricamente los fundamentos de la flexibilidad con un cierto grado de universalidad. De tal manera que nuestros postulados tengan validez general por sobre uno o más ordenamientos jurídicos particulares e independientemente de que el ordenamiento de un Estado pueda cambiar en el tiempo. Una vez determinados estos fundamentos analizaremos si estos pueden reconducirse o no a una norma jurídica determinada.

Nuestra hipótesis en este capítulo es que la flexibilidad del procedimiento civil encuentra su fundamento en la instrumentalidad del Derecho procesal y en la eficiencia de la justicia.

En términos genéricos la instrumentalidad es una característica del Derecho procesal en virtud de la cual este Derecho no constituye un fin en sí mismo sino que constituye un medio para la obtención de otros fines u objetivos⁴⁴⁰. En su sentido negativo la instrumentalidad alude al

⁴³⁷ GÜNTHER, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1995, pp. 278 y ss. Véase también, ATRIA, "Las circunstancias de la derrotabilidad", *Revista de Ciencias Sociales*, 2000, pp. 448 - 456; "Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004, pp. 128 - 133; *La forma del derecho*, 2016, pp. 208 - 212; "Creación y aplicación del Derecho: entre formalismo y escepticismo", en ATRIA *et al.*, *Lagunas en el Derecho*, 2005, pp. 47 - 50. En la doctrina procesal chilena, véase MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 40 - 42; NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, pp. 64 - 66; NÚÑEZ OJEDA, "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo", *Ius et Praxis*, 2008, pp. 201 - 204.

⁴³⁸ GANDULFO RAMÍREZ, "La validez en los contextos de fundamentación y aplicación", *Revista de ciencias sociales. John Rawls Estudios en su memoria*, 2002, pp. 491, 513 y ss.

⁴³⁹ En un sentido similar, aunque referido al ámbito penal, WILENMANN, "La administración de justicia como un bien jurídico", *Revista de Derecho*, 2011, p. 532.

⁴⁴⁰ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 253; GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012, p. 75; del mismo autor, "El perjuicio reparable

antiformalismo. En su sentido positivo la instrumentalidad alude a la efectividad y/o eficacia⁴⁴¹.

Por su parte, la noción de eficiencia alude a la relación existente entre un objetivo y los recursos utilizados para alcanzarlo. En la actualidad y desde hace algún tiempo, la justicia o calidad de la decisión ha dejado de ser el único objeto de preocupación o interés a la hora de abordar los problemas de la justicia civil. Cada vez son más los autores y las legislaciones que han puesto su atención también en los costos y el tiempo necesarios para dictar sentencia⁴⁴². En este sentido, la eficiencia es un concepto que refleja o explica una relación adecuada o razonable entre los objetivos de la justicia civil y los medios necesarios para alcanzarlos.

Como mencionamos anteriormente, ambos fundamentos se relacionan con los objetivos o finalidades de la justicia civil. Sobre estos objetivos nos detuvimos en extenso en el capítulo anterior. Abordada esta problemática y enunciados los objetivos que en nuestra opinión la justicia civil debe perseguir, en este capítulo nos centraremos directamente en los fundamentos de la flexibilidad del procedimiento civil: la instrumentalidad del Derecho Procesal (apartado I) y la eficiencia de la justicia (apartado II).

I. Instrumentalidad del Derecho Procesal

1. Aspectos generales sobre la instrumentalidad

En términos genéricos la instrumentalidad es una característica del Derecho procesal en virtud de la cual éste no constituye un fin en sí mismo, sino que

solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, p. 577.

⁴⁴¹ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 457 y ss.; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 44 – 46.

⁴⁴² ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, pp. 3 y ss.; TARUFFO, “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI; ORTELLI (ed.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, pp. 186 – 188; LEUBSDORF, “The Myth of civil procedure reform”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 55; ZUCKERMAN, “Court control and party compliance – The quest for effective litigation management”, en TROCKER; VARANO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, p. 149; GENN, *Judging civil justice*, 2010, pp. 15 y 16.

constituye un medio para la obtención de otros fines u objetivos. El Derecho procesal no tiene finalidades propias sino que es un mecanismo para alcanzar objetivos ajenos a él. Las normas procesales constituyen simplemente un medio respecto de los fines de otras normas jurídicas que se reconocen como sustantivas o materiales⁴⁴³. En un sentido negativo la instrumentalidad del Derecho Procesal hace referencia fundamentalmente al antiformalismo. Por su parte, el aspecto positivo de la instrumentalidad alude a la eficacia o efectividad del sistema procesal⁴⁴⁴.

Históricamente, el uso del término “instrumental” tiene su origen en las explicaciones de Carnelutti⁴⁴⁵ quien se refería al Derecho procesal como un Derecho instrumental en oposición a otros Derechos que consideraba materiales. Sin embargo, antes de él la doctrina ya se habría detenido en esta característica del Derecho Procesal aunque utilizando otras denominaciones⁴⁴⁶. Así por ejemplo, Bentham sostuvo que: “Esas leyes (de fondo) no tendrían ningún efecto si el legislador no crease al mismo tiempo otras leyes, cuyo objeto es hacer cumplir las primeras: son ellas las leyes de procedimiento... Para señalar la diferencia entre unas y otras, llamaremos a las primeras *leyes sustantivas*, y a las segundas *leyes adjetivas*”⁴⁴⁷. Wach por su parte, entendía que: “El ordenamiento procesal es un ordenamiento de la tutela jurídica y, como tal, una figura secundaria, un medio para lograr el fin que es probar la eficacia del derecho privado. Para que el derecho no solamente exista, sino rija, debe existir el proceso”⁴⁴⁸.

Desde entonces la doctrina procesalista ha explicado esta característica del Derecho procesal hasta el punto que, en la actualidad, afirmar la instrumentalidad no constituye ninguna novedad⁴⁴⁹. Incluso la

⁴⁴³ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 253; GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012, p. 75; del mismo autor, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, p. 577; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 35 y ss. En términos similares Calamandrei explica la instrumentalidad de las providencias cautelares. Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 1996, pp. 44 y 45.

⁴⁴⁴ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 457 y ss.; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 44 – 46.

⁴⁴⁵ CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, 1944, pp. 57 y ss.

⁴⁴⁶ En este sentido, véase GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012, pp. 74 y ss.

⁴⁴⁷ BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, 2001, p. 3.

⁴⁴⁸ WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 1977, p. 22.

⁴⁴⁹ Cfr. CAPPELLETTI; GARTH, “Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1987, p. 14; CAPPELLETTI, *El proceso civil*

doctrina contemporánea ha llegado a identificar un tercer estado de desarrollo de la ciencia procesal “caracterizado por la conciencia de la instrumentalidad como importantísimo polo de irradiación de ideas y coordinador de los diversos institutos, principios y soluciones”⁴⁵⁰.

Desde un punto de vista jurídico sistemático, la instrumentalidad implica negar la neutralidad o separación entre el Derecho procesal y el Derecho de fondo. Por el contrario, en la medida que el sistema judicial es un instrumento, este está influenciado por aquello que constituye su fin. Es decir, existe y debe existir una interdependencia entre el Derecho Procesal y el Derecho material⁴⁵¹.

Desde un punto de vista metodológico, reconocer el carácter instrumental del Derecho Procesal exige adoptar un método teleológico o finalista y una racionalidad instrumental⁴⁵². Este método de análisis supone determinar previamente los objetivos o finalidades que el sistema procesal, en cuanto instrumento, está destinado a perseguir⁴⁵³. Este fue, precisamente, el objetivo del capítulo anterior. Determinado ya cuáles son estos objetivos, será más fácil comprender correctamente los diversos aspectos de la instrumentalidad.

en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas, 1973, pp. 17 – 18, 44 – 45; “Ideologías en el Derecho Procesal”, en CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, 1974, p. 5; BERIZONCE, “Ideologías y proceso”, en DOS SANTOS LUCON *et al.*, (coords.), *Processo em Jornadas*, 2016, pp. 858 – 859; LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 1980, p. 26; DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Introducción*, 1999, pp. 35 y ss., 112 y ss.; MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, pp. 223 y 226; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, 1992, p. 330.

⁴⁵⁰ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 27. Véase también, ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2007, p. 22.

⁴⁵¹ MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2007, p. 236; DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 28, 463.

⁴⁵² Para un acercamiento a la racionalidad instrumental, véase HITCHCOCK, “Instrumental rationality”, en MCBURNEY P.; RAHWAN I.; PARSONS S. (eds.), *Argumentation in Multi-Agent Systems, 7th International Workshop, ArgMAS 2010, ON, Canada, May 10, 2010, Revised, Selected and Invited Papers*, 2011, pp. 1 – 11. Explicando la racionalidad instrumental en materia procesal, véase TARUFFO, “Racionalidad y crisis de la ley procesal”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1999, pp. 312, 315 y ss.

⁴⁵³ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 27 – 31, 253 – 254, 457, 460; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 35 y ss.

2. *Diversos planos de la instrumentalidad*

En el análisis de esta característica del Derecho procesal es necesario distinguir entre la instrumentalidad del Derecho procesal en su conjunto, la instrumentalidad del proceso y la instrumentalidad de las formas⁴⁵⁴, instituciones⁴⁵⁵ y requisitos procesales⁴⁵⁶. Se trata de tres niveles de análisis diferentes en cuanto a su grado de generalidad, pero que no se deben confundir e identificar pues operan en planos diferentes⁴⁵⁷. Sin embargo, estos tres niveles están estrechamente vinculados entre sí, pues los dos últimos son consecuencias del primero. En todos ellos se reitera la idea que, ni las formas, requisitos o instituciones, ni el proceso, ni el Derecho procesal en su conjunto, constituyen fines en sí mismos sino que simplemente son medios para alcanzar otros fines u objetivos. La diferencia en el análisis radica en los diferentes fines que en cada nivel es posible reconocer.

Así por ejemplo, las formas y requisitos de la primera notificación en el proceso civil tienen como finalidad comunicar al demandado del proceso iniciado en su contra para que este pueda ejercer efectivamente sus derechos. La audiencia previa o preparatoria en los modelos procesales orales bifásicos tiene diversos objetivos: preparatorios, conciliatorios, probatorios, etc⁴⁵⁸. Por su parte, la instrumentalidad del proceso supone que este es el método para el ejercicio de la jurisdicción⁴⁵⁹. Otros afirman que el proceso tiene como finalidad la cosa juzgada⁴⁶⁰, la satisfacción de

⁴⁵⁴ CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 53 – 55; VALLESPÍN PÉREZ, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, 2002, p. 103.

⁴⁵⁵ Un ejemplo clásico de la instrumentalidad de una institución particular son las medidas cautelares. Véase CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 1996, pp. 44 y 45.

⁴⁵⁶ Refiriéndose a esta distinción, véase DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 458 y 459, 462, 465. Véase también, DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, p. 75. Liebman se refiere, aunque en forma aislada, tanto a la instrumentalidad del Derecho procesal como a la instrumentalidad de las formas. Cfr. LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 1980, pp. 26 y 173.

⁴⁵⁷ Respecto de esta errónea identificación véase: GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012, pp. 73 y 74.

⁴⁵⁸ Véase por ejemplo el art. 414.1 LEC española; el art. 61 de la LTF chilena; el art. 280 PCPC chileno.

⁴⁵⁹ MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 223 y 226; NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, p. 62; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 368 y 369.

⁴⁶⁰ GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, 1961, pp. 37 y ss.; GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho penal y proceso III. El proceso como situación jurídica*, 2015, pp. 187 y ss.

pretensiones⁴⁶¹, etc. Por último, al Derecho procesal se le atribuyen diferentes fines⁴⁶². Por nuestra parte, en el capítulo anterior sostuvimos que estos fines eran la pacificación con justicia, la limitación y control del poder y la aplicación del Derecho.

Como se puede apreciar, las finalidades en cada plano son diferentes. Sin embargo, los objetivos que persiguen las formas, requisitos e instituciones procesales y los objetivos del proceso se explican o son consecuencias de las finalidades que se le atribuyan al sistema procesal en su conjunto⁴⁶³. Además, la instrumentalidad de las formas, requisitos e instituciones procesales, así como la instrumentalidad del proceso son características endosistemáticas⁴⁶⁴ o intraprocesales. Se trata de finalidades que tienen su razón de ser dentro del proceso, o bien, que explican la relación del proceso con otras instituciones procesales como la jurisdicción o la cosa juzgada. En cambio, la instrumentalidad del sistema procesal es una característica que se proyecta hacia el exterior y que conecta al sistema procesal con el resto del ordenamiento jurídico, con el poder político y con la sociedad. Es decir, la instrumentalidad del Derecho procesal en su conjunto supone reconocerle objetivos en los planos social, político y jurídico.

3. *Negación y relativización de la instrumentalidad*

Como señalamos anteriormente, en la actualidad, la instrumentalidad del Derecho procesal constituye un lugar común en la doctrina. Sin embargo, no han faltado algunos autores que han negado o relativizado esta característica del sistema procesal. Desde un punto de vista lógico, negar la instrumentalidad consiste en reconocer al Derecho procesal solo finalidades propias (procesales) y desconocerle objetivos ajenos a él. Por su parte, relativizar la instrumentalidad supone reconocer que el sistema procesal, en alguna medida, además de fines ajenos a él, también reconoce fines u objetivos propios. A estas posturas nos referiremos someramente a continuación.

⁴⁶¹ GUASP, *Derecho Procesal Civil. Introducción y parte general*, 1968, pp. 33 y 34; GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, 1985, p. 44.

⁴⁶² Por ejemplo, la justicia, la pacificación social y la limitación del poder. Estos son algunos de los objetivos que reconoce Dinamarco en su intento por identificar los objetivos políticos, sociales y jurídicos del sistema procesal. Cfr. DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 271 y ss.

⁴⁶³ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 464 y 465; GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012, p. 80.

⁴⁶⁴ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 458.

(1) La negación del carácter instrumental del Derecho procesal se produce en todos aquellos casos en que los autores reconocen a la justicia civil o al proceso finalidades exclusivamente procesales. Son las posturas que Dinamarco denomina “introspectivas”⁴⁶⁵, pues solo se reconocen objetivos endoprocesales, objetivos que solamente pueden entenderse o explicarse al interior del proceso o la jurisdicción. Pero que, por el contrario, no se proyectan o no toman en consideración los objetivos del proceso o la justicia civil de cara al sistema jurídico en su conjunto. Es decir, desconocen que el sistema procesal, además de objetivos procesales, responde también a objetivos sociales y políticos.

Así por ejemplo, se puede mencionar a Goldschmidt quien considera que el objetivo del proceso es alcanzar la cosa juzgada⁴⁶⁶. Guasp, por su parte, considera que el proceso tiene por función la satisfacción de pretensiones⁴⁶⁷ y niega expresamente el carácter instrumental del Derecho procesal⁴⁶⁸. Un ejemplo reciente de este tipo de explicaciones lo encontramos en Nieva Fenoll, quien explica que el objetivo de la jurisdicción es el juicio jurisdiccional⁴⁶⁹.

Como se pueda apreciar, estas explicaciones sobre los objetivos del proceso o la jurisdicción, en la medida que solo reconocen finalidades endoprocesales, implícitamente desconocen que el sistema procesal sea instrumental a objetivos ajenos a él. Se trata de explicaciones que se agotan en las consideraciones estrictamente procesales.

Sin embargo, el problema de este tipo de explicaciones es que resultan insuficientes de cara a la sociedad en su conjunto pues, desde este punto de vista, mantienen sin contestar la interrogante por la razón de ser última de la jurisdicción. A estas teorías se les podría formular un cuestionamiento adicional: ¿Para qué es necesaria la cosa juzgada? ¿Para qué es necesaria la satisfacción de pretensiones? ¿Para qué es necesario el juicio

⁴⁶⁵ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 306 y ss.

⁴⁶⁶ GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, 1961, pp. 37 y ss.; *Derecho, Derecho penal y proceso III. El proceso como situación jurídica*, 2015, pp. 187 y ss.

⁴⁶⁷ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, 1985, p. 44.

⁴⁶⁸ GUASP, *Derecho Procesal Civil. Introducción y parte general*, 1968, pp. 33 y 34. El autor afirma que: “El derecho procesal *no es* tampoco un *instrumento* de otras ramas jurídicas... La finalidad institucional del proceso no se halla subordinada jurídicamente a ninguna otra...”. Sin embargo, paradójicamente, en el mismo texto el autor reconoce al proceso una finalidad concreta, consistente en la paz justa. *Ibidem*, pp. 25. Véase también, del mismo autor, *Concepto y método de Derecho Procesal*, 1997, pp. 42 y ss. y 58 y ss.

⁴⁶⁹ NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, p. 48.

jurisdiccional? Todas estas preguntas no pueden responderse desde un punto de vista estrictamente procesal. Solo pueden responderse tomando en cuenta los objetivos de la jurisdicción de cara a la sociedad. Luego, el reconocimiento que la jurisdicción tiene objetivos jurídicos, sociales y políticos ajenos, implica lógicamente su carácter instrumental.

(2) Una crítica reciente (una relativización) al carácter instrumental o subsidiario de la jurisdicción ha sido formulada por Taruffo. De acuerdo al autor, la concepción tradicional entiende que la ley sustancial establece una serie de derechos subjetivos de los cuales las personas serían titulares y que el proceso sería simplemente el mecanismo para reclamar de estos derechos violados⁴⁷⁰:

“El proceso representa entonces un *posterius*, o sea, un instrumento al que se recurre sólo cuando un derecho, que existe como *prius*, haya sido negado, contestado, o violado: sólo en este momento surge, en efecto, la necesidad de que un juez determine que aquel derecho existía, poniendo así fin a la situación de incertidumbre y de ilegalidad, es decir, a la controversia suscitada sobre aquel derecho.

Esta concepción capta ciertos aspectos relevantes de la función de la jurisdicción, pero tiene algunas implicaciones singularmente limitativas⁴⁷¹.

De acuerdo al autor, esta imagen de la legislación creadora de los derechos en forma previa y la intervención posterior de la jurisdicción en caso de violación no refleja completamente la realidad. Muchas veces es la actividad de la jurisdicción y no la legislación “la que atribuye relevancia jurídica a intereses y situaciones de hecho”⁴⁷². Además, es la jurisdicción la que en ocasiones crea y da forma a nuevos derechos a partir de la concreción en casos particulares de principios de justicia y garantías fundamentales⁴⁷³. Esto mostraría que “la jurisdicción ya no desarrolla solo una función declarativa del derecho preexistente, y resulta ampliamente creadora de nuevos derechos”⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ Cfr. TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 139.

⁴⁷¹ TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, pp. 139 y 140.

⁴⁷² TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 140.

⁴⁷³ *Ídem*.

⁴⁷⁴ TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, pp. 140 y 141. En un sentido similar, destacando el carácter creador de la justicia, véase ASSER *et al.*, “A new

En segundo lugar, el autor entiende que “en muchos casos *remedies precede rights*, es decir, que solo existen verdaderamente los derechos que resultan afirmados y reconocidos a través del empleo de los remedios jurisdiccionales. Así se invierte el planteamiento tradicional: la jurisdicción, ya no es secundaria o subsidiaria respecto del derecho sustancial, puesto que se convierte en primaria y esencial, ella misma creadora de derecho sustancial”⁴⁷⁵. Además, en muchos ordenamientos jurídicos la legislación resulta incapaz de reaccionar a las necesidades de la sociedad y muchas veces no logra crear oportunamente los mecanismos procesales para dar adecuada protección a los derechos⁴⁷⁶. Por esta razón, “los remedios jurisdiccionales no son solo aquellos creados por el legislador, ni resulta siempre aplicados dentro de los límites y para los fines previstos por éste. Al contrario, hay amplios espacios de creatividad jurisprudencial también en lo relativo a la individualización de los *remedies* más adecuados para el reconocimiento y la actuación concreta de los *rights*”⁴⁷⁷. Es decir, la jurisdicción no solo crea nuevos derechos sino también los mecanismos jurídicos para protegerlos.

Sin embargo, aunque estas afirmaciones de Taruffo no dejan de ser ciertas, ellas no necesariamente permiten negar o relativizar la instrumentalidad del sistema procesal.

En primer lugar, el autor se opone a la imagen de la jurisdicción como una función simplemente represiva o restauradora de derechos privados previamente creados y violados. En este sentido coincidimos con el autor pues esta imagen no es completa. Sin embargo, esta no es la única forma de concebir la jurisdicción y su instrumentalidad. En el capítulo anterior, hemos identificado como objetivo de la jurisdicción “pacificar con justicia”, lo que suponía entre otras cosas no solo la protección de derechos sino también de intereses y posiciones jurídicas. Del mismo modo, señalamos que para el cumplimiento de su finalidad la jurisdicción no solo debe intervenir en forma represiva sino también en forma preventiva. Entendida así la jurisdicción, la instrumentalidad no está referida a la protección de derechos

balance. A summary of the Interim report Fundamental review of the dutch law of civil procedure”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2003, pp. 343 – 345.

⁴⁷⁵ TARUFFO, “La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?”, en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 141.

⁴⁷⁶ *Ídem*.

⁴⁷⁷ *Ídem*.

subjetivos privados violados, sino a la finalidad social de pacificar con justicia.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta que la protección de nuevas situaciones jurídicas, así como la creación de nuevos derechos por parte de la jurisdicción, aunque resultan cada vez más relevantes y numerosos con el avance de la sociedad, no dejan de ser casos excepcionales, que por definición escapan al caso normal y corriente. Se trata de situaciones límites para el sistema procesal pero que no transforman el ideal contemporáneo de la jurisdicción, el cual sigue siendo fundamentalmente aplicación del ordenamiento jurídico a casos concretos⁴⁷⁸. Aunque no pueden desconocerse los aspectos creativos de la función jurisdiccional, estos no dejan de ser solo una parte menor, que evidencia las limitaciones propias de la legislación. No debe olvidarse que siguen siendo predominantes los aspectos aplicadores de la función jurisdiccional. No parecería sensato postular que la justicia civil debe fundamentalmente crear nuevos derechos y situaciones jurídicas. En el estado moderno, sigue siendo relevante que sea la legislación la creadora de los derechos, intereses y demás situaciones jurídicas y que la justicia civil sea la llamada a aplicarlos y protegerlos⁴⁷⁹.

Además, la función creadora se agota en la creación misma, es decir, una vez creado y reconocido un nuevo derecho o situación jurídica, la justicia civil vuelve a retomar su función tradicional consistente en aplicar y proteger aquél o aquellos nuevos derechos.

Por último, la relevancia de los remedios jurisdiccionales para la existencia de los derechos solo permite negar el carácter secundario o subsidiario del sistema procesal y destacar su importancia en el sistema jurídico. Sin embargo, esta relevancia no excluye el carácter instrumental que se predica del Derecho procesal⁴⁸⁰. Pues los *remedies* siguen siendo simples medios (necesarios pero medios al fin) para la existencia y protección de los derechos. Así por ejemplo, mecanismos como la *astreinte*

⁴⁷⁸ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 303 y ss., en especial, pp. 360 y ss.; ATRIA, *La forma del derecho*, 2016, pp. 199 - 218; WILENMANN, "La administración de justicia como un bien jurídico", *Revista de Derecho*, 2011, pp. 533 y ss. En un sentido similar, DE OLIVA SANTOS; Díez-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, 2013, p. 18. Para una explicación y distinción de la jurisdicción y las demás potestades en el Estado moderno, véase ATRIA, *La forma del derecho*, 2016, pp. 159 y ss., en especial 199 y ss.

⁴⁷⁹ ATRIA, *La forma del derecho*, 2016, pp. 199 - 218.

⁴⁸⁰ Como señala Dinamarco: "instrumento lleno de dignidad y autonomía científica, pero no más que instrumento". Cfr. DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 464.

francesa, las *injunctions* inglesas, o los mecanismos de tutela inhibitoria brasileños no se justifican por sí solos, no son fines en sí mismos, sino simplemente medios para alcanzar ciertos objetivos.

4. *El doble sentido de la instrumentalidad*

Como señalamos anteriormente, la instrumentalidad presenta dos facetas o aspectos diversos. En un sentido negativo la instrumentalidad alude fundamentalmente al antiformalismo. Por su parte, el aspecto positivo de la instrumentalidad alude a la efectividad o eficacia⁴⁸¹. En los siguientes apartados profundizaremos en ambos aspectos.

4.1 El sentido negativo de la instrumentalidad: no sobrevalorarás

El sentido negativo de la instrumentalidad implica que el sistema procesal, al ser simplemente un medio, no puede tener más valor o ser más importante que los objetivos por él perseguidos. Si la instrumentalidad de la justicia civil supone que esta es un medio para alcanzar ciertos fines, entonces, a ésta no se le puede atribuir más valor o más relevancia que aquellos fines. Es decir, el sentido negativo de la instrumentalidad impide atribuir al sistema procesal más valor que el que realmente tiene⁴⁸². Además, constituye un “factor de contención de exageraciones y distorsiones”⁴⁸³. Esta idea bastante simple y evidente tiene varias implicaciones relevantes:

(1) En primer lugar, el sentido negativo de la instrumentalidad supone rechazar el formalismo, es decir, la idea de que las formas o requisitos procesales tienen valor propio y que su cumplimiento debe ser absoluto⁴⁸⁴.

Como sostuvimos anteriormente, una de las acepciones del

⁴⁸¹ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 457 y ss.; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 44 – 46.

⁴⁸² DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 460.

⁴⁸³ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 461.

⁴⁸⁴ GORIGOITÍA ABBOTT, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, p. 578. El autor advierte que: “Si bien las expresiones más básicas y burdas del formalismo se deben entender superadas hace ya bastantes siglos, subsisten formulaciones más sofisticadas que atribuyen a los requisitos procesales cualidades relativas al interés público o a la indisponibilidad. Ellas principalmente se reflejan en una indiscriminada utilización de técnicas como la nulidad o la preclusión como medio de control, que llevan a que el derecho procesal, en definitiva, fracase en su finalidad de ser un instrumento del derecho material”. Véase también RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, 1992, pp. 330 y 331.

“formalismo”, también llamado “formalismo excesivo”, hace referencia a la necesidad de cumplimiento irrestricto de las formas y reglas procesales, y a las consecuencias de su incumplimiento⁴⁸⁵. Según Fernhout, el formalismo excesivo consiste en “interpretar y aplicar las normas nacionales relativas al acceso a la justicia de tal manera que produzcan un franco desequilibrio entre los objetivos perseguidos por esas normas y el daño producido por dejar el caso (o parte de él) sin decidir”⁴⁸⁶.

Por el contrario, el sentido negativo de la instrumentalidad defiende la idea exactamente opuesta, que el cumplimiento de las normas procesales solo resulta relevante en la medida que permite alcanzar los objetivos que en cada nivel se persiguen⁴⁸⁷. En este mismo sentido se ha pronunciado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en diversas ocasiones, sosteniendo que “los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que solo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima”⁴⁸⁸. Por lo tanto, el sentido negativo de la instrumentalidad implica que el incumplimiento de normas procesales no debe producir necesariamente la aplicación de una consecuencia procesal⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ BONET NAVARRO, “Rasgos de la forma y formalismo en el proceso (en defensa de la forma)”, 1977, p. 485; ALVARO DE OLIVEIRA, “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, 2010, p. 303; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 51 y 52; “Formalismo y colaboración en el proceso civil. Una introducción al paradigma del formalismo-valorativo”, 2011, p. 326.

⁴⁸⁶ “*Interpreting and applying domestic rules concerning access to court in such a way that this results in an outspoken imbalance between the objectives served by those rules and the harm done by leaving the case (or part of it) undecided*”. FERNHOUT, “Formal rules in civil procedure and access to justice: striking a balance between excessive formalism and ‘anything goes’”, en VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, p. 210.

⁴⁸⁷ GORIGOITÍA ABBOTT, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, p. 578; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, 1992, pp. 330 y 331.

⁴⁸⁸ STC 180/1987, Sala 2ª, 12 de noviembre de 1987, (ponente Leguina Villa), FJ 2º. En el mismo sentido véase también STC 36/1986, Sala 2ª, 12 de marzo de 1986, (ponente Leguina Villa), FJº 2; STC 172/1995, Sala 1ª, 21 de noviembre de 1995, (ponente Jiménez de Parga y Cabrera), FJº 2; STC 17/1985, Sala 1ª, 9 de febrero de 1985, (ponente Begué Cantón), FJº 2; STC 221/1994, Sala 2ª, 18 de julio de 1994, (ponente Díaz Eimil), FJº 3.

⁴⁸⁹ KOLLER, “Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 53; VAN RHEE, “Civil justice in pursuit of efficiency”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 73; DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 459; PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2012, pp. 66 – 69; VALLESPÍN PÉREZ, *El modelo constitucional de*

Esta idea, según la cual no todo incumplimiento de las normas procesales produce necesariamente la aplicación de una consecuencia procesal, es una tendencia muy relevante en la actualidad en los diversos ordenamientos procesales y se materializa, fundamentalmente, en la regulación de la invalidez procesal⁴⁹⁰.

La doctrina procesal moderna entiende que la ineficacia de un acto procesal no es una cuestión automática. No toda irregularidad o vicio en la ejecución en un acto del proceso supone necesariamente la declaración de nulidad y su consecuente ineficacia⁴⁹¹, sino que depende de la respectiva regulación de la invalidez procesal. Esta idea se sostiene fundamentalmente en tres pilares: el estándar de invalidez, la subsanación y la convalidación.

En primer lugar, el defecto debe tener una relevancia suficiente para ser considerado inválido de acuerdo al respectivo estándar de invalidez⁴⁹². De manera que no todo incumplimiento supone necesariamente la invalidez. En segundo lugar, cuando la irregularidad pueda considerarse invalidante, los fenómenos de la convalidación y subsanación actúan como barreras de contención a la declaración de nulidad y su consecuente ineficacia⁴⁹³. En

juicio justo en el ámbito del proceso civil, 2002, pp. 103 - 105; GORIGOITÍA ABBOTT, "El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, p. 582.

⁴⁹⁰ En materia de invalidez procesal seguimos fundamentalmente a ANDRÉS CIURANA, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, 2005; HERNÁNDEZ GALILEA, *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, 1995; GORIGOITÍA ABBOTT, "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho*, 2013, pp. 129 - 154; del mismo autor, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012; "El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, pp. 575 - 599.

⁴⁹¹ ANDRÉS CIURANA, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, 2005, pp. 59 y ss.; HERNÁNDEZ GALILEA, *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, 1995, pp. 52 y ss.; GORIGOITÍA ABBOTT, "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2013, pp. 132 y ss.; DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, pp. 585 - 723; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 283 y ss.; CARRASCO POBLETE, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 2012, pp. 461 - 464.

⁴⁹² Sobre el estándar de invalidez, véase ANDRÉS CIURANA, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, 2005, pp. 102 y ss. En el Derecho chileno, véase: GORIGOITÍA ABBOTT, "El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, pp. 575 - 599.

⁴⁹³ ANDRÉS CIURANA, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, 2005, pp. 244 y ss.; GORIGOITÍA ABBOTT, "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2013, pp. 143 y ss.

términos simples la subsanación es la corrección o integración de un acto procesal defectuoso, realizada normalmente por su autor⁴⁹⁴. Por su parte, la convalidación es la aceptación de los defectos de un acto procesal por aquel que se ha visto afectado por el vicio y que podría alegarlo⁴⁹⁵. Por lo tanto, si el acto ha sido subsanado o convalidado no se aplicará ninguna consecuencia procesal como la nulidad.

En la actualidad, esta implicación de la instrumentalidad se encuentra bastante extendida⁴⁹⁶, lo cual no puede extrañar atendido que el carácter instrumental del Derecho procesal constituye un lugar común. Se pueden señalar diversos ejemplos. Algunos documentos destinados a la armonización procesal recogen claramente esta tendencia. El “Proyecto Storme” de 1994 regula y reconoce como tendencia el reconocimiento de los estándares de invalidez de la finalidad del acto y la afectación del derecho de defensa⁴⁹⁷. El Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica de 1998 junto con reconocer ambos estándares de invalidez, regula expresamente la convalidación⁴⁹⁸. Por su parte, Cavani sostiene que el modelo de la finalidad del acto (estándar de invalidez) es reconocido por diversas legislaciones procesales latinoamericanas tales como el Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970; el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina de 1968; el Código de Proceso Civil brasileño de 1973; el Código de Procedimiento Civil venezolano de 1985; el Código Procesal Civil paraguayo de 1985; el Código General del Proceso uruguayo de 1988; el Código Procesal Civil de Costa Rica de 1989; y el Código Procesal Civil peruano de 1993⁴⁹⁹. En Alemania, se contempla la corrección y convalidación de un acto defectuoso⁵⁰⁰. En Holanda se reconoce tanto la

⁴⁹⁴ GORIGOITÍA ABBOTT, “Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2013, p. 144.

⁴⁹⁵ GORIGOITÍA ABBOTT, “Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2013, p. 144

⁴⁹⁶ En relación con Europa, STORME, “Rumbos del proceso civil en la Europa unificada”, *Revista de Proceso*, 1999, pp. 254 – 255.

⁴⁹⁷ STORME (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l’Union européenne. Approximation of Judiciary Law in the European Union*, 1994, pp. 56, 162 y 163, 181, 217.

⁴⁹⁸ Véase los arts. 104 y 106. Cfr. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia – Antecedentes – Exposición de motivos*, 1988. Disponible en red:

http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf. (Última visita 11 de septiembre de 2018).

⁴⁹⁹ CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 160 y 161.

⁵⁰⁰ KOLLER, “Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial*

posibilidad de corrección como la necesidad de daño para la aplicación de una sanción⁵⁰¹. En España, se exige la afectación de garantías constitucionales como estándar de invalidez, además de aceptarse la subsanación y convalidación de los actos⁵⁰². En Chile también se exige un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad como estándar de invalidez, además de contemplarse la convalidación⁵⁰³. Incluso en Inglaterra se considera como principio fundamental que los errores procesales no invalidan el proceso pues el juez tiene el poder para remediar el error⁵⁰⁴.

(2) En segundo lugar, el aspecto negativo de la instrumentalidad no defiende una desregulación o la irrelevancia del Derecho procesal. Tampoco implica un descrédito o retroceso en sus conquistas conceptuales o metodológicas⁵⁰⁵. Como sostiene Dinamarco:

“No se trata de *desprocesalizar* el ordenamiento jurídico. Es inmenso el valor del proceso y en las formas de los procedimientos legales están depositados siglos de experiencia que sería ingenuo pretender despreciar. Lo que se requiere es desmitificar reglas, criterios, principios y el propio sistema...”⁵⁰⁶.

“Lo que se postula es, por tanto, la colocación del proceso en su debido lugar de instrumento que no pretende ir más allá de sus funciones; 'instrumento lleno de dignidad y autonomía científica, pero no más que un instrumento'...”⁵⁰⁷.

En consecuencia, la correcta comprensión de la instrumentalidad del sistema procesal no implica reducir su importancia en el sistema jurídico. Ni

Systems, 2014, p. 53; HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, pp. 207 y 208, 357 y 358.

⁵⁰¹ VAN RHEE, “Civil justice in pursuit of efficiency”, en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 73 y 74; VAN RHEE, “Dutch civil procedure: reform and efficiency”, en VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, p. 48.

⁵⁰² Véanse los arts. 238 N° 3, 240.1, 240.2, 241.1, 243.3 y 4 LOPJ; arts. 225.3, 227, 228.1, 231 LEC. Cfr. ANDRÉS CIURANA, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, 2005, pp. 116 y ss.; GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012, *passim*.

⁵⁰³ Véanse los arts. 79, 80, 83 CPC. Cfr. GORIGOITÍA ABBOTT, “Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, 2013, pp. 129 – 154; del mismo autor, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, pp. 575 – 599.

⁵⁰⁴ Véase CPR 3.9 y 3.10. Cfr. ZUCKERMAN, “Court case management in England under the Civil Procedure Rules 1998”, en GOTTWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, pp. 6 y ss.; ZUCKERMAN, “Court control and party compliance – The quest for effective litigation management”, en TROCKER; VARANO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, pp. 150 y ss.

⁵⁰⁵ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 465.

⁵⁰⁶ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 463.

⁵⁰⁷ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 464.

tampoco implica restar valor a los conocimientos y métodos alcanzados por quienes se ocupa de su estudio: la ciencia procesal.

(3) En tercer lugar, el aspecto negativo de la instrumentalidad supone abandonar la creencia de que ciertas maneras de estructurar el procedimiento constituyen valores irrenunciables o que tienen preeminencia por sobre otras. Así por ejemplo, el uso de la forma oral o escrita, o bien, la mayor o menor concentración de las actividades procesales, depende de los diversos fines u objetivos que el legislador pretenda alcanzar con dichas formas⁵⁰⁸.

(4) Por último, desde un punto de vista jurídico sistemático, el aspecto negativo de la instrumentalidad rechaza la neutralidad o autosuficiencia del sistema procesal e implica negar la separación entre el Derecho procesal y el Derecho de fondo. El hecho de que el sistema procesal, así como el proceso, las formas, requisitos y demás instituciones procesales sean simples medios no implica necesariamente que estos sean neutrales o autosuficientes⁵⁰⁹. El solo hecho de ser medios supone la existencia de ciertos fines u objetivos para cuyo cumplimiento existen. Es decir, existe y debe existir una interdependencia entre el Derecho procesal y el Derecho material⁵¹⁰. Además, para la comprensión del sistema procesal se requiere también una apertura hacia el sistema social y político. En consecuencia, el hecho de ser un medio no impide que el sistema procesal reconozca, haga suyos y se impregne de ciertos objetivos sociales, políticos y jurídicos del Derecho de fondo.

4.2 El Sentido negativo de la instrumentalidad y flexibilidad

Llegados a este punto, es necesario explicar de qué forma la instrumentalidad en su aspecto negativo sirve de fundamento a la flexibilidad.

⁵⁰⁸ Sobre este punto véase, por ejemplo, ORTELLS RAMOS, "Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil", *Ius et Praxis*, 2010, pp. 395 - 440; PALOMO VÉLEZ, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, 2008, pp. 23 - 62; NIEVA FENOLL, "Los problemas de la oralidad", en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, 2009, pp. 92 - 109. Véase también los trabajos contenidos en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, Vol. I y II, 2008, *passim*.

⁵⁰⁹ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 28, 463.

⁵¹⁰ MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2009, p. 236.

Si la justicia civil, el proceso, así como en las demás instituciones procesales no son fines en sí mismos sino simples medios y, en consecuencia, no pueden tener más valor que aquellos objetivos, entonces, es comprensible y resulta razonable que el procedimiento pueda adaptarse a las diversas necesidades de cada caso concreto. De esta forma, la flexibilidad permite que este medio (la justicia civil, el proceso y las instituciones procesales) puedan convertirse en el mejor medio posible atendidas las circunstancias y características concretas del conflicto y de las partes involucradas.

Este argumento se ve reforzado si se tiene en consideración la especial complejidad y la tendencial diversidad del contencioso civil⁵¹¹. En primer lugar, los asuntos que tradicionalmente conoce la justicia civil pueden ser bastante diversos entre sí. No resultan completamente idénticos procesos que busca atribuir responsabilidad civil por daños, los que buscan dejar sin efecto un acto o contrato, o aquellos en los que se reclama la propiedad de un inmueble. Tampoco, resultan completamente idénticos, aquellos otros procesos que buscan, por ejemplo, resolver cuestiones de familia, cuestiones sucesorias, asuntos relativos a incapaces, etc.

Además, no se debe olvidar que la justicia civil tiene normalmente un carácter residual o de aplicación general. Es decir, todas aquellas materias o asuntos que no tengan una reglamentación especial van a caer dentro de la competencia de la justicia civil. Esto trae como consecuencia que ella sea tendencialmente más diversa que otros ámbitos de la justicia civil especializada. Esta circunstancia puede generar una especial diversidad de asuntos en aquellos sistemas jurídicos poco desarrollados y con poca especialización, de manera que pueden caer en el ámbito civil, por ejemplo, cuestiones tributarias, comerciales, de quiebras, libre competencia, cuestiones administrativas, etc.

Esta circunstancia se agrava aún más, en los tiempos actuales caracterizados por una gran rapidez y vorágine en los cambios y desarrollos sociales. De manera que cualquier conflicto inédito que pueda surgir de cualquier cambio o desarrollo novedoso en la sociedad, probablemente no haya sido contemplado previamente y, en consecuencia, caiga en la competencia residual de la justicia civil. En este sentido, el fenómeno de la

⁵¹¹ GENN, *Judging civil justice*, 2010, pp. 5 – 10.

globalización, especialmente en el ámbito de la economía y las relaciones comerciales, está produciendo nuevos y complejos conflictos jurídicos⁵¹².

A todo lo anterior se debe agregar la diversa configuración que pueden tener las partes en el conflicto civil⁵¹³. En este tipo de procesos pueden intervenir en el rol de demandantes o demandados, no solo personas particulares, sino también personas jurídicas como empresas u órganos del Estado. Sin perjuicio, además, de las asociaciones de sujetos en materia de interés supraindividuales.

En consecuencia, si en el cumplimiento de los fines que le son propios, el sistema procesal debe enfrentarse y funcionar en un escenario especialmente desafiante y complejo, entonces, resulta conveniente y razonable que el Derecho procesal sea flexible. Esta capacidad de adaptarse a las diversas circunstancias le permite responder de mejor manera a las dificultades propias de la justicia civil y, de esta forma, permite que este medio sea el mejor medio posible atendidas las características y particularidades del conflicto y de las partes involucradas.

En otras palabras, si la justicia civil y el proceso son el vehículo que utilizan las partes guiadas por el juez para poder alcanzar la justa resolución del conflicto y cumplir los demás objetivos del sistema. La rigidez procesal supone un vehículo que es apto para un solo tipo de terreno (las situaciones normales y ordinarias) pero que es incapaz o inadecuado para adaptarse a otras situaciones diferentes. En cambio, una regulación procesal flexible supone un vehículo con aptitud para recorrer y sortear las diversas dificultades que presente el terreno y con ello permite llegar a él o los objetivos deseados.

⁵¹² Sobre el punto, véase TARUFFO, "Dimensiones transculturales de la justicia civil", en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, 2006, pp. 5 - 44; "Notas sobre la dimensión transnacional de las controversias civiles", *Ibidem*, pp. 87 - 106.

⁵¹³ GENN, *Judging civil justice*, 2010, pp. 5 - 10. Para un ejemplo de la complejidad que puede adoptar el conflicto civil en ciertas materias véase FISS, "Foreword: The forms of justice", *Harvard Law Review*, 1979, pp. 1 - 58; "The forms of justice", en FISS, *The law as it could be*, 2003, pp. 1 - 47. En español: FISS, *El Derecho como razón pública*, 2007, pp. 21 - 76.

4.3 El sentido positivo de la instrumentalidad: eficacia o efectividad

El aspecto positivo de la instrumentalidad alude a la eficacia o efectividad del sistema procesal⁵¹⁴. En términos generales la eficacia del sistema es la capacidad de éste para alcanzar los fines para los cuales está destinado. Si la instrumentalidad implica que la justicia civil es un medio para alcanzar ciertos fines, entonces, la eficacia supone que ésta debe ser capaz de alcanzar aquellos objetivos. En palabras de Dinamarco, debe ser apta “para cumplir integralmente su función sociopolítica-jurídica, alcanzando a plenitud todos sus propósitos institucionales”⁵¹⁵. En consecuencia, la eficacia es la aptitud o idoneidad del sistema procesal para alcanzar sus objetivos⁵¹⁶.

4.4 Eficacia, efectividad y eficiencia en el Derecho procesal civil

A. Distinciones necesarias

Antes de seguir profundizando en este aspecto positivo de la instrumentalidad es necesario hacer algunas distinciones terminológicas y conceptuales entre los términos “efectividad” y “eficacia”. Además, aprovecharemos la ocasión para distinguir las también del concepto de “eficiencia” que es el segundo fundamento de la flexibilidad. Las razones que justifican este esfuerzo aclaratorio son varias:

(1) Desde un punto de vista semántico, se trata de términos que están estrechamente relacionados entre sí. En algún sentido “efectividad” es equivalente a “eficacia” y se pueden usar como expresiones sinónimas. Sin embargo, en otra acepción estos términos no son equivalentes. Estas relaciones entre significados se producen tanto en el idioma español como en inglés.

La expresión “eficiencia” también presenta varias dificultades. En idioma español, aunque “eficiencia” no es equivalente a los conceptos de

⁵¹⁴ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 457 y ss.; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 44 – 46.

⁵¹⁵ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 466.

⁵¹⁶ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 460, 466; DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, pp. 44 – 46, 68; BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”, en *Temas de direito processual*, 1984, p. 27; RAMOS MÉNDEZ, “La eficacia del proceso”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1982, p. 99; FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, pp. 8 y 26; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, p. 46.

“efectividad” o “eficacia”, sí tiene una definición que la acerca bastante a ésta última. Por su parte, como veremos más adelante, en idioma inglés la expresión “eficiencia” es sinónimo de “efectividad” y “eficacia”. Por último, existe una dificultad adicional, pues hay conceptos de “eficiencia” de carácter técnico en el ámbito de la economía y la administración que en alguna forma difieren del sentido natural de la expresión.

(2) En segundo lugar, la distinción es necesaria pues, como mostraremos a continuación, no parece existir claridad en la doctrina procesal sobre qué debe entenderse por efectividad, eficacia y eficiencia⁵¹⁷. Además, los autores no son conscientes de la diferencia entre ellos y muchas veces confunden estos conceptos⁵¹⁸.

Así por ejemplo, el libro *Para un proceso civil eficaz*⁵¹⁹ recoge diversas conferencias dictadas en Barcelona en la década del ochenta precisamente sobre la eficacia del proceso y en ellas es posible identificar diversas formas de entender este término. Almagro Nosete sostiene que “la interpretación del concepto 'efectividad' referido a la tutela judicial que consagra el antes mencionado art. 24 de la Constitución, hace pensar que esta efectividad significa ausencia de condicionamientos previos que obstaculicen o entorpezcan la posibilidad de actuar por vía jurisdiccional”⁵²⁰. Para de Anzizu Furest, el concepto de eficacia supone “combinación del factor humano, factor tiempo, y factor coste...”⁵²¹. En relación con el proceso civil alemán Grunsky sostiene que: “El tema de la eficacia de una Ley solo puede ser abordado desde la perspectiva de su finalidad: cuanto mejor cumpla con su cometido, tanto más eficaz será. Para el Derecho Procesal Civil esto significa que debe estar muy clara la finalidad a que responde el proceso, y

⁵¹⁷ Véase DA FONSECA COSTA, “As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência”, *Revista de Processo*, 2005, pp. 275 – 301.

⁵¹⁸ Un intento de distinción conceptual entre estos conceptos en el ámbito de la racionalidad legislativa, en nuestra opinión no logrado satisfactoriamente, puede verse en: KARPEN, “Efficacy, effectiveness, efficiency: from judicial to managerial rationality”, en MESSERSCHMIDT; OLIVER-LALANA, *Rational lawmaking under review. Legisprudence according to the german Federal Constitutional Court*, 2016, pp. 295 – 313. Para un análisis de los distintos usos de la expresión “eficiencia de las normas” (algunos relacionadas con la eficiencia) en el contexto de la filosofía y teoría general del Derecho, véase HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, 2003, *passim*.

⁵¹⁹ RAMOS MÉNDEZ (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, 1982.

⁵²⁰ ALMAGRO NOSETE, “Garantías constitucionales del proceso civil”, en RAMOS MÉNDEZ (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, 1982, p. 18.

⁵²¹ DE ANZIZU FUREST, “Aspectos sociológicos de la ley de enjuiciamiento civil: duración y coste del proceso”, en RAMOS MÉNDEZ (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, 1982, p. 37.

esto es precisamente lo que falta”⁵²². Perrot, para el caso francés, afirma que el “factor 'tiempo' constituye en la actualidad uno de los problemas que más gravemente afectan a la eficacia del proceso. En la mayor parte de los casos, una justicia lenta, aunque esté bien administrada, es una justicia ineficaz. La rapidez de la justicia se ha convertido en una de las condiciones necesarias para su eficacia; en todo caso, es el problema que más preocupa a la opinión pública”⁵²³. “Pero la rapidez de la justicia no es el único parámetro de la eficacia del proceso. Son tres los requisitos que la justicia debe reunir para que pueda atribuírsele el calificativo de eficaz: A) fácil accesibilidad; B) correcta instrucción; y C) rapidez”⁵²⁴. Por su parte, Cortés Domínguez afirma que “...el proceso será eficaz si puede proporcionar al juez un medio adecuado para poder fijar con claridad la posición de cada una de las partes y para poder adquirir la certeza de las distintas posiciones; todo ello unido a la posibilidad de control de la pureza procesal”⁵²⁵. Por último, en las conclusiones del libro, Ramos Méndez utiliza la expresión “eficacia” para referirse a la efectividad de la tutela judicial del art. 24 CE. Luego entiende que, en España, la ineficacia del proceso civil depende “de la deficiente organización judicial, de la escasez e inadecuada distribución de los medios personales y materiales a su servicio y de la multiplicidad de leyes extravagantes que inciden gravemente sobre el principio de seguridad jurídica”⁵²⁶.

Carocca Pérez estima que, de acuerdo al art. 24 de CE, la tutela que deben brindar los tribunales no puede ser cualquiera, “otorgada de cualquier manera y en cualquier tiempo, sino que tendrá que ser <<real y oportuna>>, esto es, *efectiva*”⁵²⁷.

Dos Santos Bedaque entiende la efectividad del proceso como la “aptitud para producir concretamente los resultados que se esperan de

⁵²² GRUNSKY, “Reflexiones sobre la eficacia del Derecho procesal civil en Alemania”, en RAMOS MÉNDEZ (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, 1982, p. 143.

⁵²³ PERROT, “La eficacia del proceso civil en Francia”, en RAMOS MÉNDEZ (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, 1982, p. 190.

⁵²⁴ PERROT, “La eficacia del proceso civil en Francia”, en RAMOS MÉNDEZ (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, 1982, p. 184.

⁵²⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, “La eficacia del proceso de declaración”, en RAMOS MÉNDEZ (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, 1982, p. 124.

⁵²⁶ RAMOS MÉNDEZ (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, 1982, p. 259.

⁵²⁷ CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, 1998, p. 135.

aquél”⁵²⁸ y luego agrega que “*proceso efectivo* es aquel que, observando el equilibrio entre los valores *seguridad* y *celeridad*, proporciona a las partes el resultado deseado por el derecho material”⁵²⁹.

Cavani por su parte, entiende que: “El proceso civil contemporáneo, visto a través de los derechos fundamentales, tiene que ser un proceso civil *de resultados*; es decir, el proceso debe ser capaz de otorgar una tutela lo más próximo posible a las exigencias del derecho material. Existe, por tanto, un *derecho* que toda persona tiene a que el proceso satisfaga su necesidad de justicia trayendo un resultado en el plano de los hechos, se trata del *derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*”⁵³⁰.

Sánchez Álvarez, distingue entre eficacia y eficiencia como conceptos diferentes: “De una forma más concisa, puede sintetizarse este extremo expresando que eficacia implica la consecución de los objetivos propuestos por cualquier entramado organizativo con su actividad, mientras la eficiencia conlleva esa misma obtención con la mayor economía de recursos posibles. La eficiencia describe la relación entre dos magnitudes que serían: De un lado, la producción física de un bien o servicio y, de otro, los recursos utilizados para lograrlo. La eficacia se refiere al grado de cumplimiento de los objetivos planificados, pero al margen de la consideración de los recursos financieros al efecto empleados”⁵³¹.

Cappelletti también distingue entre efectividad y eficiencia. Según el autor: “Existe una sutil pero profunda diferencia, e incluso una estricta conexión, entre efectividad y eficiencia: la primera concierne a las partes, su acceso a la maquinaria de protección; el último se refiere, en cambio, a la manera en la cual esa maquinaria trabaja”⁵³².

Un ejemplo de falta de claridad sobre estos conceptos lo encontramos en la obra de Alvaro de Oliveira referida al formalismo procesal. El autor considera a la efectividad como un fin o valor del proceso, conjuntamente con la justicia material, la paz social, la seguridad y el debido proceso. Sin embargo, entiende que la efectividad sería un valor instrumental respecto de

⁵²⁸ DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, pp. 44 – 46. En sentido similar, véase también, RAMOS MÉNDEZ, “La eficacia del proceso”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1982, p. 99; DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 460.

⁵²⁹ DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, p. 68.

⁵³⁰ CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, p. 66.

⁵³¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *La desnaturalización del proceso*, 2013, p. 50.

⁵³² CAPPELLETTI, “Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad”, *Revista de Processo*, 1991, p. 149.

los valores de justicia material y la paz social⁵³³. Luego, parece entender que la efectividad está referida a la posibilidad de que el Derecho material se realice en la práctica, es decir, con la aplicación práctica del Derecho material a los casos concretos por medio del proceso. Sin embargo, luego relaciona la efectividad con la duración del proceso, el contenido de los pronunciamientos, la justicia del caso concreto y las garantías del proceso legal⁵³⁴. Por último, afirma que la preocupación por la efectividad “colabora al mismo tiempo en la creación de nuevos medios jurisdiccionales, más eficientes, eficaces y congruentes con la tutela de la pretensión procesal ejercida”⁵³⁵. Luego en otro trabajo considera que la tutela jurisdiccional efectiva sería un medio para alcanzar el fin del proceso que sería la justicia material del caso concreto⁵³⁶.

Otro ejemplo paradigmático es la monografía: *La justicia y su eficacia. De la Constitución al proceso* de Álvarez Sacristán⁵³⁷. Algunas veces parece que eficacia de la justicia es aplicación de las normas jurídicas⁵³⁸. Otras veces parece que identifica eficacia con justicia como si fueran lo mismo⁵³⁹. Luego identifica justicia con democracia⁵⁴⁰. Considera que para alcanzar la “justicia judicial eficaz” es condición necesaria el debido proceso⁵⁴¹. También considera necesaria la cosa juzgada⁵⁴². Luego, también hace sinónima efectividad y eficacia⁵⁴³. Incluso llega a afirmar que: “Para nosotros la justicia es eficaz cuando lo es el proceso debido”⁵⁴⁴. Como se puede apreciar, resulta sintomático del problema conceptual que estamos analizando, que

⁵³³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2007, pp. 140 y 141.

⁵³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2007, pp. 155 – 162.

⁵³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, 2007, pp. 156 y 157, véase también, del mismo autor, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho*, 2009, pp. 193 – 197; “Efectividad y proceso de conocimiento”, *Revista Jurídica del Perú*, 2009, pp. 277 – 288.

⁵³⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, 2009, p. 197.

⁵³⁷ ÁLVAREZ SACRISTÁN, *La justicia y su eficacia. De la Constitución al proceso*, 1999.

⁵³⁸ *Ibídem*, pp. 15 y 17.

⁵³⁹ *Ibídem*, p. 15.

⁵⁴⁰ *Ibídem*, p. 23.

⁵⁴¹ *Ibídem*, p. 29.

⁵⁴² *Ibídem*, p. 154.

⁵⁴³ *Ibídem*, p. 158.

⁵⁴⁴ *Ibídem*, p. 10.

una monografía especialmente destinada a estudiar la eficacia de la justicia presente tal confusión conceptual.

A partir de este pequeño repaso por la doctrina procesal civil se confirman las dificultades manifestadas al comienzo. Por una parte, no existe claridad conceptual sobre qué debe entenderse por efectividad, eficacia y eficiencia. Y por el otro, muchas veces los autores no son conscientes de las diferencias entre estos conceptos. Estas dos dificultades justifican, en esta parte de la investigación, un esfuerzo de clarificar y explicar analíticamente las diferencias entre estos conceptos.

(3) Esta confusión se proyecta también al análisis jurídico pues afirmar la efectividad de algo requiere un análisis completamente diferente del necesario para afirmar su eficacia o su eficiencia, cuando estas expresiones no son sinónimas. Este problema produce algunas dificultades⁵⁴⁵ ya sea al referirse a la efectividad, eficacia o eficiencia del sistema judicial, o bien, en el campo más acotado referido al derecho a la tutela judicial efectiva. De esta manera, en la doctrina procesal es posible encontrar construcciones y análisis jurídicos bastante diversos en relación con la eficacia en materia judicial.

Así por ejemplo, Ramos Méndez, entiende que, desde un punto de vista positivo, la garantía constitucional de tutela efectiva significa que el juicio debe ser eficaz. “Este contenido constitucional de eficacia es todo un programa y un reto para revisar si el juicio, en todas sus fases, cumple con los fines que se le han asignado dentro del sistema procesal y que el ciudadano, razonablemente, espera obtener”⁵⁴⁶. De acuerdo al autor, el principio constitucional de eficacia del proceso implica que éste “debe ser útil para lo que está previsto, que el proceso debe alcanzar sus objetivos, en una palabra, que el proceso debe ser eficaz”⁵⁴⁷.

Luego, al referirse al contenido de la idea de eficacia identifica como garantías el acceso a los tribunales, el normal funcionamiento de los tribunales, la duración razonable del proceso, el costo económico

⁵⁴⁵ El art. 103 de la CE consagra el principio de eficacia respecto de la actuación administrativa. Sin embargo, a pesar de la consagración expresa, tampoco parece existir claridad sobre el concepto de eficacia y sus implicaciones. Véase por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, 2016, pp. 70 – 74; SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 2016, pp. 134 – 135; GAMERO CASADO; FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 2016, p. 93.

⁵⁴⁶ RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2013, p. 407.

⁵⁴⁷ RAMOS MÉNDEZ, “La eficacia del proceso”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1982, p. 99.

soportable, el cumplimiento de las resoluciones judiciales⁵⁴⁸. Posteriormente agrega que la eficacia se extiende a todas las fases del juicio y sus sucesivas instancias, lo que supone además, el derecho al recurso establecido en la ley⁵⁴⁹.

Fix-Fierro entiende la efectividad de la justicia como “la capacidad de alcanzar los objetivos para los cuales los tribunales han sido establecidos”⁵⁵⁰. Además, señala que los tribunales son efectivos cuando cumplen con ciertos requerimientos:

“Diseño institucional: los tribunales deben ser organizados e investidos con poderes apropiados para el cumplimiento de sus funciones. *Jueces y empleados judiciales:* los jueces y el resto del personal judicial debe ser apropiadamente entrenado y elegido, y se les debe ofrecer trabajos atractivos y con incentivos para hacer carrera. *Selectividad:* los tribunales deben ser capaces de seleccionar y manejar casos considerados ‘relevantes’ desde un punto de vista social. *Capacidad de procesamiento:* los tribunales deben tener la capacidad suficiente para resolver casos en un tiempo oportuno. *Profesión legal:* el adecuado desempeño de los tribunales requiere de abogados entrenados capaces de interactuar con ellos y evaluar su trabajo. *Legitimidad:* los tribunales requieren un grado mínimo de credibilidad y visibilidad social”⁵⁵¹.

Barbosa Moreira afirma que la efectividad puede entenderse como “aptitud de un medio o instrumento para realizar los fines o producir los efectos que se le ordenan”⁵⁵². Además sostiene que, a pesar de las diferencias legítimas entre los autores, existe algún grado de consenso respecto a los requisitos básicos que el proceso debe satisfacer para ser considerado efectivo: El proceso debe tener instrumentos de tutela adecuados para la tutela de los derechos; esos instrumentos deben poder ser utilizables en la práctica cualesquiera sean los sujetos involucrados; debe asegurar las condiciones necesarias para la reconstrucción de los hechos; debe asegurar a la parte victoriosa la utilidad y disfrute pleno de aquello a

⁵⁴⁸ RAMOS MÉNDEZ, “La eficacia del proceso”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1982, pp. 100 y ss.

⁵⁴⁹ RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2010, pp. 407 y ss. Sobre la evolución del pensamiento del Profesor Ramos Méndez en relación con la eficacia, véase RAMOS ROMEU, “En busca de la tutela judicial efectiva por la obra del profesor Ramos Méndez”, [inédito].

⁵⁵⁰ FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, pp. 8 y 26.

⁵⁵¹ FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, p. 26.

⁵⁵² “... aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena”. Cfr. BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”, en *Temas de direito procesual*, 1984, p. 27.

que tiene derecho; y debe lograr alcanzar estos resultados con un mínimo gasto de tiempo y energías⁵⁵³.

Gimeno Sendra señala que: “En nuestra sociedad contemporánea, y con arreglo a la jurisprudencia establecida por nuestros más altos tribunales..., puede afirmarse que una Administración de Justicia es eficaz cuando en ella concurren las siguientes garantías o notas esenciales:

“a) Libre ejercicio del derecho de acción y de defensa, b) Solución del conflicto en un plazo razonable (sin dilaciones indebidas) por un órgano independiente y mediante la aplicación del Derecho a la relación jurídico-material debatida, y c) Existencia en los procesos de unas medidas cautelares y de ejecución que posibiliten la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos (cfr. arts. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, 6 y 13 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos).

La idea, pues, de la eficacia de la justicia se encuentra en la actualidad íntimamente ligada a la de un modelo de proceso que, sin olvidar sus principios consustanciales (contradicción, igualdad de armas, dispositivo en las democracias occidentales), posibilite una rápida solución del conflicto, mediante el descubrimiento de la relación jurídico-material debatida y la aplicación a ella del derecho objetivo, y con los mínimos costes para las partes. Celeridad, economía y justicia material, conforman los nuevos postulados del modelo procesal del Estado Social de Derecho, que se han venido a superponer a los ya clásicos del liberalismo”⁵⁵⁴.

Redondo sostiene que el procedimiento se puede considerar eficiente cuando se han cumplido dos deberes:

“(i) *efficiency*, esto es, el deber de obtener el máximo de un objetivo (finalidad) con un mínimo de esfuerzos y recursos (semejándose, en este aspecto, a la *economía procesal*) e (ii) *effectiveness*, es decir, el deber de, con un único medio, alcanzar el resultado (objetivo) al máximo (aproximándose, de algún modo, a la noción de *efectividad*)”⁵⁵⁵.

Otro ejemplo, en que el aspecto conceptual influye en el análisis jurídico lo encontramos en el trabajo de Hunter Ampuero: “Rol y poderes del

⁵⁵³ BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”, en *Temas de direito processual*, 1984, pp. 27 y 28.

⁵⁵⁴ GIMENO SENDRA, “Causas históricas de la ineficacia de la justicia”, en WEDEKIND (ed.), *Justice and efficiency. General reports and discussions. The Eighth World Conference on Procedural Law*, 1989, p. 19.

⁵⁵⁵ “(i) *efficiency*, isto é, o dever de obter o máximo de um objetivo (finalidade) com um mínimo de esforços e recursos (assemelhando-se, nesse aspecto, à economia processual); e (ii) *effectiveness*, qual seja, o dever de, com um único meio, alcançar o resultado (objetivo) ao máximo (aproximando-se, de algum modo, da noção de efetividade)”. REDONDO, “Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes”, *Revista Jurídica UNIGRAN*, 2013, p. 103.

juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”⁵⁵⁶. Como se desprende del título, en dicho trabajo el autor busca justificar los poderes del juez en la eficiencia del proceso. Para ello el autor adopta una postura en torno a los objetivos de la justicia civil, según la cuál éste tiene como fin la adopción de decisiones justas⁵⁵⁷. Pero además identifica también como fines un proceso a bajo costo y en un tiempo razonable⁵⁵⁸.

Al referirse a la eficiencia, el autor relaciona el objetivo de la justicia civil con los costos y el tiempo:

“Desde esta perspectiva creo razonable entender que la eficiencia del proceso está definida por ese doble juego: por un lado, alcanzar la verdad como sustrato de aplicación de la norma jurídica, y; por el otro, constituirse como un cauce racional y económico que, sin olvidar su finalidad esencial, permita hacer frente a la demanda de justicia. Lograr el justo equilibrio en esta relación es una tarea compleja que exige un estándar elevado de justificación de la regla legal que se aleja de un valor para aproximarse al otro.

Es en esta relación donde calzan los poderes del juez al contribuir significativamente a alcanzar ambos fines. Tanto los que miran el gobierno externo del proceso como aquellos que influyen en el contenido de la decisión permiten acercarse a los ideales de eficiencia en la consecución de los fines. A eso me dedicaré las líneas que siguen, es decir, a justificar que los poderes del juez permiten hacer del proceso una herramienta altamente eficiente⁵⁵⁹.

Como parece desprenderse de esta cita, de acuerdo al autor el análisis de la eficiencia del proceso exige un equilibrio entre diversos fines: justicia de la decisión, costos y tiempos del proceso. Sin embargo, como mostraremos en los apartados siguientes, la eficiencia es un concepto que relaciona ciertos fines con los medios utilizados para alcanzarlos. El concepto no denota una relación equilibrada entre diversos fines. Pero además, el autor en otro lugar, parece entender la eficiencia en un sentido diverso, como la capacidad de algo de alcanzar ciertos fines:

La pregunta por la eficiencia del proceso no puede contestarse sin recurrir a los fines. Un proceso no puede ser considerado eficiente o ineficiente por sí solo, sino en cuanto permite acercarse a un determinado objetivo que orienta la actividad procesal. De ahí la importancia de adjudicar al proceso un determinado fin, puesto

⁵⁵⁶ HUNTER AMPUERO, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2011, pp. 73 – 101.

⁵⁵⁷ HUNTER AMPUERO, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2011, pp. 76 – 86.

⁵⁵⁸ HUNTER AMPUERO, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2011, pp. 86 – 87.

⁵⁵⁹ HUNTER AMPUERO, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2011, p. 87.

solo así es posible medir su eficiencia. Sin una finalidad no es posible medir la eficiencia y sin esta tampoco es posible alcanzar esa finalidad⁵⁶⁰.

Como desarrollaremos en extenso en los apartados siguientes, el concepto (1) entendido como la capacidad o aptitud de algo para alcanzar los fines para los cuales ha sido establecido y el concepto (2) entendido como la relación óptima entre ciertos objetivos y los medios utilizados para alcanzarlos, son diferentes. Sin embargo, como mostramos con las citas anteriores, el autor se refiere a ambos conceptos bajo el término “eficiencia”.

Como se puede apreciar de la breve descripción anterior, todos estos autores realizan análisis diversos para lograr determinar la eficacia de alguna institución procesal o del sistema en su conjunto. Se trata de otra manifestación más de la confusión existente sobre este relevante concepto procesal.

B. Eficacia y efectividad

De acuerdo al diccionario de la RAE la eficacia es la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”⁵⁶¹. En lengua inglesa, el término equivalente es “efficacy”, que de acuerdo al *Oxford English Dictionary* es el “poder o capacidad de producir efectos; poder de llevar a cabo el objetivo previsto”⁵⁶². Por su parte, “*effectual*” (equivalente a eficaz) es un adjetivo que califica a algo: “Que produce su efecto previsto, o adecuadamente responde a su propósito”⁵⁶³. En consecuencia, algo es eficaz cuando es capaz de alcanzar el o los efectos para los cuales existe.

Sin embargo, debemos advertir que la doctrina procesal de habla inglesa no acostumbra usar estos términos y prefiere la expresión “*effective*”, según se explicará a continuación al referirnos a la efectividad.

En cuanto al término “efectividad”, el diccionario de la RAE, lo define como: “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”, y además,

⁵⁶⁰ HUNTER AMPUERO, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2011, p. 86, véase también, p. 89.

⁵⁶¹ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española*, 2014, voz “eficacia”, p. 865.

⁵⁶² “*Power or capacity to produce effects; power to effect the object intended*”. Cfr. *The Oxford English Dictionary*, 1991, voz “efficacy”, p. 83.

⁵⁶³ “*That produces its intended effect, or adequately answers its purpose*”. Cfr. *The Oxford English Dictionary*, 1991, voz “effectual”, p. 80.

como “realidad, validez”⁵⁶⁴. Por su parte, “efectivo”, es un adjetivo que califica algo que es “real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal”. Además, en una segunda acepción el término “efectivo” también es sinónimo de eficaz⁵⁶⁵, es decir, algo que tiene eficacia⁵⁶⁶. En consecuencia, en idioma español el término “efectivo” tiene dos sentidos diferentes. En un primer sentido, algo es efectivo cuando es real y verdadero, y no simplemente nominal. En el segundo sentido, algo es efectivo cuando es capaz de lograr los efectos que de él se esperan o desean.

Esta duplicidad de significados de los términos “efectividad” y “efectivo” también se produce en idioma inglés aunque en este caso con una complicación adicional. “*Effectiveness*” de acuerdo a *The Oxford English Dictionary* es la cualidad de ser efectivo⁵⁶⁷. El término “*effective*”, por su parte, es un adjetivo que en una de sus acepciones significa “real, *de facto*; existente en los hechos;” referido a los efectos. Frecuentemente opuesto a potencial o nominal⁵⁶⁸. Además, en varias de sus demás acepciones hace referencia a la idea de producción de efectos o resultados. Así por ejemplo se define “*effective*” como “preocupado de los resultados o que tiene un efecto”, “potente en efectos, eficiente, efectivo”⁵⁶⁹. Como se puede apreciar, los términos “*effectiveness*” y “*effective*” pueden reconducirse a los dos significados también existentes en idioma español, como real y verdadero en oposición a nominal, y además, como eficaz.

La complicación adicional consiste en que en idioma inglés también se puede utilizar el término “*efficient*” para referirse a estas ideas. Sobre este aspecto nos referiremos en el apartado siguiente.

⁵⁶⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española*, 2014, voz “efectividad”, p. 840.

⁵⁶⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española*, 2014, voz “efectivo”, p. 840.

⁵⁶⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española*, 2014, voz “eficaz”, p. 840.

⁵⁶⁷ “*The quality of being effective (in various senses)*”. Cfr. *The Oxford English Dictionary*, 1991, voz “*effectiveness*”, p. 80.

⁵⁶⁸ “*Actual, de facto; existing in fact; that is ... so far as the effect is concerned. Freq. opposed to potential, nominal*”. Cfr. *The Oxford English Dictionary*, 1991, voz “*effective*”, p. 80.

⁵⁶⁹ “*That is attended with result or has an effect*”. “*Powerful in effect; efficient; effectual*”. Cfr. *The Oxford English Dictionary*, 1991, voz “*effective*”, p. 80.

C. Eficiencia

La “eficiencia”, de acuerdo al diccionario de la RAE, es la “capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”⁵⁷⁰. Como se puede apreciar, este concepto se parece a la eficacia pues hace referencia a la capacidad de conseguir un efecto determinado. Sin embargo, se diferencia de esta pues agrega al concepto la referencia a los medios dispuestos para alcanzar aquel efecto.

Por su parte, en idioma inglés, el término equivalente es “*efficiency*”. El *Oxford English Dictionary* define esta expresión, entre otras formas como: “Aptitud o poder para lograr, o éxito en lograr, el propósito pretendido, poder adecuado, efectividad, eficacia”⁵⁷¹. En este caso, en idioma inglés, el concepto de “eficiencia” no es equivalente al del idioma castellano. Sin embargo, sí es sinónimo de “efectividad” y “eficiencia”.

A continuación, analizaremos los conceptos de “eficacia” y “efectividad” en materia procesal. Por su parte, postergaremos el análisis del concepto de “eficiencia” en materia procesal para los próximos apartados destinados a abordar el segundo fundamento de la flexibilidad: la eficiencia de la justicia civil.

D. Eficacia y efectividad en materia procesal

Si llevamos al ámbito procesal las explicaciones de los apartados anteriores sobre los conceptos de “eficacia” y “efectividad”, se desprenden las siguientes posibilidades:

(1) Si utilizamos la definición de “eficacia” en materia procesal y si tenemos en cuenta el carácter instrumental que estamos analizando se puede concluir que la eficacia del sistema procesal es la capacidad de este para alcanzar los fines para los cuales está destinado. Si la instrumentalidad implica que la justicia civil es un medio para alcanzar ciertos fines, entonces, la eficacia supone que ésta debe ser capaz de alcanzar aquellos objetivos. Afirmar que el sistema procesal es eficaz supone que este logra alcanzar sus

⁵⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española*, 2014, voz “eficiencia”, p. 841.

⁵⁷¹ “*Fitness or power to accomplish, or success in accomplish, the purpose intended, adequate power, effectiveness, efficacy*”. Cfr. *The Oxford English Dictionary*, 1991, voz “*efficiency*”, p. 83.

objetivos. En consecuencia, la eficacia es la aptitud o idoneidad del sistema procesal para alcanzar sus objetivos⁵⁷².

Por su parte, utilizar el término “efectivo” en el ámbito procesal puede significar dos cosas diferentes:

(1) Afirmar que el sistema procesal es efectivo quiere decir que éste es real y verdadero, y no simplemente quimérico o nominal. Así por ejemplo, un sistema de justicia en el cual no exista independencia de los jueces y estos sean funcionarios de un gobierno autoritario no sería un sistema efectivo, pues sería simplemente nominal.

(2) Afirmar que un sistema procesal es efectivo puede significar también que este logra alcanzar sus objetivos. Así por ejemplo, un sistema procesal que logre pacificar con justicia, limitar el poder y aplicar el ordenamiento jurídico sería efectivo. En este caso, las expresiones “efectivo” y “eficaz” son sinónimas y equivalentes.

E. Diversas formas de determinar o analizar la eficacia y la efectividad

(1) La “efectividad” en la primera versión supone una constatación. Para saber si el algo es real o verdadero se requiere comprobar empíricamente si existe en la realidad. Es necesario determinar si los elementos que lo conforman concurren en los hechos. Así por ejemplo, para determinar si la jurisdicción es “efectiva” en este sentido es necesario preguntarse si concurren sus elementos propios, como la imparcialidad, independencia, debido proceso, cosa juzgada, etc.

(2) En cambio, afirmar la “efectividad” en el segundo sentido (eficacia) es mucho más complejo. La efectividad así entendida supone analizar conjuntamente tres elementos. (1) Primero, supone identificar ciertos objetivos. (2) Luego requiere identificar un medio o instrumento creado o establecido para alcanzar ese o esos objetivos. (3) Y por último, implica analizar y valorar en qué medida ese medio es apto, es capaz o permite alcanzar aquel o aquellos objetivo. Como se puede apreciar afirmar la efectividad en este segundo sentido, requiere una doble constatación y una valoración.

⁵⁷² DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 460, 466; En sentido similar aunque refiriéndose al proceso, véase RAMOS MÉNDEZ, “La eficacia del proceso”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1982, p. 99.

F. La “efectividad” de la tutela judicial en España

La distinción formulada en el apartado anterior puede parecer irrelevante o artificiosa. Podría pensarse que en el ámbito procesal resulta indiferente utilizar la expresión “efectivo” para referirse a ambos sentidos pues están estrechamente relacionados. Podría pensarse que es prácticamente lo mismo afirmar que el sistema procesal, por un lado es real, verdadero y no nominal, y por el otro, afirmar que es eficaz y que alcanza sus objetivos. Sin embargo, un examen más cuidadoso del asunto, sobre todo de los análisis de la dogmática procesal, deja en evidencia que la distinción no es irrelevante.

Para demostrar la importancia de la distinción tomaremos como ejemplo el derecho fundamental a la tutela judicial “efectiva” establecido en el artículo 24 de la CE⁵⁷³, según el cual: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos...”. En nuestra opinión, la doctrina procesal española que explica y desarrolla este derecho parece no ser consciente de esta distinción. Un examen analítico de sus explicaciones teóricas demuestra esta afirmación.

En efecto, si se quiere utilizar el término “efectiva” como eficacia, se puede hacer referencia a la tutela judicial como medio o como fin:

(1) Tutela judicial como un medio. Si al utilizar la expresión “efectiva” la doctrina procesal española quiere decir que la tutela judicial es un medio debería hacer referencia a sus objetivos. Sin embargo, los autores no mencionan cuáles son esos fines u objetivos que la tutela judicial perseguiría⁵⁷⁴. Si la tutela judicial es efectiva en este primer sentido (eficaz)

⁵⁷³ Sobre el tema véase PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2012, pp. 53 – 109; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Artículo 24: Garantías procesales”, en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, 1996, pp. 24 – 119; DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, 1980, pp. 132 – 143; DE LA OLIVA SANTOS; PEITEADO MARISCAL, *Sistema de tutela judicial efectiva*, 2014, pp. 209 – 236; DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte general*, 2013, pp. 149 – 170; GARBERÍ LLOBREGAT, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2008, *passim*; del mismo autor, *Constitución y Derecho Procesal*, 2009, pp. 115 – 222; MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 209 – 215; NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, pp. 121 – 166; VALLESPÍN PÉREZ, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, 2002, pp. 107 – 144; RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2013, pp. 406 y ss.; CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, 1998, pp. 101 – 158.

⁵⁷⁴ A partir del tenor del Art. 24 CE, algunos mencionan los derechos e intereses legítimos. Sin embargo, no se explica claramente la relación de medio a fin entre tutela judicial y derechos e intereses, ni tampoco parece claro que se aluda a la idea de eficacia. Cfr. DE LA

quiere decir que es capaz de alcanzar ciertos objetivos, pero esos objetivos no se mencionan, ni se analizan. Es decir, existe un doble déficit explicativo pues no resulta claro cuáles serían los objetivos que la tutela debe perseguir ni tampoco se explica en qué medida la tutela judicial permite o es capaz de alcanzarlos.

(2) Tutela judicial como fin. La otra posibilidad es que, al calificar como “efectiva” a la tutela judicial, la doctrina procesal quiere decir que la tutela judicial es el objetivo, y que las garantías de la tutela judicial (acceso a la justicia, pronunciamiento sobre el fondo, derecho al recurso, medidas cautelares, ejecución, etc.⁵⁷⁵), serían los medios para alcanzarla. En este caso, entonces, el calificativo “efectiva” estaría mal utilizado. Pues aquello que es o debería ser efectivo (eficaz) serían esas garantías. Son el acceso a la justicia, el pronunciamiento sobre el fondo, el derecho al recurso, las medidas cautelares y la ejecución las que deberían ser efectivas para alcanzar el objetivo de la tutela judicial.

Como se puede apreciar en este examen analítico, la doctrina española no parece estar refiriéndose a la efectividad de la tutela judicial como eficacia. Si es así como entiende a la tutela judicial incurre en un doble error. Por un lado, presenta el doble déficit explicativo antes mencionado (no señala los objetivos de ésta ni en qué medida son alcanzados) y por el otro, califica erróneamente la tutela judicial como “efectiva”. Por el contrario, en nuestra opinión el análisis antes realizado demuestra que, tal vez sin siquiera ser conscientes, los autores entienden la “efectividad” de la tutela judicial como sinónimo de real o verdadera⁵⁷⁶. En este caso sí tienen sentido

OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte general*, 2013, p. 159; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Artículo 24: Garantías procesales", en ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, 1996, p. 30.

⁵⁷⁵ PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2012, pp. 53 – 109; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Artículo 24: Garantías procesales", en ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, 1996, pp. 36 – 47; DE LA OLIVA SANTOS; PEITEADO MARISCAL, *Sistema de tutela judicial efectiva*, 2014, pp. 225 – 229; DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte general*, 2013, pp. 149 – 155; GARBERÍ LLOBREGAT, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2008, pp. 18 – 20; 27 – 248; MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 209 – 215.

⁵⁷⁶ Así lo señala expresamente Francisco Chamorro. Cfr. CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, 1994, p. 276. De La Oliva destaca la poca utilidad de esta acepción para la comprensión del precepto. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, 1980, pp. 135 y 136; Carroca Pérez estima que la efectividad implica una tutela “real y oportuna”. Cfr. CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, 1998, p. 135.

las explicaciones comunes sobre la tutela judicial efectiva. De hecho, las garantías que se deducen de dicha cláusula constitucional apuntan en el sentido de que la tutela judicial de los tribunales sea real y verdadera.

Así por ejemplo, para que la tutela judicial sea real se debe asegurar a las personas el acceso a los tribunales de justicia. Para que esa tutela judicial sea verdadera tiene que existir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto fundado en derecho. Para que ese pronunciamiento resulte ser real y verdadero es necesario que existan mecanismos para asegurar que se cumpla en los hechos (medidas cautelares), y es necesario además que existan mecanismos que permitan llevarla a efecto si no se cumple voluntariamente (derecho a la ejecución). Si no existen estas garantías la tutela judicial no es verdadera sino simplemente quimérica o nominal.

Sin embargo, salvo una relevante excepción⁵⁷⁷, en la doctrina española no hemos encontrado razonamientos que, a partir del art. 24 CE, estén destinados a valorar críticamente o a explicar si la tutela judicial que los tribunales otorgan sirven o no para alcanzar los fines para los cuales está establecida, o bien, si el proceso y sus instituciones son adecuados o no para cumplir sus objetivos.

La gran excepción en este punto es Ramos Méndez, quien a lo largo de su obra ha ido desarrollando acertadamente la noción de efectividad de la tutela judicial⁵⁷⁸, entendiéndola fundamentalmente como eficacia. Según el autor: “Este contenido constitucional de eficacia es todo un programa y un reto para revisar si el juicio, en todas sus fases, cumple con los fines que se le han asignado dentro del sistema procesal y que el ciudadano, razonablemente, espera obtener”⁵⁷⁹. El mismo agrega que el principio constitucional de eficacia del proceso implica que éste “debe ser útil para lo que está previsto, que el proceso debe alcanzar sus objetivos, en una palabra, que el proceso debe ser eficaz”⁵⁸⁰.

Luego, sin referirse a medios ni identificar fines, señala una serie de garantías que la eficacia implicaría, tales como, el acceso a los tribunales, el

⁵⁷⁷ RAMOS MÉNDEZ, “La eficacia del proceso”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1982, pp. 97 – 113; *El sistema procesal español*, 2013, pp. 401 y 402.

⁵⁷⁸ Sobre la evolución del pensamiento del Profesor Ramos Méndez en relación con la eficacia, véase RAMOS ROMEU, “En busca de la tutela judicial efectiva por la obra del profesor Ramos Méndez” [inédito].

⁵⁷⁹ RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2013, p. 407.

⁵⁸⁰ RAMOS MÉNDEZ, “La eficacia del proceso”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1982, p. 99.

normal funcionamiento de los tribunales, la duración razonable del proceso, el costo económico soportable, al cumplimiento de las resoluciones judiciales⁵⁸¹. Posteriormente agrega que la eficacia se extiende a todas las fases del juicio y sus sucesivas instancias, lo que supone además, el derecho al recurso establecido en la ley⁵⁸². Se trata de garantías para que el proceso pueda ser efectivo. Sin embargo, no se extiende mayormente en los objetivos para los cuales el proceso debe ser efectivo.

Para ser justos en la crítica hay que reconocer que el análisis de la doctrina está condicionado por el hecho de tratarse de un derecho fundamental consagrado constitucionalmente. Esto hace que los autores, más que concentrarse en el aspecto conceptual, se preocupan de identificar las garantías que les corresponden a las personas a partir de la cláusula constitucional. Sin embargo, esto no exime de la necesidad de claridad conceptual. El primer paso consiste en esclarecer conceptualmente el significado de la cláusula constitucional, explicando y clarificando, entre otras cosas, el concepto de “efectividad”, para luego, a partir de este concepto, identificar qué garantías se pueden desprender de ella. La razón es que, aunque en muchos casos puedan coincidir, las garantías necesarias para que la tutela judicial sea real o verdadera no necesariamente son las mismas requeridas para que la tutela judicial alcance sus objetivos.

Como se puede apreciar, a partir de este examen analítico hemos concluido que la doctrina procesal española en forma prácticamente unánime entiende la expresión “efectiva” que utiliza el art. 24 CE como “real y verdadera”. Es decir, la tutela judicial necesita de diversas garantías procesales para que ésta sea real y verdadera, y no simplemente quimérica o nominal. Sin embargo, a partir del hecho de que este no es el único sentido que puede atribuirse a la expresión “efectividad” del art. 24 CE, surge la pregunta legítima de si ésta expresión puede ser interpretada o entendida, además, como eficacia⁵⁸³. Esta es claramente la posición de Ramos Méndez. Si el autor está en lo correcto, la flexibilidad procedimental encontraría en la eficacia un fundamento con rango constitucional.

⁵⁸¹ RAMOS MÉNDEZ, “La eficacia del proceso”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1982, pp. 100 y ss.

⁵⁸² RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, Barcelona, 2013, pp. 407 y ss. Véase también, RAMOS ROMEU, “En busca de la tutela judicial efectiva por la obra del profesor Ramos Méndez”, [inédito].

⁵⁸³ Así parece entenderlo Ramos Méndez. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, “La eficacia del proceso”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1982, p. 99.

G. La “efectividad” de la tutela jurisdiccional en Brasil

En la doctrina brasileña y, a partir de ésta, algunos autores de otros países de Sudamérica entienden la “efectividad” de la tutela jurisdiccional en forma diversa. A diferencia de España, la doctrina procesal brasileña, al estudiar la efectividad de la tutela jurisdiccional, sí ha puesto el acento en la efectividad entendida como eficacia, es decir, en la aptitud del proceso, de la técnica procesal y de sus instituciones para alcanzar los fines que le son propios⁵⁸⁴.

Algunos autores, definen la “efectividad” expresamente como la capacidad para alcanzar ciertos objetivos. Así ejemplo, Dinamarco entiende que la efectividad (del proceso) es la “capacidad de agotar los objetivos que lo legitiman en el contexto jurídico-social y político”⁵⁸⁵. Además, como señalamos anteriormente, el autor identifica los diversos objetivos de la justicia civil en el plano social, político y jurídico⁵⁸⁶.

En otros casos, aunque es posible apreciar claramente la racionalidad instrumental propio del análisis de la eficacia, se suele usar constantemente el término “efectividad” en los dos sentidos antes mencionados. Así por ejemplo, existe claridad que el objetivo del proceso es la tutela y protección de los derechos. El derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) exige la efectiva (real) tutela y protección de las posiciones jurídicas establecidas por el derecho material⁵⁸⁷.

“En realidad, la importancia de estudiar el proceso a la luz de las tutelas es tan evidente como la de saber el fin de un instrumento. En este sentido, el fin del proceso debe ser dictado por las necesidades del derecho material. O mejor, por los resultados materiales que el proceso debe generar para atenderlas. Estos resultados son exactamente las tutelas que deben ser prestadas por el proceso.

⁵⁸⁴ Por ejemplo, DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 466 y ss.; DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, pp. 23 – 247; MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2009, *passim*; del mismo autor véase “La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil”, *Revista peruana de Derecho Procesal*, 2003, pp. 263 – 272; *Tutela Inhibitoria*, 2014, *passim*; *Tutela específica de los derechos*, 2008, *passim*. En Chile, MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 110 – 137, 201 – 277, 380 – 389. En Perú véase CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, p. 46.

⁵⁸⁵ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 460, véase también p. 466. Véase también DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, pp. 44 -46, 68. En Perú véase CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, p. 46.

⁵⁸⁶ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 253 – 384.

⁵⁸⁷ MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2009, pp. 173, 176 y 177; “La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil”, *Revista peruana de Derecho Procesal*, 2003, pp. 264 y 265; *Tutela Inhibitoria*, 2014, p. 19; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 110 y 111, 134 – 137, 222, 382.

Resumiendo: no hay cómo dejar de pensar en las tutelas cuando se desea analizar si el proceso, como técnica, está respondiendo a su misión constitucional de dar <<tutela a los derechos>>⁵⁸⁸.

Luego, se requiere que el sistema procesal contemple mecanismos y técnicas procesales efectivos (eficaces) para alcanzar el objetivo de proteger y tutelar esos derechos. Estos medios consisten en formas procedimentales, tipos de sentencias, medios ejecutivos, etc⁵⁸⁹. En palabras de Marinoni:

El derecho a la tutela jurisdiccional... no es sólo el derecho a acudir ante el poder judicial, sino el derecho a utilizar la técnica adecuada para la tutela efectiva del derecho material. En este sentido, el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho a la técnica procesal (por ejemplo, sentencia y medios ejecutivos) capaz de permitir la efectiva tutela del derecho material...

En la actualidad el derecho de acción ya no puede verse como el simple derecho de acudir al Poder Judicial, sino como el derecho a disponer de una técnica procesal realmente capaz de dar tutela al derecho⁵⁹⁰.

Como se puede apreciar, estas explicaciones constituyen otra forma de entender la “efectividad” de la tutela jurisdiccional, la cual parte del concepto de eficacia. Algunos autores definen expresamente la efectividad en términos de eficacia. Mientras que en otros casos se observa claramente la racionalidad instrumental que la eficacia supone. Esto es, se identifican claramente objetivos (tutela y protección de los derechos); se reconocen medios para alcanzarlos (formas procesales, sentencias, medios ejecutivos); y por último, se exige que estos medios sean capaces de alcanzar el objetivos (se exige que sean eficaces).

4.5 Diversos planos de la eficacia

Anteriormente hemos señalado que existen diversos planos de la instrumentalidad. Esto implica que la justicia civil, el proceso, las reglas, las formas y demás instituciones procesales no son fines en sí mismos sino simples medios para alcanzar ciertos objetivos. En consecuencia, si existen diversos planos de la instrumentalidad y si la eficacia es el aspecto positivo de la instrumentalidad, entonces también existen diversos planos de la eficacia

⁵⁸⁸ MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2009, p. 178.

⁵⁸⁹ MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2009, pp. 175 y 176, 227 229, 236 – 274; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 113 -115, 382 - 389.

⁵⁹⁰ MARINONI, *Tutela Inhibitoria*, 2014, p. 62.

Por lo tanto, la eficacia, es decir, la aptitud de algo para alcanzar los objetivos para los cuales ha sido establecido, se puede analizar y eventualmente atribuir, tanto al sistema procesal en su conjunto, al proceso, como asimismo a las normas⁵⁹¹, a las formas procesales y a las demás instituciones propias de esta rama del Derecho⁵⁹². Así por ejemplo, desde un punto de vista general la justicia civil será eficaz en la medida que logre alcanzar los objetivos que se le atribuyan: pacificar con justicia, limitar el poder y aplicar el ordenamiento jurídico. Por su parte, la eficacia también puede analizarse desde un punto de vista particular, en relación con las diversas normas e instituciones procesales. Así por ejemplo, la regulación de la audiencia preparatoria será eficaz si permite que se cumplan sus fines preparatorios, probatorios o compositivos. Del mismo modo, la regulación de la primera notificación será eficaz en la medida que permita al demandado tomar un real conocimiento del juicio iniciado en su contra y hacer valer sus derechos, etc.

En este sentido, se puede afirmar que existe un cierto grado de correspondencia entre la eficacia de las normas e instituciones procesales y la eficacia del sistema en su conjunto siempre que: (1) los objetivos de las distintas normas e instituciones procesales estén de alguna manera alineados y sean coincidentes con los objetivos del sistema; y (2) que las distintas normas e instituciones procesales sean eficaces. En estos casos, la eficacia de las distintas normas e instituciones permitirá alcanzar la eficacia del sistema procesal.

Sin embargo, esta correspondencia es solo gradual, tendencial y no necesaria. La efectividad no es un concepto absoluto sino relativo, de manera que un medio puede ser más o menos eficaz en la medida que los objetivos se alcancen en mayor o menor medida. Es decir, siempre se tratará de una cuestión de grado. Además, no siempre la efectividad de las instituciones procesales producirá como consecuencia la efectividad del sistema. Un sistema procesal, pese a tener instituciones procesales efectivas, puede no alcanzar sus objetivos por diversas razones.

⁵⁹¹ Este tipo de eficacia de las normas procesales no se debe confundir con la eficacia estudiada por la teoría general del Derecho, entendida como el cumplimiento y aplicación de las normas. Sobre este tipo de eficacia de las normas procesales en el Estado liberal de Derecho véase DA FONSECA COSTA, "As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência", *Revista de Processo*, 2005, pp. 277 y ss.

⁵⁹² DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 465; DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, p. 53.

4.6 Eficacia de las normas jurídicas en las ciencias generales del Derecho

Este concepto de eficacia como aspecto positivo de la instrumentalidad explicado en los apartados anteriores no se debe confundir con el concepto de eficacia generalmente analizado por las ciencias generales del Derecho. En la filosofía y en la teoría general del Derecho se entiende por eficacia de las normas, generalmente⁵⁹³, el cumplimiento y aplicación de estas por los sujetos a quienes van dirigidas (personas y órganos de aplicación)⁵⁹⁴.

Aunque existe alguna relación entre ellos se trata de conceptos diferentes que deben diferenciarse. En palabras de Squella, "... la eficacia de las normas jurídicas debe ser distinguida de la efectividad [entiéndase eficacia] de éstas. La efectividad de una norma jurídica consiste en la obtención de los fines que ella persigue y no en el simple obedecimiento y aplicación regulares que la norma encuentre de parte de sujetos normativos y órganos jurisdiccionales"⁵⁹⁵. Para determinar la eficacia en el primer sentido se requiere identificar los objetivos buscados por las normas y luego determinar si ellas permiten alcanzarlos o no. En cambio, la eficacia en el segundo sentido requiere analizar fácticamente si las normas se han cumplido o no por sus destinatarios.

Es cierto que las normas jurídicas por definición buscan ser cumplidas. Por eso podría afirmarse de alguna manera que el propósito inmediato de cada norma es ser cumplida⁵⁹⁶. Sin embargo, las normas no se dictan con el solo fin de ser cumplidas, sino que buscan alcanzar fines ulteriores. En este caso podría afirmarse que la eficacia de las ciencias generales del Derecho se refiere al propósito inmediato (el cumplimiento), mientras que la eficacia de las normas procesales a las cuales nos referimos en los apartados anteriores se refiere a los fines y objetivos ulteriores.

⁵⁹³ Algunos autores, sin embargo, también han estudiado la eficacia de las normas como cumplimiento de sus fines. Así por ejemplo, Liborio Hierro se refiere a la eficacia como éxito. Es decir, la eficacia sería el éxito de la norma en cuanto permite cumplir el estado de cosas que quien ha dictado la norma se propone. Cfr. HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, 2003, pp. 20, 160 y ss., en especial nota 17.

⁵⁹⁴ Sobre el tema de la eficacia para las ciencias generales del Derecho véase: KELSEN; BULYGIN; WALTER, *Validez y eficacia del Derecho*, 2005, *passim*; BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, 1999, pp. 20 – 38; HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, 2003, pp. 71 – 159; VILAJOSANA, *El Derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, 2010, pp. 179 y ss.; SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, pp. 342 y ss. Sobre este tipo de eficacia de las normas procesales en el Estado liberal de Derecho véase DA FONSECA COSTA, "As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência", *Revista de Processo*, 2005, pp. 277 y ss.

⁵⁹⁵ SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, p. 343.

⁵⁹⁶ HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, 2003, pp. 14 – 17.

Así por ejemplo, las normas que establecen requisitos a los actos de postulación de las partes en el proceso pueden ser eficaces en el segundo sentido si las partes litigantes las cumplen y, en caso contrario, si los órganos jurisdiccionales aplican las consecuencias jurídicas para el caso de incumplimiento. En cambio, estas normas serán eficaces en el primer sentido si permiten alcanzar los fines por ellas buscadas, esto es, serán eficaces si permiten que exista claridad para el juez y los litigantes respecto de los diferentes aspectos del objeto del juicio y de las diferentes peticiones de ambas partes.

4.7 Justificación de la eficacia

Al comienzo de este capítulo explicamos que una de las hipótesis de esta investigación es que la flexibilidad procedimental tiene como uno de sus fundamentos la eficacia. Esto quiere decir que la flexibilidad puede justificarse en la necesidad de eficacia.

Sin embargo, uno podría ir un paso más atrás y preguntarse por la justificación de la eficacia. Con base en qué razón o razones afirmamos la necesidad de eficacia ¿Porqué el sistema judicial debe ser eficaz? ¿Qué es aquello que justifica la eficacia? En este aspecto es posible esbozar dos posibles respuestas:

(1) Una respuesta de tipo jurídica podría consistir en identificar como fundamento la expresión “efectividad” que es posible encontrar en algunas constituciones, como por ejemplo el art. 24 de la Constitución española o el art. 24 de la Constitución italiana, siempre que dicha expresión se entienda como eficacia (capacidad de algo para alcanzar sus objetivos). O bien, derivarla de las cláusulas constitucionales abiertas que se refieren a las exigencias del debido proceso. Otra opción sería fundar la efectividad en la expresión “*effective remedy*”, u otras similares existentes en algunos instrumentos internacionales, tales como, el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Sin embargo, existe una forma más simple de fundamentar la exigencia de eficacia. Se trata de una justificación de carácter conceptual. Anteriormente, hemos afirmado que el proceso y la justicia civil son instrumentales. Esta afirmación no suele ser discutida y constituye un lugar común en la doctrina procesal. Esta característica es asumida sin mayores cuestionamientos. Si esto es así, si la justicia civil es instrumental, si no es un

fin en sí misma sino un medio para alcanzar ciertos fines ajenos a ella, entonces, la justificación de la eficacia deriva de este mismo carácter instrumental. Si la justicia civil es un instrumento que busca alcanzar ciertos fines, entonces, debe ser apta para alcanzar los fines para los cuales fue establecido, es decir, debe ser eficaz.

4.8 El sentido positivo de la instrumentalidad: la eficacia y sus implicaciones

Como señalamos anteriormente, el aspecto positivo de la instrumentalidad alude a la eficacia o efectividad del sistema procesal⁵⁹⁷. En términos generales la eficacia del sistema es la capacidad de éste para alcanzar los fines para los cuales está destinado. Si la instrumentalidad implica que la justicia civil es un medio para alcanzar ciertos fines, entonces, la eficacia supone que ésta debe ser capaz de alcanzar aquellos objetivos. Es decir, la eficacia como imperativo exige que los objetivos previstos sean alcanzados y que los medios utilizados sean adecuados para cumplirlos. De acuerdo a los objetivos fijados en el primer apartado de este capítulo, la eficacia del sistema procesal exige que este logre pacificar con justicia, limitar y controlar el poder y aplicar el ordenamiento jurídico.

4.9 El sentido positivo de la instrumentalidad (eficacia) y flexibilidad

Llegados a este punto, comprender y explicar la fundamentación que la eficacia confiere a la flexibilidad es bastante simple. Conceptualmente hablando, la eficacia es la aptitud de un medio (el sistema judicial, el proceso y demás instituciones procesales) para alcanzar los fines para los cuales existe. De esta manera, la eficacia como imperativo exige que los objetivos previstos sean alcanzados y que los medios sean adecuados para cumplirlos.

Por lo tanto, si la eficacia exige que los fines sean alcanzados y que los medios sean adecuados para obtenerlos, entonces, la flexibilidad de las normas procesales resulta necesaria y razonable. En la medida que la flexibilidad permite la adaptación de la reglamentación procesal a las características de cada caso concreto, esto contribuye a una mejor adecuación de los medios a los objetivos perseguidos y, en consecuencia, confiere mayores posibilidades de cumplirlos.

⁵⁹⁷ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 457 y ss.; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 44 - 46.

Esta misma explicación es la que fórmula Damaska cuando se refiere a la reglamentación jurídica de un modelo procesal que va más allá de la simple resolución de conflictos y que reconoce otros objetivos sociales:

“Los arquitectos del proceso de implementación de políticas luchan por diseñar reglas y reglamentos procesales que faciliten el logro de resultados certeros. Pero por más que lo intentan, es imposible diseñar procedimientos perfectos que, seguidos al pie de la letra, den inexorablemente resultados correctos basados en los méritos del proceso... Para un sistema en que el derecho procesal es el instrumento para la realización de una política substantiva, lo que surge de esta visión es muy claro: cualquier reglamentación de las acciones procesales ha de ser flexible; se permitirá apartarse de las reglas si su cumplimiento rígido pone en peligro el logro de resultados deseables en casos concretos”⁵⁹⁸.

Más evidente aún es Cappelletti en sus explicaciones sobre la instrumentalidad:

“Pero este carácter de la *instrumentalidad del derecho procesal*, y de la instrumentalidad, por consiguiente, de la técnica misma del proceso, implica una consecuencia importante: lo mismo que cualquier otro instrumento, así también aquel instrumento que es el derecho procesal, para ser eficaz o sea para conseguir cumplir eficazmente su finalidad, debe adaptarse a la particular naturaleza del propio objeto”⁵⁹⁹.

Como se puede apreciar, Cappelletti es bastante claro al fundamentar la flexibilidad (adaptación) en la instrumentalidad del Derecho procesal, fundamentalmente en su eficacia. Según el autor, para que el Derecho procesal sea eficaz, debe adaptarse a las características del propio objeto.

Esta misma idea, aunque formulada en términos negativos, es sostenida por Bedaque:

“En esta misma línea de raciocinio, si el derecho procesal no es flexible en función del derecho material, tenemos un instrumento absolutamente ineficaz”⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, 2000, pp. 258 y 259.

⁵⁹⁹ CAPPELLETTI, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, 1973, p. 18. Véase también, DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 467, 502 y 503.

⁶⁰⁰ “Nesta mesma linha de raciocínio, se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, teremos um instrumento absolutamente ineficaz”. DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo. Influência do Direito Material Sobre o Processo*, 1995, p. 49. Véase también, DIDIER JR., “Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento”, *Gênese – Revista de direito processual civil*, 2001, p. 535. Vinculando las nociones de eficacia y adecuación, véase también: PRIORI POSADA, “El procedimiento preestablecido en la ley: la crisis de una garantía procesal y su

Otros autores como Redondo o Da Fonseca justifican la flexibilidad en la efectividad de forma indirecta. Estos autores afirman que la flexibilidad se funda en el debido proceso, pues esta garantía procesal contempla entre sus garantías y exige la efectividad⁶⁰¹.

Mucho más categórico, aunque un tanto más genérico, resulta la declaración de Saenger: “...tenemos que reconocer que un alto grado de flexibilidad y discrecionalidad siempre será indispensable para lograr una justicia individualizada, ya que es el juez el que 'tiene la responsabilidad del caso desde la cuna hasta la tumba’”⁶⁰².

Por lo tanto, la flexibilidad encuentra su fundamento en la eficacia en la medida que es un medio que puede contribuir a que el Derecho procesal alcance sus objetivos. Se trata de una característica (la flexibilidad) que permite que el sistema procesal sea eficaz.

II. Eficiencia de la justicia civil

1. Eficiencia como concepto y eficiencia como valor o imperativo

El concepto de eficiencia alude a la relación existente entre un objetivo y los recursos utilizados para alcanzarlo⁶⁰³. Es decir, la eficiencia relaciona

rediseño en el Estado constitucional”, en PRIORI POSADA (Coord.), *Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*, 2013, p. 591.

⁶⁰¹ DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual)*, 2007, pp. 117 y ss.; DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual*, 2008, pp. 100 y ss.; REDONDO, “Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes”, *Revista Jurídica UNIGRAN*, 2013, pp. 105 – 108.

⁶⁰² “...we have to recognize that a high degree of flexibility and discretion will always be indispensable in order to achieve individualized justice – since it is the judge who 'has the responsibility for the case from the cradle to the grave’”. SAENGER, “Case management in Germany”, en GOTTWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, p. 37.

⁶⁰³ UZELAC, “Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations”, *International Journal of Procedural Law*, 2011, p. 114; MIKELÉNAS, “Efficiency of civil procedure: mission (im)possible?”, en NEKROŠIUS *et al.*, *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, 2013, p. 142; DE ROO; JAGTENBERG, “Mediation and the concepts of accountability, accessibility and efficiency”, en UZELAC; VAN RHEE, *Access to justice and the judiciary*, 2009, pp. 149 – 171; DA CUNHA, “A previsão do principio da eficiencia no projeto do novo Código de proceso civil brasileiro”, *Revista de proceso*, 2014, pp. 66, 67 y 70; REDONDO, “Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes”, *Revista Jurídica UNIGRAN*, 2013, p. 98; COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, 1980, p. 7; ORTELLS RAMOS, “Efficiency of civil justice and

medios con fines. A su vez, la eficiencia como valor o imperativo nos exige, por una parte, que los objetivos se alcancen en la mayor medida posible, y por la otra, que estos se obtengan con la menor inversión de medios posibles. Esto es, ordena que se minimicen los medios y maximicen los fines.

Como se puede apreciar, tanto el concepto como el imperativo de eficiencia presentan un doble sentido o dirección. En un sentido negativo, la eficiencia se refiere a los medios o recursos y ordena que estos se reduzcan al mínimo necesario para obtener un resultado. Por su parte, el sentido positivo de la eficiencia se refiere a los fines u objetivos y exige que estos se alcancen en la mayor medida posible.

Este concepto de eficiencia no es equivalente semánticamente a la definición de ésta en idioma inglés la cual se acerca más al concepto de eficacia. Como explicamos anteriormente, el *Oxford English Dictionary* define esta expresión, entre otras formas como: “Aptitud o poder para lograr, o éxito en lograr, el propósito pretendido, poder adecuado, efectividad, eficacia”⁶⁰⁴.

Por su parte, el concepto de eficiencia adoptado para esta investigación no es una reproducción literal de la definición del término en idioma español aunque no es incompatible con ella. De acuerdo al diccionario de la RAE, la eficiencia es la “capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”⁶⁰⁵. En cambio, el concepto aquí utilizado es más elaborado y preciso conceptualmente en la medida que califica ese “algo” o “alguien” (como medios) y además, califica ese resultado (como fines) y los vincula bajo la idea de relación o nexos. Es decir, no es una definición completamente textual, es más elaborada pero plenamente compatible.

appeals system. The Spanish reforms in the European context”, en NEKROŠIUS *et al.*, *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, 2013, p. 170; “Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa”, *Ius et Praxis*, 2012 p. 413; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *La desnaturalización del proceso*, 2013, p. 50; ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 44; VAQUER CABALLERÍA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 2011, pp. 101 y 130; LÓPEZ GONZÁLEZ, “Una aproximación de la ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública”, *Documentación administrativa*, 1989, pp. 78 y ss.

⁶⁰⁴ “Fitness or power to accomplish, or success in accomplish, the purpose intended, adequate power, effectiveness, efficacy”. Cfr. *The Oxford English Dictionary*, 1991, voz “efficiency”, p. 83.

⁶⁰⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española*, 2014, voz “eficiencia”, p. 841.

La definición de eficiencia adoptada en esta investigación tiene la ventaja que se adecúa perfectamente a una propiedad esencial del Derecho procesal ya analizada anteriormente: la instrumentalidad. Como explicamos en el apartado anterior, esta característica implica que el Derecho procesal es simplemente un medio para alcanzar ciertos fines⁶⁰⁶. De manera que la utilización de los términos “medios” y “fines” a propósito del concepto eficiencia resulta completamente pertinente y oportuna en el contexto del Derecho procesal⁶⁰⁷. En otras palabras, mientras la instrumentalidad implica afirmar la existencia de ciertos fines y que el Derecho procesal sería a su respecto un medio, la eficiencia profundiza en la relación existente entre ambos, prescribiendo que la utilización de los medios se reduzca y que los fines se maximicen.

Somos conscientes que hablar de eficiencia alude inmediatamente a la economía o al menos que en ésta están involucrados aspectos económicos, y además, que en este ámbito de conocimiento existen diversos conceptos técnicos de eficiencia, tales como, el criterio de maximización de la utilidad, el Óptimo de Pareto, el criterio de Kaldor-Hicks, o el criterio de la maximización de la riqueza⁶⁰⁸, etc.

Sin embargo, no es nuestra intención realizar un análisis económico de la eficiencia en materia procesal civil. En esta parte del trabajo nuestra intención es simplemente hacer un primer acercamiento analítico a la

⁶⁰⁶ DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 253; GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012, p. 75; del mismo autor, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, p. 577; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 35 y ss.

⁶⁰⁷ En un sentido similar, aunque referido al tema eficacia de las normas, véase HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, 2003, pp. 171 – 173.

⁶⁰⁸ Sobre estos diferentes conceptos de eficiencia véase: COLEMAN, “The economic analysis of law”, en PENNOCK; CHAPMAN (eds.), *Ethics, economics, and the law*, 1982, pp. 83 – 103; “Efficiency, Utility, and Wealth Maximization”, *Hofstra Law Review*, 1980, pp. 509 – 552; HIERRO, “Contra el imperio de la riqueza (Dworkin v. Posner)” en *Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje, Revista de Ciencias Sociales*, 1993, pp. 383 – 411; del mismo autor, *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002, pp. 15 – 26; MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, 2009, pp. 31 y ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, pp. 44 y ss.; BAYÓN, “Justicia y eficiencia”, en DÍAZ; COLOMER, *Estado, justicia, derechos*, 2002, pp. 244 y ss. Profundizando en otros aspectos adicionales de la eficiencia, tales como, la eficiencia en el intercambio, en la producción y en la combinación de productos, véase STIGLITZ; ROSENGARD, *La economía del sector público*, 2016, pp. 99 – 122. Otros conceptos en: HERRERO, “Racionalidad individual – Irracionalidad social: el conflicto justicia – eficiencia”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1993, p. 49.

eficiencia, obtener claridad conceptual sobre ésta y adoptar un concepto que pueda resultar provechoso para abordar nuestro propósito propiamente tal, cual es, establecer la relación entre ésta y la flexibilidad. En definitiva nuestro estudio de la eficiencia es instrumental al propósito de analizar una de las hipótesis de este capítulo: que la flexibilidad encuentra uno de sus fundamentos en la eficiencia de la justicia.

Pero además, el concepto de eficiencia adoptado en esta investigación, según el cual ésta es una relación entre ciertos fines u objetivos y los medios empleados para alcanzarlos, es más útil y provechoso en materia procesal civil que los conceptos económicos tradicionales y, en consecuencia, es preferible, por varias razones:

(1) En primer lugar, los diferentes conceptos de eficiencia existentes en materia económica son consecuencia del hecho que no existe un completo acuerdo sobre éste en aquella ciencia⁶⁰⁹. De esta manera, la opción por uno de ellos requiere la debida justificación y no está exento de problemas adicionales. Por lo tanto, la elección de uno de aquellos conceptos no es una cuestión pacífica ni necesariamente simplifica el tema.

(2) En segundo lugar, estimamos que los conceptos económicos, más que conceptos propiamente tales, son formulaciones o enunciados más concretos y precisos para explicar y desarrollar en materia económica el sentido natural de la expresión “eficiencia”, que es mucho más genérico y abstracto. Pero de todas maneras, estas formulaciones, con más o menos matices cada una, pueden reconducirse al concepto más general de eficiencia.

(3) En tercer lugar, estos conceptos económicos tienden a poner énfasis en el sentido positivo de la eficiencia, la maximización de fines, a veces olvidando o desconociendo la relevancia del sentido negativo. Así por ejemplo, el óptimo de Pareto implica que no es posible mejorar la situación de una persona sin empeorar la situación de otra⁶¹⁰. No es posible producir más de un determinado bien sin dejar de producir otro⁶¹¹. Muy similar en

⁶⁰⁹ MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 55; ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 44 y cita 31.

⁶¹⁰ STIGLITZ; ROSENGARD, *La economía del sector público*, 2016, p. 101; COOTER; ULEN, *Derecho y economía*, 1998, p. 26.

⁶¹¹ HIERRO, *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002, p. 20. Como se puede apreciar, en ambos casos se alude a los resultados: mejorar la situación de una persona, producir un bien. El

este sentido es el criterio de Kaldor-Hicks según el cual una situación es óptima si alguien ve mejorada su situación aun cuando alguien empeore la suya, en la medida que la mejora de la primera permita compensar potencialmente a la segunda⁶¹². Como se puede apreciar, en ambos casos estos conceptos se refieren solo a los resultados, pues se refieren y comparan la situación final de dos personas. Este problema es aún más evidente con el concepto de eficiencia como “maximización de la riqueza” elaborado por Posner y seguido por una parte de la escuela del análisis económico del Derecho (en adelante AED)⁶¹³.

Somos conscientes que el análisis de los dos sentidos de la eficiencia puede reconducirse a los fines. Así por ejemplo, en términos económicos, la reducción de los costos contribuye a que la riqueza total aumente. En términos más genéricos, si para alcanzar un fin determinado se minimizan los medios utilizados, esos medios extras o sobrantes pueden utilizarse para obtener ese fin en mayor medida, o bien, para perseguir fines adicionales⁶¹⁴.

Sin embargo, creemos que es conveniente y más útil mantener separado el análisis de ambos sentidos de la eficiencia. En primer lugar, para no confundirlas y evitar que el tema de los medios se desconozca por estar oculto tras los fines. Y además, porque a diferencia de lo que ocurre en economía, en la discusión teórica procesal, es posible encontrar referencias a ambas cuestiones por separado, sin reducir necesariamente ambas al tema de los fines. Así por ejemplo, desde siempre se han denunciado los problemas del alto costo y del retraso en la justicia civil (medios). Por su parte, aunque la discusión expresa sobre los fines de la justicia civil es

criterio de Pareto no está enunciado en una fórmula que se refiera a los medios, tal como: una situación (x) es óptima si no se puede obtener un resultado con menos costos, o bien, entre dos situaciones una es óptima en relación con la otra si, alcanzando el mismo resultado ambas, una utiliza menos recursos que la otra.

⁶¹² HIERRO, *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002, p. 22; COOTER; ULEN, *Derecho y economía*, 1998, p. 66. El criterio no se formula en relación con los medios: una situación (x) es eficiente si, para producir un resultado, disminuimos los costos respecto de determinados medios, aunque el costo de otros medios aumente, en la medida que la disminución en el costo de ciertos medios permita compensar el aumento de costo de los otros.

⁶¹³ POSNER, *The economy of justice*, 1981, pp. 48 y ss. El artículo original se publicó como: POSNER, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, 1979, pp. 103 – 140. Véase también, POSNER, “Wealth Maximization Revisited”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1985, pp. 85 – 105; MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, 2009, pp. 143 y ss.; MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, 1994, pp. 54 y ss.

⁶¹⁴ VAQUER CABALLERÍA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 2011, p. 102; HIERRO, *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002, p. 61.

relativamente reciente, en la comprensión de la jurisdicción siempre ha existido alguna postura ideológica, consciente o no, sobre los objetivos que esta debe perseguir.

(4) Además, resulta muy relevante tener en cuenta que estos conceptos o formulaciones de la eficiencia tienden a reducir el análisis de los fines solo al bienestar económico o riqueza⁶¹⁵. Esto es especialmente así con el criterio de eficiencia del AED que restringe la eficiencia a la maximización de la riqueza⁶¹⁶. En el caso de los conceptos de Pareto y Kaldor-Hicks, aunque conceptualmente no excluyen otros fines, en materia económica se suelen referir y analizar normalmente en términos monetarios o de bienestar económico⁶¹⁷. Sin embargo, parecen desconocer que pueden existir algunos fines sociales que no pueden y otros que no deben analizarse en términos (exclusivamente) económicos o monetarios.

En cambio, en materia procesal la situación es completamente diversa. Como señalamos anteriormente, en la actualidad la justicia civil no reconoce un único objetivo ni puede éste reducirse al bienestar económico. Además, sería sumamente problemático y difícilmente podría aceptarse que la justicia civil deba perseguir la maximización de la riqueza. Por último, creemos que, aunque se considere un fin (y eso ya es discutible)⁶¹⁸, la justicia civil tiene diversos fines que no implican maximización de la riqueza o bienestar económico⁶¹⁹.

(5) Por último, y lo más importante, aunque estos conceptos económicos de eficiencia son los más conocidos y los más invocados desde la ciencia jurídica, no serían los más utilizados actualmente por el AED. Como explica Ortiz de Urbina, "... la noción de eficiencia empleada por la mayoría de los analistas económicos del derecho no es la de eficiencia en sentido Kaldor-Hicks, en sentido paretiano o en cualquier otro sentido de aquellos que

⁶¹⁵ MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, 2009, p. 190.

⁶¹⁶ POSNER, *The economy of justice*, 1981, pp. 48 y ss.; "Wealth Maximization Revisited", *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1985, pp. 85 - 105; MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, 1994, pp. 55 - 58; HIERRO, *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002, pp. 25 - 27, 39.

⁶¹⁷ Por ejemplo, STIGLITZ; ROSENGARD, *La economía del sector público*, 2016, pp. 99 - 122; COLEMAN "The economic analysis of law", en PENNOCK; CHAPMAN (ed.), *Ethics, economics, and the law*, 1982, pp. 83 - 103.

⁶¹⁸ GÉLINAS *et al.*, *Foundations of civil justice. Toward a value-based framework for reform*, 2015, pp. 105 y 115; GÉLINAS; CAMION, "Efficiency and values in the constitution of civil procedure", *International Journal of Procedural Law*, 2014, pp. 205 - 206.

⁶¹⁹ Véase en el apartado siguiente la relación entre eficiencia y justicia.

aparecen en la literatura económica. En el AED actual, la mayor parte de las veces la noción de eficiencia que se utiliza la hace sinónima con la idea de *racionalidad instrumental*, o de medios a fines: según esta acepción del término, se actúa eficientemente cuando: a) con los medios de los que se dispone se satisface la máxima cantidad de fines... o, alternativamente, cuando b) se logra un objetivo con el menor empleo de medios posibles...”⁶²⁰.

2. *Justificación de la eficiencia: relación entre eficiencia y justicia*

Una característica del imperativo de eficiencia es que no se justifica a sí mismo sino que requiere de una fundamentación adicional. A diferencia de lo que ocurre con la instrumentalidad que es una propiedad del sistema procesal que viene dada y que no requiere fundamentarse, tratándose de la eficiencia es necesario determinar porqué y en razón de qué argumentos es necesario que los fines se maximicen y los medios se reduzcan.

En materia jurídica esta justificación normalmente no está contenida en textos legales de carácter general. A diferencia de otros valores como la igualdad, la libertad o la justicia, las constituciones o textos legales no suelen establecer o exigir la eficiencia con carácter general⁶²¹. Por esta razón la justificación o fundamentación de la eficiencia requiere un esfuerzo argumentativo adicional en el ámbito de los valores⁶²².

⁶²⁰ ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El análisis económico del derecho: ¿método útil, o ideología nefasta?”, en COURTIS (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, 2016, p. 333. Véase también, del mismo autor, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 44.

⁶²¹ VAQUER CABALLERÍA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 2011, p. 98.

⁶²² Excepcionalmente, algunas legislaciones procesales recientes han introducido las consideraciones de eficiencia por medio del principio de proporcionalidad, fundamentalmente siguiendo el ejemplo de las CPR inglesas de 1999 (CPR 1.1). Este es el caso de Hong Kong y algunas provincias en Canadá como Quebec, Ontario y British Columbia. Cfr. PICHÉ, “Figures, spaces and procedural proportionality”, *International Journal of Procedural Law*, 2012, pp. 153 y ss. Especialmente interesante en este aspecto es el art. 9 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que bajo el epígrafe “Pronta y eficiente administración de justicia” establece que: “El Tribunal y bajo su dirección los auxiliares de la Jurisdicción, tomarán las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso”.

Este tema de la justificación de la eficiencia, o bien, la relación entre eficiencia y justicia ha sido estudiado por diversos autores⁶²³. La respuesta tradicional y más aceptada afirma que la eficiencia es un elemento integrante de la idea de justicia. Para que una sociedad sea justa es necesaria la eficiencia⁶²⁴. De forma más precisa, algunos afirman que la eficiencia es condición necesaria pero no suficiente de la justicia⁶²⁵.

En relación con esta explicación se deben tener en cuenta dos cuestiones. En primer lugar, la expresión “justicia” no se usa como sinónimo de una determinada concepción de justicia (justicia distributiva, igualitaria, libertaria, etc.) sino que alude al concepto de justicia como moralidad pública, propio de la filosofía política (en oposición a moralidad privada). Una de las razones que ha dificultado el análisis de la relación entre eficiencia y justicia, es que los autores suelen contraponer la eficiencia con un tipo o concepción de justicia, la justicia distributiva, olvidando que

⁶²³ Para un análisis panorámico de la discusión teórica véanse los excelentes trabajos de MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, 2009, *passim*, HIERRO, *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002, *passim*. Véase también, POSNER, *The economy of justice*, 1981, pp. 48 y ss.; “Wealth Maximization Revisited”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1985, pp. 85 – 105; CALABRESI, “Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1985, pp. 219 – 228; CALABRESI, “An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin”, *Hofstra Law Review*, 1980, pp. 553 – 562; DWORKIN, “Es la riqueza un valor”, y “¿Porqué la eficiencia?”, ambos en DWORKIN, *Una cuestión de principios*, 2012, pp. 295 – 359; CALSAMIGLIA, “Eficiencia y Derecho”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1987, pp. 267 – 287; del mismo autor, “Justicia, eficiencia y Derecho”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, pp. 305 – 335; “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, *Documentación Administrativa*, 1989, pp. 113 – 152; POLINSKY, *Inroducción al análisis económico del Derecho*, 1985, pp. 19 – 22; 123 – 137; FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, pp. 70 – 74; HERRERO, “Racionalidad individual – Irracionalidad social: el conflicto justicia – eficiencia”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1993, pp. 49 – 67; BARBERÁ SÁNDEZ, “Justicia, equidad y eficiencia”, *Hacienda pública española*, 1978, pp. 213 – 248.

⁶²⁴ Cfr. CALABRESI, GUIDO, “Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho”, 1985, p. 277; “An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin”, *Hofstra Law Review*, 1980, pp. 553 – 562; CALSAMIGLIA, “Eficiencia y Derecho”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1987, pp. 271, 287; “Justicia, eficiencia y Derecho”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, pp. 305, 335; “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, *Documentación Administrativa*, 1989, pp. 126, 150; BAYÓN, “Eficacia e inalienabilidad”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1994, p. 972; MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, 2009, pp. 203 y 204; HIERRO, *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002, pp. 61 y 62, 63 y ss.; “Justicia igualdad y eficiencia”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 1998, pp. 129 – 171; FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, pp. 74 y 77.

⁶²⁵ CALSAMIGLIA, “Eficiencia y Derecho”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1987, p. 279.

existen otros tipos o concepciones de justicia⁶²⁶. De esta manera, es mejor no reducir el concepto de justicia a justicia distributiva y contraponer la eficiencia con otros valores, tales como redistribución, seguridad, certeza, igualdad de trato, etc. Todos estos valores son los que deben armonizarse en el contexto de la moralidad pública (justicia). En segundo lugar, esta explicación se utiliza para fundamentar la eficiencia económica referida a la riqueza o bienestar económico. Sin embargo, también nos resulta provechosa y permite fundamentar nuestro concepto más genérico de eficiencia.

Calsamiglia explica la relación entre eficiencia y justicia de la siguiente manera:

"Las relaciones entre justicia y eficiencia son muy complejas y se pueden plantear desde muchas perspectivas, de forma muy sencilla o muy sofisticada. Pero una sociedad idealmente justa es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no es una buena sociedad y difícilmente la calificaríamos de justa o equitativa. La eficiencia es un componente de la justicia aunque ni el único ni el principal criterio de justicia. Es decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a los otros criterios componentes de la justicia..."⁶²⁷.

En un sentido similar, lo explica Calabresi:

"La eficiencia forma parte de nuestra noción de justicia debido a que nos resultaría muy difícil sostener que un sistema, que admitiera, abiertamente, el despilfarro, fuese justo. Todos estaríamos de acuerdo en que un sistema de este género sería, en cierto modo, inútil. Y sin embargo, la eficiencia no es la justicia; esto es: con la eficiencia sola no podríamos responder la pregunta <<¿qué es la justicia?>>"⁶²⁸.

Sin embargo, estas explicaciones de Calsamiglia y Calabresi no son completas ni suficientes. Ellas llevan implícita otra idea que, aunque conocida y aceptada, es necesario expresar: que en las sociedades reales los recursos (medios) son escasos, y las necesidades (fines) son potencialmente ilimitadas⁶²⁹. Si los recursos son ilimitados una sociedad que gasta recursos

⁶²⁶ MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, 2009, pp. 186 y ss., en especial, 187, 201, 204; FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, p. 71.

⁶²⁷ CALSAMIGLIA, "Eficiencia y Derecho", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1987, p. 271.

⁶²⁸ CALABRESI, "Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1985, p. 227; CALABRESI, "An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin", *Hofstra Law Review*, 1980, pp. 553 - 562.

⁶²⁹ Por ejemplo, Cfr. MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, 2009, p. 8; SAMUELSON; NORDHAUS, *Economía*, 1999, pp. 4 y ss.; CAPONI, "Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: Prime note sistematiche", p. 2. Disponible en red:

no es injusta. De hecho si los recursos son ilimitados no puede haber despilfarro de recursos.

Sin embargo, de esta constatación fáctica no podemos derivar directamente el imperativo de eficiencia sin caer en la falacia naturalista. Por esta razón, es necesario dar un paso adicional. Este paso viene dado por la idea misma de sociedad política. El Estado supone una reunión y organización de personas con el propósito de perseguir y cumplir ciertas necesidades y fines comunes. Ya sea que nos encontremos más cerca de una ideología de estado mínimo, o bien, en el extremo opuesto de un estado interventor, lo cierto es que en la actualidad los estados cumplen una serie más o menos extensa de fines sociales⁶³⁰. Es precisamente esta idea de sociedad política y de los fines que persigue, en conjunto con las ideas anteriores, las que permiten justificar el imperativo de eficiencia:

Si el estado debe cumplir una serie (potencialmente ilimitada) de objetivos sociales, y lo debe hacer en un contexto de medios y recursos escasos, entonces, el Estado debe ser eficiente. Debe minimizar los medios empleados y de esa manera maximizar la consecución de sus objetivos. Una sociedad para ser justa debe ser eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no puede ser una sociedad justa.

Este argumento constituye una justificación general de la eficiencia en la sociedad y el Estado. Pero también permite justificarla respecto de una parte de su actividad como es la justicia civil. Como explicamos anteriormente, en la actualidad la justicia civil reconoce diversos objetivos. Para el cumplimiento de esos fines la justicia civil debe emplear diversos medios y recursos materiales, personales, temporales, etc., los cuales son por definición escasos. Por lo tanto, la justicia civil también debe ser eficiente. De esta manera, la minimización de medios permite alcanzar y satisfacer en mayor medida los objetivos que le son propios.

[https://www.academia.edu/211692/R. Caponi. Il principio di proporzionalit%C3%A0 nella giustizia civile prime note sistematiche 2010](https://www.academia.edu/211692/R._Caponi._Il_principio_di_proporzionalit%C3%A0_nella_giustizia_civile_prime_note_sistematiche_2010). (última visita 12 de septiembre de 2018). VARGAS VIVANCO, "Eficiencia en la justicia: modelos y buenas prácticas en gestión judicial", en GARCÍA; LETURIA; OSORIO (eds.), *Reforma al Poder Judicial: gobierno judicial, Corte Suprema y gestión. Bases jurídicas y de política pública para un debate necesario*, 2007, p. 252; del mismo autor, "Eficiencia en la justicia", *Revista Sistemas Judiciales*, 2003, pp. 68 – 69.

⁶³⁰ STIGLITZ; ROSENGARD, *La economía del sector público*, 2016, pp. 31 – 95; FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, p. 14; BERIZONCE, *Efectivo acceso a la justicia*, 1987, pp. 5 – 8.

3. *Eficiencia: ni lo único importante ni lo más importante*

La eficiencia no es el único valor en la sociedad ni tampoco es el más importante. En consecuencia, se deben rechazar aquellas posturas teóricas que reducen el estudio de la justicia (como moralidad pública) al solo análisis de la eficiencia. Del mismo modo, se deben rechazar aquellos planteamientos que proponen una preponderancia previa y en todo caso, de la eficiencia sobre otros valores sociales.

Una parte de la doctrina del AED, liderada por Richard Posner, elevó la eficiencia entendida como maximización de la riqueza al pedestal del único valor relevante de la sociedad⁶³¹. Posner llegó a sostener que la eficiencia “es un adecuado concepto de justicia”⁶³². Sin embargo, en la actualidad se estima que esta tesis fuerte o radical del AED, de la eficiencia como “ideal completo y plausible de justicia... resulta insostenible”⁶³³. De hecho, en trabajos posteriores, el mismo Posner reconoció que la maximización de la riqueza tiene limitaciones como criterio de justicia⁶³⁴.

Hoy en día, la postura mayoritaria sigue la tendencia más “moderada o débil” del AED liderada por Calabresi⁶³⁵. Esta postura reconoce que la eficiencia no es el único valor relevante, de manera que debe armonizarse con otros valores sociales. Como explicamos anteriormente al referirnos a la relación entre eficiencia y justicia, la respuesta más extendida estima que la

⁶³¹ POSNER, *The economy of justice*, 1981, pp. 48 y ss.; MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, 2009, pp. 143 y ss.; MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, 1994, p. 57; HIERRO, *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002, pp. 25 – 37.

⁶³² POSNER, *The economy of justice*, 1981, p. 6.

⁶³³ BAYÓN, “Eficacia e inalienabilidad”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1994, p. 971. Las críticas de Dworkin en: DWORKIN, “Es la riqueza un valor”, y “¿Porqué la eficiencia?”, ambos en DWORKIN, *Una cuestión de principios*, 2012, pp. 295 – 359. Para un desarrollo y explicación de las críticas de Dworkin a Posner véase: HIERRO, *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002, pp. 15 – 37. Se debe tener en cuenta que las críticas están dirigidas a la eficiencia como maximización de la riqueza, y no a la eficiencia como la entendemos en esta investigación. Véase también, FISS, “¿La muerte del Derecho?”, en *El Derecho como razón pública*, 2007, pp. 249 – 266. En Chile, aunque referido al aspecto positivo del AED, MARTÍNEZ CINCA, “Insuficiencias de análisis económico como base para una teoría de la adjudicación”, *Revista Chilena de Derecho*, 2014, pp. 925 – 955.

⁶³⁴ Cfr. POSNER, “Wealth Maximization Revisited”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1985, p. 101; *The problems of jurisprudence*, 1990, pp. 31, 374 y ss., en especial, 387; *Economic análisis of law*, 2007, pp. 11 y 27; MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, 2009, pp. 144, 178 y 179, 181 y 183.

⁶³⁵ BAYÓN, “Eficacia e inalienabilidad”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1994, p. 972; MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, 1994, p. 171.

eficiencia es un elemento, un instrumento, una condición necesaria aunque no suficiente, de la justicia⁶³⁶.

Esta explicación sobre la posición de la eficiencia como valor que es válida para la sociedad en general también es válida dentro del ámbito específico de la justicia civil. Esta afirmación implica reconocer que, dentro del ámbito de la jurisdicción, (1) la eficiencia es un valor instrumental⁶³⁷; (2) existen también otros valores como la igualdad, al defensa, la imparcialidad, etc.; y (3) que la eficiencia no es el valor más importante ni tiene prevalencia previa sobre otros valores.

Como señalamos anteriormente, cuando afirmamos que la eficiencia es un elemento necesario de la justicia, utilizamos la expresión “justicia” como sinónimo moralidad pública en oposición a moralidad privada. Por lo tanto, no se utiliza como sinónimo de una determinada concepción de justicia (justicia distributiva, igualitaria, libertaria, etc.). Además, no debe confundirse con la expresión “justicia” que utilizamos para identificar el primero de los fines de la justicia civil. En el capítulo anterior concluimos que el primero de los objetivos de la jurisdicción es pacificar con justicia. En este caso, la expresión “justicia” no es utilizada como sinónimo de moralidad pública. Como explicamos en aquel lugar, pacificar con justicia implica, entre otras cosas, que el criterio de justicia que debe utilizar la jurisdicción es el respectivo ordenamiento jurídico. Es decir, forma parte de la justicia (como moralidad pública) que la justicia civil sea eficiente. Esto es, que minimice los medios de que dispone y maximice los fines que debe perseguir entre los cuales se encuentra pacificar con justicia (pacificar aplicando el ordenamiento jurídico).

⁶³⁶ Cfr. CALABRESI, “Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1985, p. 277; “An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin”, *Hofstra Law Review*, 1980, pp. 553 – 562; CALSAMIGLIA, “Eficiencia y Derecho”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1987, pp. 271, 279, 287; “Justicia, eficiencia y Derecho”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, pp. 305, 335; “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, *Documentación Administrativa*, 1989, pp. 126, 150; BAYÓN, “Eficacia e inalienabilidad”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1994, p. 972; MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, 2009, pp. 203 y 204; HIERRO, *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002, pp. 61 y 62, 63 y ss.; “Justicia igualdad y eficiencia”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 1998, pp. 129 – 171; FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, pp. 74 y 77.

⁶³⁷ GÉLINAS et al., *Foundations of civil justice. Toward a value-based framework for reform*, 2015, pp. 105 y 115; GÉLINAS; CAMION, “Efficiency and values in the constitution of civil procedure”, *International Journal of Procedural Law*, 2014, pp. 205 – 206.

4. *Concepto de eficiencia de la justicia civil*

Como señalamos anteriormente, la eficiencia es una relación entre uno o varios objetivos y los medios utilizados para alcanzarlos⁶³⁸. A su vez, el imperativo de eficiencia nos exige, por una parte, que los objetivos se alcancen en la mayor medida posible, y por la otra, que estos se obtengan con la menor inversión de medios posibles.

Aplicados estos conceptos al ámbito procesal podemos afirmar que la eficiencia de la justicia civil es una relación óptima entre los objetivos que esta debe perseguir y los medios que dispone para hacerlo. Es decir, entre los objetivos de la justicia civil (pacificar con justicia, limitar y controlar el poder, aplicar el ordenamiento jurídico) y los medios que dispone para perseguirlos (medios personales, materiales, presupuestarios, temporales) debe existir una relación adecuada. Esto es, el imperativo de eficiencia exige que los objetivos de la justicia civil se obtengan en la mayor medida posible y que los medios utilizados se reduzcan al mínimo indispensable para alcanzarlos.

5. *Eficiencia de la justicia y las partes litigantes*

Antes de profundizar en las explicaciones de la eficiencia de la justicia civil es necesario formular una aclaración previa. El imperativo de eficiencia se aplica a la actividad jurisdiccional y a todos los sujetos que en ella intervienen. Fundamentalmente a los jueces y funcionarios, pero también a las partes, abogados, terceros, etc. Sin embargo, el imperativo de eficiencia no se aplica o no alcanza a las actividades propias del ámbito individual de las personas. Es decir, no puede existir algo así como un deber general de

⁶³⁸ UZELAC, "Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations", *International Journal of Procedural Law*, 2011, p. 114; MIKELÉNAS, "Efficiency of civil procedure: mission (im)possible?", en NEKROŠIUS *et al.*, *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, 2013, p. 142; ORTELLS RAMOS, "Efficiency of civil justice and appeals system. The Spanish reforms in the European context", en NEKROŠIUS *et al.*, *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, 2013, p. 170; "Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa", *Ius et Praxis*, 2012, p. 413; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *La desnaturalización del proceso*, 2013, p. 50; VAQUER CABALLERÍA, "El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, 2011, pp. 101 y 130; LÓPEZ GONZÁLEZ, "Una aproximación de la ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública", *Documentación administrativa*, 1989, pp. 78 y ss.

ser eficientes⁶³⁹. En el ámbito personal de los sujetos prima la libertad, de manera que pueden legítimamente actuar de forma ineficiente⁶⁴⁰. Así por ejemplo, una parte puede decidir consultar seis peritos antes de iniciar el juicio aun cuando dos fuesen suficientes. Del mismo modo, puede decidir analizar estos seis informes durante tres meses cuando un mes es suficiente⁶⁴¹.

De esta manera, tratándose de las partes litigantes el imperativo de eficiencia rige todas aquellas conductas realizadas en el contexto de la jurisdicción y que de alguna manera requieran un despliegue de actividad jurisdiccional.

Sin embargo, esta idea es en alguna medida limitada o atenuada en un sistema procesal en el que exista una regla según la cual la parte que perdió en el juicio paga todas las costas, pues en estos casos la libertad de las partes de ser ineficientes no será tomada en cuenta por el juez. En este caso, al fijar el monto de las costas, el tribunal debe tomar en consideración solo aquellos gastos necesarios y desconocer aquellos innecesarios o ineficientes.

6. *La eficiencia en la doctrina procesal civil*

En materia procesal, la doctrina no suele abordar el tema de la eficiencia de la justicia civil en términos generales, de la manera expresada en el apartado anterior. Salvo una relevante excepción⁶⁴², no hemos encontrado análisis de la eficiencia en los cuáles se identifiquen los objetivos de la justicia civil, se identifiquen los medios o recursos de que dispone y se busque analizar la relación entre ellos (*lege lata*). O bien, que a partir de estos fines y medios, se busque establecer parámetros, directrices o reglas para alcanzar una correcta relación entre éstos, es decir, estudios que busquen o contribuyan a cumplir el imperativo de eficiencia (*lege ferenda*).

Sin embargo, esto no quiere decir que la eficiencia se encuentre totalmente ausente en el análisis de la doctrina procesal. Por el contrario, es

⁶³⁹ SALVADOR CODERCH *et al.*, “Deberes de eficiencia y libertad de actuar”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2014, pp. 7, 9 – 11.

⁶⁴⁰ SALVADOR CODERCH *et al.*, “Deberes de eficiencia y libertad de actuar”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2014, p. 11.

⁶⁴¹ Desde luego, esto es sin perjuicio de que la ley pueda exigir eficiencia para una actividad específica. Cfr. SALVADOR CODERCH *et al.*, “Deberes de eficiencia y libertad de actuar”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2014, pp. 7 y ss.

⁶⁴² UZELAC, “Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations”, *International Journal of Procedural Law*, 2011, pp. 106 – 146.

bastante frecuente encontrar referencias a la eficiencia de diversas formas, normalmente al tratar los grandes problemas de la justicia civil relacionados con los costos y el retraso de los tribunales. No nos resulta posible, y estimamos que no es necesario, dar cuenta de todas y cada una de las referencias a la eficiencia en materia procesal civil. Sin embargo, sí puede resultar provechoso hacer referencia a algunos ejemplos para tener una visión panorámica del punto.

(1) En la historia moderna del Derecho Procesal es posible encontrar dos ejemplos relevantes. El primero de ellos es el *Zivilprozessordnung* austriaco de 1895⁶⁴³. En el contexto de esta reforma procesal la eficiencia tuvo un rol fundamental y es invocada de diferentes formas. En primer lugar, la reforma tuvo entre sus causas (tal como muchas otras reformas procesales) los problemas de retraso y alto costo de la legislación procesal existente⁶⁴⁴. Además, Klein consideraba que los conflictos jurídicos eran un mal social. Por esa razón, estimó que la justicia civil debía responder, de cara a la sociedad, a factores de eficiencia. En consecuencia, debía ser rápida, simple y barata⁶⁴⁵. Ya en aquel momento Klein habló de buscar un equilibrio entre la una decisión justa basada en la verdad y el tiempo requerido para el desarrollo del juicio⁶⁴⁶. Además, resulta interesante que Klein relacionara la prontitud de la sentencia con su corrección. De manera que entre más se

⁶⁴³ Para referencias sobre los aspectos económicos en la doctrina y legislación europea previa a la ZPO austriaca, véase COMOGLIO, 1980, pp. 3 y ss.

⁶⁴⁴ FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896", *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 43 - 47, en especial, 53; PÉREZ RAGONE, "El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales", *Revista de Derecho*, 2014, pp. 527 - 533.

⁶⁴⁵ VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 12; TARUFFO, "La justicia civil", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 157; PÉREZ RAGONE, "El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales", *Revista de Derecho*, 2014, pp. 526 y 530; OBERHAMMER; DOMEJ, "Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 121; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: a retrospective view", en PELLEGRINI GRINOVER; CALMON, (eds.), *XIII Congresso Mundial de Direito Processual - XIII World Congress of procedural law*, 2007, pp. 624 y ss.; RECHBERGER, "Economy and efficiency of civil procedure versus litigation culture - An Austrian perspective", en *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*. 2013, pp. 225 - 226.

⁶⁴⁶ FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896", *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 55 y 56; PÉREZ RAGONE, "El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales", *Revista de Derecho*, 2014, p. 532; RECHBERGER, "Economy and efficiency of civil procedure versus litigation culture - An Austrian perspective", en *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, 2013, p. 228.

demorase la respuesta judicial menor calidad tendría la misma⁶⁴⁷. Por último, no limitó la idea de eficiencia solo al costo y tiempo que supone para las partes, sino que también tuvo en cuenta el punto de vista del propio Estado y sus recursos limitados⁶⁴⁸. En estas ideas Klein mezcla varias cuestiones que más adelante tendremos ocasión de distinguir y clarificar. Sin embargo, lo relevante es tener en cuenta que ya en aquella época Klein era consciente de varias cuestiones medulares para el desarrollo eficiente de la justicia civil.

El segundo ejemplo, más reciente y muy relevante, son las *Civil Procedure Rules* inglesas de 1999. Como explicamos en apartados anteriores, esta nueva legislación procesal fue precedida de una investigación previa muy exhaustiva sobre el Estado y los principales problemas de la litigación civil en Inglaterra, que el gobierno inglés encargó a Lord Wolf⁶⁴⁹. En los resultados de esta investigación, contenidos en los informes⁶⁵⁰ *Access to Justice Interim Report* y *Access to Justice Final Report*⁶⁵¹, Lord Wolf plantea algunas ideas relevantes en relación con la eficiencia.

Lord Wolf sostiene que los grandes problemas de la justicia civil inglesa son la excesiva duración de los juicios, los costos exagerados e impredecibles⁶⁵² y la complejidad de los procedimientos⁶⁵³. Estos problemas

⁶⁴⁷ FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896", *Civil Justice Quarterly*, 2012, p. 58.

⁶⁴⁸ FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896", *Civil Justice Quarterly*, 2012, p. 58. Véase también, COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, 1980, pp. 35 - 40.

⁶⁴⁹ ANDREWS, "The New English Civil Procedure Rules (1998)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 166.

⁶⁵⁰ Para una revisión general de estos informes véase: ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice - An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, pp. 31 - 42. Para comentarios y críticas sobre estos informes véase la obra ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on "Acces to Justice"*, 1995. En especial, ZANDER, "Why Lord Woolf's proposed reforms of civil litigation should be rejected", *Ibidem*, pp. 79 - 95.

⁶⁵¹ LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report, to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1995. Disponible en red: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interim/woolf.htm>. (Última visita 12 de enero de 2016); LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report, to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1996. Disponible en red: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>. (Última visita 12 de enero de 2016).

⁶⁵² ZUCKERMAN, "Lord Woolf access to justice: plus ça change...", *Modern Law Review*, 1996, pp. 773 - 796.

tienen su origen en la cultura adversarial radical, que confiere a las partes todo el poder en los procedimientos y en la cual el juez no tiene responsabilidad alguna por los costos y la duración del proceso⁶⁵⁴.

Para solucionar estos problemas con la nueva legislación, Lord Woolf propone un cambio cultural y de orientación en tres aspectos claves. En primer lugar, propone entregar la responsabilidad de la gestión del proceso de las partes al tribunal con el objeto que recaiga en éste la responsabilidad por los costos y el tiempo del proceso⁶⁵⁵. En este sentido el *case management* constituye el eje de la nueva legislación⁶⁵⁶. En segundo lugar, propone dejar de considerar como valor relevante solamente la corrección de la decisión final y plantea la necesidad de considerar también los costos y el tiempo involucrados en el proceso⁶⁵⁷.

Lo más relevante de este ejemplo, es que algunas cuestiones relativas a la eficiencia fueron plasmadas expresamente en el objetivo preponderante (*overriding objective*) de las *Civil Procedure Rules* inglesas:

The overriding objective

1.1. (1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.*

(2) *Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable –*

(a) ensuring that the parties are on an equal footing;

(b) saving expense;

(c) dealing with the case in ways which are proportionate –

(i) to the amount of money involved;

⁶⁵³ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 3. ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice – An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 31.

⁶⁵⁴ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 3.3. ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice – An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32. Sobre el punto, véase también: VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE, (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 16.

⁶⁵⁵ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 4.3. y Secc. II, Cap. 5; LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. II; ANDREWS, "The New English Civil Procedure Rules (1998)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 167.

⁶⁵⁶ ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice – An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32.

⁶⁵⁷ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 4.5 y 6; ANDREWS, "The New English Civil Procedure Rules (1998)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 172 y 173.

(ii) to the importance of the case;

(iii) to the complexity of the issues; and

(iv) to the financial position of each party;

(d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly;

(e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and

(f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders.

De este ejemplo, se pueden extraer varias ideas relevantes. En primer lugar los problemas de costo, tiempo y complejidad constituyen los problemas que justifican la reforma. En segundo lugar, se adoptan medidas directamente relacionadas con ellas, esto es, se entrega al juez la responsabilidad por el control de los costos y duración del proceso. Además, propone atribuir a los costos y la duración del proceso igual relevancia que la justicia o corrección de la decisión. Por último, se consagra expresamente ciertas exigencias relacionadas con la eficiencia, tales como, ahorrar gastos, rapidez, proporcionalidad con la naturaleza del conflicto y la asignación apropiada de recursos teniendo en consideración los recursos necesarios para otros casos.

Como se puede apreciar, en las dos legislaciones procesales más relevantes de la historia moderna del Derecho procesal la eficiencia tiene una relevancia fundamental.

(2) Otro buen ejemplo de las referencias doctrinales a la eficiencia son los trabajos dedicados a exponer los grandes problemas de la justicia civil. Como estos problemas han existido prácticamente desde siempre los ejemplos son innumerables, de manera que no es posible ser exhaustivo. Solo mencionaremos algunos ejemplos emblemáticos⁶⁵⁸.

En primer lugar, se puede mencionar el movimiento por el “acceso a la justicia” desarrollado durante la década de los años sesenta del siglo pasado

⁶⁵⁸ Para ejemplos más recientes desde el Derecho comparado pueden verse los trabajos contenidos en: WEDEKIND (ed.), *Justice and efficiency. General reports and discussions. The Eighth World Conference on Procedural Law*, 1989, pp. 19 – 38; CARPI; ORTELLS (ed.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, Vol. I y II, 2008, *passim*; VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, *passim*; VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Access to justice and the judiciary. Towards new European standards of affordability, quality, and efficiency of civil adjudication*, 2009, *passim*. Con referencia a diversos estudios empíricos, véase FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, *passim*.

en el mundo occidental⁶⁵⁹, principalmente en Europa y Estados Unidos, proceso que fue objeto de análisis y estudio comparativo por el denominado “Proyecto Florencia” dirigido por Cappelletti⁶⁶⁰. De acuerdo a este autor, dos de los grandes obstáculos para un efectivo acceso a la justicia lo constituyen los costos del juicio y su duración⁶⁶¹. De hecho parte relevante de las propuestas formuladas apuntan en la dirección de superar estos obstáculos⁶⁶².

Otro buen ejemplo, es un trabajo de Derecho comparado, bastante conocido y relevante, editado por Adrian Zuckerman a fines del siglo pasado sobre la crisis de la justicia civil: *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*⁶⁶³. La obra recoge trece investigaciones sobre los problemas y dificultades de la justicia civil y los intentos de reformas destinados a solucionarlos, en trece países diferentes. El libro contiene además dos capítulos introductorios que explican algunos aspectos históricos y exponen las grandes tendencias que es posible observar en la materia. Esta obra de Derecho comparado tiene como punto de partida la idea según la cual “existe una percepción extendida de que la administración de justicia falla en cumplir las necesidades de la comunidad... Que no es exagerado afirmar que en muchos países la justicia experimenta algún tipo de crisis”⁶⁶⁴. Aquí nuevamente, aparecen los altos costos y la excesiva duración de los juicios como los grandes problemas que es necesario resolver⁶⁶⁵. De hecho, la alusión a estos problemas es recurrente en los informes de los diferentes países⁶⁶⁶.

⁶⁵⁹ CAPPELLETTI; GARTH, *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, 1983, p. 38; CAPPELLETTI (ed.), *Access to justice and the welfare state*, 1981, pp. 4 y ss.; BERIZONCE, *Efectivo acceso a la justicia*, 1987, pp. 12 – 14.

⁶⁶⁰ CAPPELLETTI; GARTH (eds.), *Access to justice. The Florence Access to justice proyect*, 1978.

⁶⁶¹ CAPPELLETTI; GARTH, *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, 1983, pp. 23 y ss.

⁶⁶² CAPPELLETTI; GARTH, *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, 1983, pp. 84 y ss.

⁶⁶³ ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003.

⁶⁶⁴ “There is a widespread perception that the administration of civil justice is failing to meet the needs of the community... It is no exaggeration to say that many systems of civil justice experience a crisis of some kind”. ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. v.

⁶⁶⁵ ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. v.

⁶⁶⁶ ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, pp. 71 y ss.

(3) Otra cuestión que se relaciona de alguna manera con la eficiencia en materia procesal es la idea de las “tres dimensiones de la justicia”⁶⁶⁷. En el artículo introductorio de la obra de Derecho comparado editada por Zuckerman a la que nos referimos en el apartado anterior, el autor introduce esta idea de las tres dimensiones de la justicia la cual ha hecho fortuna en materia de Derecho procesal comparado⁶⁶⁸. En términos simples, el autor considera que la corrección de la decisión no es la única dimensión de la justicia. Es efectivo que para la justicia es necesario que el juez aplique correctamente la ley a los hechos efectivamente ocurridos⁶⁶⁹. Sin embargo, también existen otras dimensiones que, no están relacionadas directamente con la corrección de la decisión, pero sí afectan la justicia tanto de cada sentencia en particular como del sistema en su conjunto⁶⁷⁰. Por una parte, los altos costos de la justicia afectan la posibilidad de acceso de las personas a los tribunales. Una situación como ésta claramente es contraria y afecta a la justicia⁶⁷¹. Del mismo modo, una larga duración del proceso puede erosionar la utilidad práctica de la sentencia. Un sistema judicial que regularmente deteriora la utilidad de las decisiones no puede considerarse justo. “Esta sería la idea contenida en el viejo aforismo '*justice delayed is justice denied*'”⁶⁷². En consecuencia, los costos y el tiempo de los procesos serían las otras dos dimensiones de la justicia que deben considerarse conjuntamente con la justicia de la decisión.

⁶⁶⁷ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, pp. 3 - 12.

⁶⁶⁸ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, pp. 3 y ss.; LEUBSDORF, “The Myth of civil procedure reform”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 55; ZUCKERMAN, “Court control and party compliance - The quest for effective litigation management”, en TROCKER; VARANO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, p. 149.

⁶⁶⁹ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, pp. 3 - 6.

⁶⁷⁰ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 6.

⁶⁷¹ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 9.

⁶⁷² ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 6.

A propósito de esta idea de las “tres dimensiones de la justicia” elaborada por Zuckerman es necesario hacer dos precisiones:

(a) Zuckerman, al referirse a los costos y tiempos del proceso hace una distinción. Por una parte distingue aquellos aspectos que no afectan la corrección de la decisión, pero que sí afectan la idea de justicia y que por lo tanto considera como otras dimensiones de la misma, según lo explicamos en el apartado anterior⁶⁷³. Sin embargo, el autor reconoce otros aspectos en los cuales los costos y tiempos necesarios del proceso no constituirían dimensiones autónomas de la justicia. Por ejemplo, la excesiva duración del proceso puede producir que algunas pruebas se deterioren o pierdan. O bien, el caso de un testigo que con el paso del tiempo va olvidando detalles de lo que observó⁶⁷⁴. Del mismo modo, se pueden considerar los costos que implican para el sistema el funcionamiento de la jurisdicción⁶⁷⁵. En ambos casos se trata de factores que de alguna manera afectan la rectitud de la decisión. En este sentido, no los considera como dimensiones autónomas de la justicia.

Esta distinción que formula Zuckerman es bastante relevante pues ella nos da indicios de algo que explicaremos en detalle en el apartado siguiente referido a la eficiencia de la justicia civil: que en el análisis de la eficiencia, los costos y el tiempo deben ubicarse y analizarse primeramente como medios. Estos forman parte de los distintos recursos que la justicia civil tiene a su disposición para alcanzar sus fines. Sin embargo, atendida las características institucionales de la jurisdicción, y los derechos fundamentales de las personas, ellos deben analizarse también dentro del apartado de los fines. Es decir, estos pueden afectar la justicia. En consecuencia, hay aspectos de los costos y la duración del proceso que presentan una doble faceta en el análisis de la eficiencia. Ellos se ubican tanto en el ítem de los medios como también forman parte de algunos fines.

(b) En segundo lugar, se debe tener presente que la idea según la cual la justicia debe armonizar la corrección de la decisión con los costos y la

⁶⁷³ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 6.

⁶⁷⁴ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 6.

⁶⁷⁵ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, pp. 7 y 8.

duración del proceso es bastante antigua. Puede rastrearse incluso hasta Klein⁶⁷⁶ o Bentham⁶⁷⁷. Sin embargo, la idea de las “tres dimensiones de la justicia” de Zuckerman no es equivalente a la idea de armonización y en alguna medida va más allá de ésta y la supera. Zuckerman no plantea, o no solo plantea, que los costos y tiempos deben armonizarse con la corrección de la decisión. Las tres dimensiones de la justicia implica, precisamente, que hay aspectos de los costos y tiempos que deben reducirse, no simplemente porque es conveniente u oportuno, sino que ellos forman parte de la idea de justicia. Y esto es así pues, como ya mencionamos, un exceso en costos y tiempos afecta el acceso a la justicia y la utilidad de la sentencia⁶⁷⁸.

(4) Por último, no faltan referencias a la eficiencia o a algunos de sus aspectos (tiempos, costos, personal, etc.) tratándose de ciertos principios o reglas procesales, tales como, el principio de economía procesal⁶⁷⁹ o las reglas de oralidad y concentración⁶⁸⁰. Del mismo modo, pueden encontrarse análisis de la eficiencia sobre algunas instituciones procesales especiales⁶⁸¹.

⁶⁷⁶ FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896”, *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 55 y 56; PÉREZ RAGONE, “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Revista de Derecho*, 2014, p. 532; RECHBERGER, “Economy and efficiency of civil procedure versus litigation culture – An Austrian perspective”, en *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure. Materials of international conference, 9 - 10 of May 2013*, 2013, p. 228.

⁶⁷⁷ BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales (Obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont)*, 2001, p. 5.

⁶⁷⁸ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, pp. 6 y 9.

⁶⁷⁹ COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, 1980, *passim*; COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1958, pp. 189 y 190; PEYRANO, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, 1978, pp. 249 – 290.

⁶⁸⁰ Por ejemplo, FAIRÉN GUILLÉN, “Notas sobre el principio de concentración”, en *Estudios de Derecho Procesal*, 1955, pp. 281 – 299; PEYRANO, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, 1978, pp. 278 – 281; CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, 1977, pp. 140 y ss.; NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, pp. 175 – 178; PALOMO VÉLEZ, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, 2008, pp. 37 – 51.

⁶⁸¹ Véase por ejemplo, RAMOS ROMEU, “Justicia civil interina: eficiencia, contenido y calidad”, en V.V.A.A., *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global: Liber amicorum II en honor a M^a del Carmen Calvo Sánchez*, 2013, pp. 167 – 179; ORTELLS RAMOS, “Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa”, *Ius et Praxis*, 2012, pp. 397 – 424.

7. *La eficiencia de la justicia civil: una exposición general*

Como hemos explicado en apartados anteriores, la eficiencia es una relación entre uno o varios objetivos y los medios utilizados para alcanzarlos⁶⁸². A su vez, el imperativo de eficiencia nos exige, por una parte, que los objetivos se alcancen en la mayor medida posible, y por la otra, que estos se obtengan con la menor inversión de medios posibles. Si aplicamos estas ideas al ámbito procesal la eficiencia de la justicia civil se puede definir como una relación óptima entre los objetivos que ésta debe perseguir y los medios que dispone para hacerlo. Definida de esta manera la eficiencia de la justicia civil resta ahora explicar brevemente cuáles son estos medios y estos fines, y exponer el modelo general de análisis.

En cuanto al sentido negativo de la eficiencia, la justicia civil tiene a su disposición y utiliza una serie de recursos (medios) de diferente clase. Medios personales (jueces, secretarios, funcionarios judiciales, asistentes, ministros de fe, abogados, etc.). Medios materiales (instalaciones, insumos, sistemas informáticos, energía, etc.). Medios presupuestarios o pecuniarios (dinero). Y también medios temporales o tiempo⁶⁸³.

Como adelantamos en apartados anteriores, el tema de los costos y los tiempos de la justicia civil deben ubicarse y analizarse primeramente en el ítem de los medios. Es decir, tanto el tiempo de duración de los juicios como los costos en que debe incurrirse para llevar adelante la actividad jurisdiccional son medios que despliega la justicia civil para cumplir sus fines. Sin embargo, como explicaremos a continuación algunos aspectos de

⁶⁸² UZELAC, "Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations", *International Journal of Procedural Law*, 2011, p. 114; MIKELÉNAS, "Efficiency of civil procedure: mission (im)possible?", en NEKROŠIUS *et al.*, *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, 2013, p. 142; ORTELLS RAMOS, "Efficiency of civil justice and appeals system. The Spanish reforms in the European context", en NEKROŠIUS *et al.*, *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, 2013, p. 170; "Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa", *Ius et Praxis*, 2012, p. 413; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *La desnaturalización del proceso*, 2013, p. 50; VAQUER CABALLERÍA, "El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, 2011, pp. 101 y 130; LÓPEZ GONZÁLEZ, "Una aproximación de la ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública", *Documentación administrativa*, 1989, pp. 78 y ss.

⁶⁸³ Sobre los costos de la justicia, tanto en España como en otros países europeos, pueden consultarse los trabajos reunidos en: PASTOR PRIETO; MORENO CATENA (dirs.), *El coste de la justicia*, 2002, *passim*. Véase también, PASTOR PRIETO, "¿Penuria de medios? Un análisis empírico de los costes públicos y privados visibles y ocultos de la justicia", en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (dir.), *La justicia procesal*, 2009, pp. 345 – 434.

los costos y el tiempo, deben ubicarse y analizarse también en el ítem de los fines.

En cuanto al sentido positivo de la eficiencia, de acuerdo a la opción adoptada en el capítulo segundo, los fines que la justicia civil debe perseguir son tres: pacificar con justicia, limitar y controlar el poder y aplicar el ordenamiento jurídico. En dicho capítulo hemos explicado en qué consiste cada uno de estos objetivos y sus implicaciones, de manera que no es necesario reproducir aquí toda la explicación⁶⁸⁴.

Sin embargo, existen aspectos de la duración del proceso y de los costos que presentan una doble faceta o dimensión. Pues atendido ciertos derechos fundamentales de las personas ellos deben considerarse también dentro de los fines, más precisamente, deben considerarse incluidos dentro de la expresión “con justicia” del primer fin u objetivo.

Como explica Zuckerman, ciertos aspectos referidos a los costos y duración del proceso afectan a la justicia tanto de cada sentencia en particular como del sistema en su conjunto⁶⁸⁵. Los altos costos que supone para las partes acudir a juicio afectan la posibilidad de acceso de las personas a los tribunales. En la medida que las personas tienen un derecho fundamental de acceso a la justicia (derecho a la tutela judicial), la existencia de altos costos para llevar adelante un proceso claramente atenta y es contraria a la justicia⁶⁸⁶. Por su parte, la larga duración del proceso puede erosionar la utilidad práctica de las sentencias para los litigantes. En la medida que las personas tienen un derecho a un acceso a la justicia efectivo (real y no nominal) y un derecho a un juzgamiento dentro de un plazo razonable, un sistema judicial con una alta tasa de retraso que deteriora la utilidad de las sentencias judiciales es contrario y vulnera la justicia⁶⁸⁷. “Esta es la idea contenida en el viejo aforismo '*justice delayed is justice denied*'”⁶⁸⁸.

⁶⁸⁴ Véase capítulo segundo, pp. 67 y ss.

⁶⁸⁵ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 6.

⁶⁸⁶ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 9.

⁶⁸⁷ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, pp. 6 y 7.

⁶⁸⁸ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, p. 6.

Esta advertencia de la doble dimensión de ciertos aspectos de la eficiencia es especialmente relevante e imprescindible en el análisis de la eficiencia del sistema judicial. Aunque los análisis generales de la eficiencia en materia procesal suelen ser escasos y casi anecdóticos, los autores que han incursionado en este tipo de investigaciones suelen olvidar esta doble dimensión:

El gran ejemplo de un análisis de la eficiencia del sistema procesal como el propuesto en este apartado lo constituye el artículo de Uzelac: *“Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations”*⁶⁸⁹. En este artículo el autor propone y utiliza un modelo de análisis de la eficiencia similar a nuestra propuesta:

“El supuesto metodológico es que la eficiencia de la justicia puede, en general, ser definida como la relación entre los ingresos [input] en el sistema judicial, por ejemplo, dinero invertido y personas comprometidas en la administración de justicia, y los resultados, los output, producidos por el sistema de justicia en términos del nivel de cumplimiento de las tareas confiadas a las instituciones del sistema judicial”⁶⁹⁰.

Luego, para realizar este análisis el autor utiliza los datos estadísticos recopilados por los cuatro informes elaborados por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (en adelante CEPEJ) durante el periodo 2004 a 2008⁶⁹¹. Estos datos son ordenados por el autor en el modelo de análisis de la eficiencia de la siguiente manera:

“- Input en el sistema judicial:

1. Presupuestos de los tribunales y de los mecanismos de asistencia jurídica gratuita (gasto público e ingresos públicos invertidos en el sistema judicial)
2. Número de jueces (resultados comparados a escala) y sus salarios
3. Número de abogados (resultados comparados a escala)

- Output (resultados del sistema judicial)

1. Número de casos procesados
2. Duración del proceso judicial”⁶⁹².

⁶⁸⁹ UZELAC, “Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations”, *International Journal of Procedural Law*, 2011, pp. 106 – 146.

⁶⁹⁰ UZELAC, “Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations”, *International Journal of Procedural Law*, 2011, p. 114.

⁶⁹¹ UZELAC, “Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations”, *International Journal of Procedural Law*, 2011, pp. 111 y ss.

⁶⁹² UZELAC, “Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations”, *International Journal of Procedural Law*, 2011, p. 115.

Como se puede apreciar, aunque coincidimos conceptualmente con el modelo de análisis formulado por Uzelac, se puede formular como crítica el hecho de no reconocer u olvidar la doble dimensión de algunos aspectos del costo y duración de la justicia como factores de la eficiencia. En relación con el factor tiempo, el autor sólo lo analiza en el ítem de los resultados pero olvida que el tiempo utilizado en un proceso constituye un medio más. Por su parte, tratándose de los costos, incurre en el error contrario. El autor sólo analiza los costos de la justicia civil en el apartado de los medios (*inputs*). Sin embargo, olvida considerar los costos de acceso a los tribunales para las personas como una dimensión de la justicia, dentro del ítem de los resultados o fines.

Otro ejemplo que se puede mencionar es la investigación teórica y empírica de Fix-Fierro sobre la eficiencia de los tribunales en el ámbito civil: *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*⁶⁹³. Para realizar su análisis el autor utiliza el modelo elaborado por el análisis económico del Derecho:

“El punto de partida del análisis económico de la litigación es la suposición que ‘las normas y otras características del sistema procesal pueden ser analizadas como esfuerzos para maximizar la eficiencia’. Sin embargo, desde un punto de vista operacional, la eficiencia es alcanzada a través de la minimización de la suma de dos tipos de costos:

-Costos de error: por ejemplo, los costos sociales generados cuando un sistema judicial falla en realizar su cometido u otras funciones sociales asignadas a él: y

-Costos directos: por ejemplo, los costos (tales como, el tiempo de abogados, jueces y litigantes) de hacer funcionar la maquinaria de resolución de conflictos”⁶⁹⁴.

Como se puede apreciar, este modelo no distingue entre fines y medios. Simplemente entiende la eficiencia como maximización de la riqueza en los términos del AED. Por su parte, el modelo de análisis parece centrarse exclusivamente en el sentido negativo, esto es, en los costos (costos de error y costos directos). Y por último, lo que ya adelantamos, considera el tema de los tiempos exclusivamente como un costo, sin considerar la doble dimensión del factor tiempo sobre la que hemos advertido en este apartado.

Volviendo ahora a la explicación central de este apartado, reiteramos que el modelo de análisis de la eficiencia en materia procesal se construye,

⁶⁹³ FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, *passim*.

⁶⁹⁴ FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, p. 35.

por una parte, indicando los objetivos de la justicia civil, y por la otra, identificando los diversos medios que dispone para cumplir aquellos objetivos. Sin olvidar, desde luego, la doble dimensión que los costos de acceso a la justicia y la duración del proceso tienen en este análisis, los cuáles deben analizarse primeramente como un medio, pero también deben evaluarse y analizarse a propósito de los fines, más específicamente como parámetros para medir la justicia de la decisión.

Teniendo en mente este modelo de análisis, el paso siguiente será evaluar el vínculo o nexo entre ambos. De esta manera, se podrá realizar un análisis de *lege lata*, y describir si esta relación es o no adecuada en un sistema determinado. O bien, a partir de un estado de cosas determinado, realizar un análisis de *lege ferenda* y proponer interpretaciones, mecanismos o reformas para mejorar o perfeccionar este vínculo de manera de cumplir en mayor medida con el imperativo de eficiencia.

Para lograr un análisis completo de la eficiencia, será necesario tener en cuenta, además de las normas jurídicas, datos fácticos o estadísticos sobre el funcionamiento de la justicia⁶⁹⁵. Un buen ejemplo de un análisis de la eficiencia de la justicia civil en estos términos es el trabajo de Uzelac al que hemos hecho referencia anteriormente⁶⁹⁶. La única salvedad es la omisión de la doble dimensión de ciertos aspectos de la eficiencia.

Por nuestra parte, no es nuestra intención efectuar un análisis completo de la eficiencia en materia procesal civil, de manera que no es necesario profundizar en el tema ni intentar un análisis de este tipo. Nos limitamos a exponer este modelo general de manera de tener un marco de referencia que nos permita llegar al objetivo buscado con estas explicaciones de la eficiencia: intentar fundamentar o justificar la flexibilidad de las normas procesales.

⁶⁹⁵ Para una explicación de análisis de este tipo, aunque referidos al ámbito de la política criminal, véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La economía como herramienta en la evaluación legislativa: análisis de costes, coste-eficacia y coste-beneficio", en BECERRA MUÑOZ; NIETO MARTÍN; MUÑOZ DE MORALES ROMERO (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, 2016, pp. 79 – 105.

⁶⁹⁶ UZELAC, "Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations", *International Journal of Procedural Law*, 2011, pp. 106 – 146.

8. *Una justificación adicional de la eficiencia en materia procesal. Los derechos fundamentales de acceso a la justicia y juzgamiento dentro de un plazo razonable.*

En un apartado anterior de esta investigación explicamos que tradicionalmente se entiende a la eficiencia como una condición necesaria de la justicia como moralidad pública. Por nuestra parte agregamos que la eficiencia se justifica en los fines estatales y en la escasez de recursos. En este sentido sostuvimos que si el Estado debe cumplir una serie (potencialmente ilimitada) de objetivos sociales, y lo debe hacer en un contexto de medios y recursos escasos, entonces, el Estado debe ser eficiente. Debe minimizar los medios empleados y de esa manera maximizar la consecución de sus objetivos. Una sociedad para ser justa debe ser eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no puede ser una sociedad justa.

Además, sostuvimos que este tipo de justificación general de la eficiencia también puede aplicarse a la justicia civil. Pues para el cumplimiento de sus fines la justicia civil debe emplear diversos medios y recursos materiales, personales, temporales, etc., los cuales son por definición escasos. Por lo tanto, la justicia civil también debe ser eficiente. De esta manera, la minimización de medios permite alcanzar y satisfacer en mayor medida los objetivos que le son propios.

Sin embargo, en materia procesal es posible encontrar o reconstruir una justificación adicional de la eficiencia de carácter parcial. En este sentido, podría afirmarse que la eficiencia de la justicia civil podría fundamentarse en las garantías de acceso a la justicia y el juzgamiento dentro de un plazo razonable.

Se trata de una justificación procesal pues se fundamenta en derechos fundamentales de carácter procesal. Pero además, se trata de una justificación parcial pues solo se refiere a ciertos aspectos de la eficiencia. Dichas garantías se refieren fundamentalmente al aspecto costo y tiempo. A partir de ellas podemos concluir que para el ciudadano la justicia civil debe ser accesible económicamente y rápida. Es decir, estas garantías exigen (al igual que la eficiencia) que los costos y las demoras de la justicia se disminuyan.

Sin embargo, la eficiencia no solo exige que se disminuyan los costos monetarios y temporales. La eficiencia exige que todos los recursos

utilizados se minimicen y, además, exige que los objetivos se maximicen. De esta circunstancia se desprende que las garantías de acceso a la justicia y juzgamiento dentro de un plazo razonable solo permiten justificar parcialmente la eficiencia de la justicia civil.

9. *Eficiencia de la justicia civil y flexibilidad*

Llegados a este punto, a partir de las explicaciones generales desarrolladas en los apartados anteriores, expondremos de qué manera la eficiencia de la justicia civil permite justificar la flexibilidad de las normas procesales. Esto es, de qué manera la eficiencia constituye uno de los fundamentos de la flexibilidad.

La justicia civil, en el cumplimiento de sus fines, tiene que desplegar y consumir una serie de recursos: medios personales, materiales, económicos y temporales. Una de las particularidades de la justicia civil es que la actividad jurisdiccional se encuentra regulada por el Derecho procesal. Esta rama del Derecho regula diversas materias, entre ellas muchos aspectos relativos a los medios que utiliza la jurisdicción. El Derecho procesal regula aspectos personales, quien decide (el juez, un jurado), quien interviene (partes y sus abogados, terceros interesados, terceros sin interés, como testigos o peritos, etc.), incluso regula aspectos del personal administrativo de los tribunales (designación, remuneración, grado jerárquico, etc.). Además regula aspectos monetarios del proceso (tasas, costas, honorarios, etc.). También regula aspectos temporales (emplazamiento, audiencias, juzgamiento en plazo razonable, etc.).

En consecuencia, si existe un imperativo de eficiencia que exige que los fines se maximicen y los medios se reduzcan y, si además el empleo de los medios necesarios para el cumplimiento de los fines de la justicia civil se encuentra regulado por las normas procesales, entonces, la flexibilidad se justifica plenamente. Una regulación flexible permite o contribuye a que se cumpla el imperativo de la eficiencia. Una regulación flexible permite adecuar el procedimiento a las particularidades del caso concreto y con ello, confiere mayor libertad para disponer de los medios de la forma más eficiente posible⁶⁹⁷.

⁶⁹⁷ En un sentido similar véase REDONDO, “Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes”, *Revista Jurídica UNIGRAN*, 2013, p. 104. Comoglio relaciona lo que él llama principio de “adaptabilidad” o “elasticidad” con la

Así por ejemplo, si un determinado procedimiento exige realizar de forma obligatoria dos audiencias, y el juez se encuentra con un asunto simple que puede resolverse en una sola, esta rigidez procesal le impedirá reducir costos temporales y gastos. En sentido inverso, si un procedimiento sumario debe concluirse en una sola audiencia, y el juez conoce un asunto que es especialmente complejo, que para una mejor resolución requeriría más tiempo y una segunda audiencia, esta rigidez del procedimiento le impedirá realizar las actividades procesales necesarias para obtener un mejor conocimiento del caso, y le dificultará dictar una sentencia correcta jurídica y fácticamente, y en consecuencia, le impedirá alcanzar el fin de la justicia.

Desde luego, una regulación procesal flexible no es suficiente para alcanzar la eficiencia de la justicia civil, pues se necesitan también de otros aspectos (culturales, científicos, profesionales, etc.)⁶⁹⁸. Sin embargo, la flexibilidad sí constituye una herramienta necesaria que puede contribuir a cumplir el imperativo de la eficiencia.

economía procesal: *Comoglio, Il principio di economia processuale*, 1980, p. 57. Da Cunha, por su parte, aunque no fundamenta la flexibilidad en la eficiencia, sí considera que se encuentran estrechamente relacionadas y que ambas son exigencias del debido proceso. Cfr. DA CUNHA, “A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de processo civil brasileiro”, *Revista de processo*, 2014, pp. 77, 78, 80 – 82.

⁶⁹⁸ Sobre los aspectos legales, materiales y culturales que contribuyen a la eficiencia, véase CAPONI, “Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: Prime note sistematiche”, pp. 3 y ss. Disponible en red: <https://www.academia.edu/211692/R. Caponi. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile prime note sistematiche 2010>. (última visita 12 de septiembre de 2018).

CAPÍTULO CUARTO

MECANISMOS E INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE CONFIEREN FLEXIBILIDAD AL PROCEDIMIENTO

En el presente capítulo tiene por objeto identificar, analizar y explicar los diferentes mecanismos e instituciones jurídicas que permiten conferir flexibilidad al procedimiento. Y además, construir un sistema conceptual que permita clasificarlos y exponerlos en forma ordenada y sistemática.

En el primer capítulo analizamos el concepto de flexibilidad y construimos una definición a partir de la idea de adaptabilidad. En el tercer capítulo, identificamos y analizamos los fundamentos de la flexibilidad. Por una parte, la instrumentalidad del Derecho procesal, en su aspecto negativo o antiformalismo y en su aspecto positivo o eficacia. Y por la otra, la eficiencia de la justicia civil. Por lo tanto, el paso siguiente consiste en reconocer cuáles son las reglas, los dispositivos, las instituciones o las propiedades de las normas procesales que al existir o concurrir en un determinado sistema le confieren flexibilidad al procedimiento.

Para lograr nuestro objetivo, en el apartado (I) intentaremos formular una distinción y sistematización de los diversos mecanismos; (II) luego analizaremos los distintos aspectos de la flexibilidad de las normas jurídicas y, por último, (III) analizaremos los mecanismos de flexibilidad del procedimiento.

Nuestra hipótesis en este capítulo es que la flexibilidad procesal no depende exclusivamente de las facultades conferidas a las partes o al juez para determinar o modificar el procedimiento. La flexibilidad depende también de ciertas propiedades de las normas jurídicas, del contenido

amplio de ciertas normas procesales y de una regulación antiformalista de la invalidez procesal⁶⁹⁹.

I. Un intento de distinción y sistematización

1. Precisiones y premisas

Para poder ordenar y sistematizar los diferentes mecanismos que confieren flexibilidad al procedimiento es necesario tener presente algunas precisiones y premisas:

(1) Algunos autores se refieren a esta materia como especies o formas de flexibilidad⁷⁰⁰. Sin embargo, en nuestro parecer la flexibilidad como característica o propiedad de las normas procesales es una sola, no existen diversos tipos de flexibilidad. Lo que sí existen son diferentes mecanismos, dispositivos o particularidades de las normas jurídicas que permiten que el procedimiento se adapte o se ajuste a las diferentes particularidades del caso concreto

(2) En segundo lugar, se debe recordar que, como explicamos en el Capítulo I, la flexibilidad es una característica que se atribuye a las normas jurídicas que regulan el proceso. Esta característica puede atribuirse a la regulación en su conjunto, es decir, al procedimiento. Puede atribuirse a una institución o conjunto de normas determinadas como, por ejemplo, los escritos de postulación, los recursos, la audiencia preliminar o preparatoria, etc. Y también puede atribuirse a una norma en particular. De esta manera, la flexibilidad de una norma particular o de una determinada institución procesal va a contribuir a la adaptabilidad del conjunto, es decir, va a conferir flexibilidad al procedimiento.

⁶⁹⁹ Estas ideas las adelantamos en PEÑA ADASME, *Un procedimiento a medida: la flexibilidad procedimental del arbitraje en la ley 60/2003*, 2014, pp. 13 – 16; 24 y ss.

⁷⁰⁰ Por ejemplo, CABRAL, “Convenciones en materia procesal”, en NOGUEIRA; CAVANI, (Coord.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 296, 303 y 305.

2. Distinciones o clasificaciones en la doctrina procesal

Atendida la escasa reflexión sobre la flexibilidad procesal no son muchos los autores que han abordado esta materia. Entre los pocos que lo han hecho, tampoco parece existir acuerdo sobre cuáles son estos mecanismos o estos “tipos de flexibilidad”. Sin embargo, es posible identificar algún grado de coincidencia.

Según explicamos previamente, por regla general la doctrina arbitral restringe la flexibilidad a la posibilidad conferidas a las partes o al árbitro para determinar o cambiar las normas del procedimiento⁷⁰¹.

Biavati, por su parte, en el ámbito del proceso civil, aunque sin profundizar mayormente en el punto, identifica al menos cinco elementos de la flexibilidad:

“Además, la flexibilidad consiste en algunos ingredientes estructurales, los cuales permanecen iguales: la consideración de las cualidades del caso individual, el uso de cláusulas generales (como la buena fe), el menor peso de los errores procesales, el diálogo entre el juez y las partes, y un fuerte poder discrecional del tribunal”⁷⁰².

En la doctrina brasileña, entre quienes la flexibilidad es bien conocida, la obra de referencia es la monografía de Da Fonseca Gajardoni, quien identifica cuatro sistemas de flexibilización procedimental: (1) flexibilidad procedimental legal genérica, en aquellos casos en que la ley autoriza al juez a adaptar el procedimiento de forma incondicionada; (2) flexibilidad

⁷⁰¹ Por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2013, p. 55; NIEVA FENOLL, “Las excepciones en el arbitraje”, en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, 2009, pp. 861 y 862; del mismo autor, “La oralidad en el arbitraje”, *Ibidem*, pp. 953 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral”, en *Estudios de Derecho judicial. La nueva ley de arbitraje*, 2006, pp. 372 y 373; GUZMÁN FLUJA, “Artículo 25. Determinación del procedimiento”, en BARONA VILAR, (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, 2011, pp. 1158 y ss. En Chile, ROMERO SEGUEL, “Nociones generales sobre la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho*, 1999, p. 406; GONZÁLEZ, “Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas ‘decisoriae’ y ‘ordinatoriae litis’ vinculantes en el arbitraje irritual y en la jurisdicción de equidad”, *Revista de Derecho*, 2013, p. 557; VÁSQUEZ PALMA, “La nueva ley de arbitraje comercial internacional de Chile y su análisis comparativo con la ley española”, *Revista de Derecho*, 2005, p. 542.

⁷⁰² “Besides, flexibility consists of some structural ingredients, which remain the same: the consideration of the qualities of the single case, the use of general clauses (such as good faith), the weaker weight of procedural mistakes, the colloquium between the judge and the parties, a strong power of discretion on the court”. BIAVATI, “Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe?”, CARPI; LUPOLI, (eds.), *Essays on transnational and comparative civil procedure. Scritti sul diritto processuale civile transnazionale e comparato*, 2001, p. 98.

procedimental legal alternativa, que consiste en la posibilidad del juez de elegir entre dos o más alternativas expresamente previstas por la ley; (3) flexibilidad procedimental judicial, que consiste en la posibilidad del juez de adaptar el procedimiento en ausencia de norma que lo autorice expresamente; y (4) flexibilidad procesal voluntaria, que consiste en la facultad entregada a las partes para elegir algunos procedimientos o actos procesales⁷⁰³.

Por su parte, Cabral identifica cuatro especies de flexibilización procedimental; (1) por imposición legal; (2) derivada de un acto judicial; (3) por acto de partes, y (4) sistema en que la ley autoriza variación y al mismo tiempo permite las adaptaciones por acto judicial⁷⁰⁴.

Nuestra hipótesis en este punto plantea que es posible y conveniente hacer una distinción metodológica entre la flexibilidad de las normas procesales individualmente consideradas y la flexibilidad del procedimiento en su conjunto. La flexibilidad de las normas procesales depende de (1) ciertas propiedades de las normas jurídicas; (2) del contenido amplio de ciertas normas, y (3) de una regulación antiformalista de la invalidez procesal. Estas tres circunstancias permiten conferir flexibilidad a las normas procesales y con ello confieren también flexibilidad al procedimiento.

Por su parte, la flexibilidad del procedimiento depende, además de la flexibilidad de las normas procesales, (1) de los poderes del juez y (2) de los poderes de las partes para determinar y/o modificar el procedimiento establecido.

Desde luego esta clasificación teórica es simplemente metodológica y solo tiene por objeto facilitar la explicación. En ningún caso se trata de compartimientos estancos o completamente separados. Normalmente, la flexibilidad procesal está determinada por una combinación de mecanismos. Así por ejemplo, los poderes de las partes para acordar normas de procedimiento pueden establecerse por medio de normas amplias o abiertas, como un concepto jurídico indeterminado. Los poderes del juez pueden regularse por medio de principios jurídicos. En ambos casos, podría

⁷⁰³ DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*, 2007, pp. 157 y ss.

⁷⁰⁴ CABRAL, "Flexibilização procedimental", *Revista eletrônica de direito processual*, 2016, pp. 157 – 158 y 161; del mismo autor, "Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coord.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 217 – 221.

establecerse mayores o menores grados de antiformalismo en la regulación de la invalidez procesal, etc.

Nuestra segunda hipótesis es que, aunque estos mecanismos flexibilizadores pueden tener diversos fundamentos, finalidades o justificaciones, ellos también sirven o permiten conferir flexibilidad al procedimiento. Es decir, algunos de estos mecanismos y sus fundamentos o justificaciones son en alguna medida coincidentes o coherentes con los fundamentos de la flexibilidad y con el concepto de adaptabilidad.

II. Flexibilidad de las normas jurídicas y flexibilidad de las normas procesales

En los apartados siguientes analizaremos y explicaremos ciertas características o cualidades de las normas jurídicas. Nuestro propósito es explicar cómo y de qué manera estas características o cualidades confieren flexibilidad a esas normas. La explicación se referirá a las normas jurídicas en general.

Las normas procesales son un tipo de normas jurídicas y por lo tanto no presentan diferencias sustanciales con el resto de las normas. Desde luego se puede afirmar que, en la medida que regulan actuaciones en el contexto de una función pública, las normas procesales son, al menos tendencialmente, más rígidas que las normas jurídicas en general. Así por ejemplo, podríamos entender que ciertas normas constitucionales, procesales o penales son más rígidas que las normas civiles o comerciales. Sin embargo, se trata de una diferencia simplemente gradual y no cualitativa.

Por lo tanto, todo lo que digamos sobre la flexibilidad de las normas jurídicas en general será también aplicable a las normas procesales, aunque en algunos casos la flexibilidad pueda presentarse en algún grado menor. Una vez establecida de qué manera estas cualidades o formas de ser de las normas jurídicas confieren flexibilidad a las normas procesales se comprenderá que esto contribuye también a conferir flexibilidad al procedimiento en su conjunto.

1. Vaguedad (del lenguaje) del Derecho

La vaguedad es una característica o propiedad de los conceptos o significados que consiste en la falta de claridad de sus límites de aplicación. En términos técnicos, es la indeterminación de la extensión o denotación de una palabra en relación con su connotación o intensión⁷⁰⁵. Es decir, la vaguedad es la indeterminación o falta de claridad sobre los diversos objetos a los cuales un concepto o significado se aplica.

Como explican Moreso y Vilajosana: “Cuando se trata de establecer cuáles son los objetos nombrados por una palabra de clase o expresión lingüística general, puede suceder que la misma se refiera, sin duda alguna, a ciertos objetos que, sin duda, no se aplique a otros; pero que haya otros objetos a los que es dudoso si la palabra se aplica o no. Cuando esto sucede, decimos que el significado (concepto) expresado por la palabra o expresión es vago”⁷⁰⁶.

Los autores suelen explicar la vaguedad utilizando la metáfora del foco de luz y la zona de penumbra. De acuerdo a ésta, un concepto o significado sería como un foco de luz. Existirían zonas completamente iluminadas las cuales corresponden a los objetos respecto a los cuales no existe duda que el concepto se aplica. Del mismo modo habría una zona de oscuridad no iluminada por la luz que corresponde a los objetos respecto a los cuales existe certeza que el concepto no se aplica. Sin embargo, existiría también una zona de penumbra que corresponde a todos aquellos objetos respecto a los cuales no existe claridad si el concepto se aplica o no⁷⁰⁷.

La vaguedad puede presentarse por diversos motivos. En algunos casos alguna propiedad necesaria para la aplicación del concepto es relativa, es decir, se presenta en forma continua de manera que no existe claridad sobre el punto donde comienza y/o termina el atributo, como por ejemplo, “alto”, “rápido”, etc⁷⁰⁸. Es un tipo de indeterminación que Lifante denomina “vaguedad graduable”⁷⁰⁹. En el ámbito procesal expresiones como “plazo

⁷⁰⁵ VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, p. 95; MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, p. 154. Sobre los conceptos de extensión o denotación y connotación o intensión, *Ibidem*, p. 151.

⁷⁰⁶ MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, p. 154; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, p. 95.

⁷⁰⁷ *Ídem*.

⁷⁰⁸ MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, pp. 154 y 155; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, p. 96.

⁷⁰⁹ LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, 1999, pp. 203 - 209.

razonable”, “cuestión accesoria”, “gestión útil”, “casos graves y urgentes” son vagas en este sentido.

En otros casos, no existe claridad si las propiedades para la aplicación del concepto son todas necesarias y suficientes. Por ejemplo, parece existir claridad que el concepto “vehículo” incluye a un automóvil. ¿Pero este concepto incluye a un ascensor o una escalera mecánica? ¿Es la posibilidad de desplazarse en cualquier dirección una propiedad necesaria del concepto vehículo o simplemente una propiedad suficiente?⁷¹⁰ Se trata de una indeterminación que Lifante denomina “vaguedad combinatoria”⁷¹¹. En el ámbito procesal, por ejemplo, pueden existir dudas sobre los elementos o propiedades necesarias y suficientes de los términos “subsanción”⁷¹² o “documento”⁷¹³.

Como se puede apreciar, la vaguedad es una propiedad del lenguaje natural. El Derecho en general y el Derecho procesal en particular se expresan por medio del lenguaje natural. Por este motivo, este problema del lenguaje natural se comunica o se traslada al Derecho⁷¹⁴.

Habiendo explicado en términos generales en qué consiste la vaguedad (del lenguaje) del Derecho resta ahora explicar porqué y de qué manera entendemos que esta característica permite o contribuye a conferir flexibilidad al Derecho en general y a las normas procesales en particular. En nuestra opinión, la vaguedad permite conferir flexibilidad a las normas procesales pues esta indeterminación en la aplicación de ciertos conceptos permite que ellos puedan aplicarse o no de acuerdo a las diversas circunstancias de hecho del caso particular. En la medida que existe indeterminación respecto de los límites, es posible su aplicación a diversos casos particulares. Este grado de indeterminación de los límites del concepto confiere al aplicador de la norma algún grado de maniobra para adaptar la norma jurídica a los diversos casos particulares.

Como explican Moreso y Vilajosana:

⁷¹⁰ Esta explicación la hemos tomado de: MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, p. 155; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, p. 95.

⁷¹¹ LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, 1999, pp. 203 – 209.

⁷¹² Sobre el concepto de subsanción véase, por ejemplo, GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanción de los defectos procesales*, 2012, pp. 47 – 71.

⁷¹³ Sobre el concepto de documento público véase, por ejemplo, MENESES PACHECO, *El documento público como medio de prueba en el proceso civil chileno*, 2017, pp. 15 – 104.

⁷¹⁴ ATRIA, “H. L. A. Hart y la textura abierta del derecho”, *Anuario de filosofía jurídica y social. Diálogos con Norberto Bobbio y G. H. Von Wright*, 1999, p. 381.

“Sí es interesante destacar, en cambio, que ni la vaguedad actual ni la potencial deben ser consideradas siempre como defectos. A veces, su presencia permite mantener las mismas formulaciones normativas vigentes durante mucho tiempo. Es decir, posibilita que, sin proceder a su derogación, aquellas se vayan adaptando, a través de las sucesivas interpretaciones, a los cambios sociales que modifican la denotación usual de ciertos términos”⁷¹⁵.

Un buen ejemplo de una norma que presenta algún grado de vaguedad que contribuye a la flexibilidad del procedimiento es la descripción legal del *periculum in mora* en España. La LEC describe este supuesto como “situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria” (art. 728.1 LEC). En un sentido similar, el CPC chileno permite decretar medidas precautorias (cautelares) en forma previa al juicio siempre que existan “motivos graves y calificados” (art. 279 CPC).

Como se puede apreciar, el supuesto de hecho que condiciona y justifica la posibilidad de decretar una medida cautelar está descrito de tal manera, que diversas situaciones hecho pueden ser invocadas. Por esta razón, se trata de una norma flexible que puede adaptarse a diversas posibles circunstancias.

2. Textura abierta (del lenguaje) del Derecho

La textura abierta del lenguaje es un tipo de vaguedad que se caracteriza por no ser actual, sino potencial o futura, que se produce frente al surgimiento de un nuevo caso especial que no pudo ser previsto al momento de determinar los elementos o propiedades del concepto.

La expresión “textura abierta” fue formulada originalmente por Waismann⁷¹⁶ y luego se popularizó en la teoría del Derecho, fundamentalmente a partir de las explicaciones de Hart en el capítulo VII de *El Concepto de Derecho*⁷¹⁷. Otros autores se refieren a esta como vaguedad “intensional”⁷¹⁸. Con esta expresión los autores pretenden explicar y

⁷¹⁵ MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, p. 156; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, p. 98.

⁷¹⁶ WAISMANN, “Verifiability”, en FLEW (ed.), *Essays on logic and language (First series)*, 1993, pp. 117 – 144. El texto original fue publicado como WAISMANN, FRIEDRICH, “Verifiability”, en FLEW, ANTONY (ed.), *Logic and language*, Blackwell, Oxford, 1951, pp. 117 – 144, al cual no hemos podido acceder.

⁷¹⁷ HART, *El concepto de Derecho*, 1991, pp. 155 y ss.

⁷¹⁸ Véase MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, p. 156; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, p. 97.

desarrollar un aspecto adicional de la vaguedad del lenguaje. La vaguedad supone la indeterminación de los límites de aplicación de un concepto. Se trata de una indeterminación actual. En cambio, la textura abierta se refiere al hecho que, a pesar de que actualmente un concepto pueda no ser vago, esto no excluye la posibilidad de que en el futuro surja algún caso con características especiales que no fueron previstas al momento de determinar sus propiedades o elementos. En este sentido, todos los conceptos están sujetos a una vaguedad futura o potencial⁷¹⁹. Los conceptos no vagos están expuestos a volverse vagos si surge un caso especial. Los conceptos ya vagos están expuestos a volverse aun más indeterminados frente a un nuevo caso particular. En palabras de Hart:

“Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrá lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”⁷²⁰.

Como explican Moreso y Vilajosana:

“Cuando se presenta un supuesto en el que aparece alguna o algunas de estas propiedades que no habíamos tomado en consideración es normal que surjan dudas que no puedan ser eliminadas por un proceso mecánico o deductivo a partir del significado usual de la palabra. En este sentido, puede decirse que el uso de la palabra está abierto, no decidido de una vez por todas... Cuando pensamos haber delimitado completamente las palabras de clase, el caso insólito nos muestra que en un aspecto no contemplado faltaba tal determinación. No existe un criterio que sirva para incluir o excluir todos los casos posibles, por la sencilla razón de que no podemos prever todos los casos posibles.

No podemos agotar la descripción de un objeto ni, por tanto, formular una lista completa de todas las propiedades... Y no podemos, simplemente, porque es imposible prever empíricamente la aparición en los objetos de propiedades que no poseían en el momento en que se eligieron las propiedades definitorias de la palabra para designarlos”⁷²¹.

Como se puede apreciar, en la explicación tradicional de la textura abierta, al igual que lo que ocurre con la vaguedad, esta constituye una

⁷¹⁹ Cfr. las explicaciones de WAISMANN, “Verifiability”, en FLEW (ed.), *Essays on logic and language (First series)*, 1993, pp. 120 y ss.; LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, 1999, pp. 200 – 201; MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, pp. 155 – 157; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, pp. 97 – 98.

⁷²⁰ HART, *El concepto de Derecho*, 1991, p. 159.

⁷²¹ MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, p. 156; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, p. 97.

propiedad del lenguaje, de los lenguajes naturales. Como explica Hart: "... la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho"⁷²². En consecuencia, en la medida que el Derecho se expresa por medio del lenguaje natural, esta característica de se comunica y afecta a las normas jurídicas⁷²³.

Sin embargo, en *El concepto de Derecho* Hart da una explicación adicional que de alguna manera es contradictoria a la anterior⁷²⁴. De acuerdo a esta segunda explicación, la textura abierta no es una consecuencia inevitable de los lenguajes naturales, pues si quisiéramos, eventualmente, esta vaguedad podría eliminarse. La textura abierta, es consecuencia del hecho que es conveniente tener normas con estas características. Y la razón es que esto permitiría encontrar un balance adecuado entre las necesidades de certeza y adecuación⁷²⁵.

"Inmediatamente después de presentar la noción de textura abierta,... Hart explica que la falta de certeza en los casos marginales no es nada que haya que lamentar. Pero en el curso de esa explicación la naturaleza de la tesis de la textura abierta cambia: ella se convierte en una tesis no ya sobre características inescapables de los lenguajes naturales como nosotros los conocemos, sino sobre la *conveniencia* de tener reglas con textura abierta (*i. e.* reglas que no son completamente ciertas y predecibles) La tesis deja de ser una sobre el lenguaje para convertirse en una sobre el derecho"⁷²⁶.

"... si podemos eliminar la falta de certeza en la zona marginal, es simplemente incorrecto decir que la falta de certeza en la zona marginal existe porque no puede ser eliminada; la razón por la cual el derecho es incierto en casos difíciles (o penumbrales) es *no* alguna característica de los lenguajes naturales (incluido el lenguaje del derecho), sino la muy diferente razón que no es razonable

⁷²² HART, *El concepto de Derecho*, 1991, p. 159.

⁷²³ ATRIA, "H. L. A. Hart y la textura abierta del derecho", *Anuario de filosofía jurídica y social. Diálogos con Norberto Bobbio y G. H. Von Wright*, 1999, p. 381.

⁷²⁴ En lo que sigue nos basamos en las explicaciones de Fernando Atria. Véase ATRIA, "H. L. A. Hart y la textura abierta del derecho", *Anuario de filosofía jurídica y social. Diálogos con Norberto Bobbio y G. H. Von Wright*, 1999, pp. 379 y ss.; "Del Derecho y el razonamiento jurídico", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1999, pp. 79 - 119. Lifante formula una lectura similar de la obra de Hart en relación con la indeterminación del Derecho. Cfr. LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, 1999, pp. 200 - 223; 235 - 236; 247.

⁷²⁵ ATRIA, "H. L. A. Hart y la textura abierta del derecho", *Anuario de filosofía jurídica y social. Diálogos con Norberto Bobbio y G. H. Von Wright*, 1999, pp. 382 - 384; LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, 1999, pp. 195 - 196.

⁷²⁶ ATRIA, "H. L. A. Hart y la textura abierta del derecho", *Anuario de filosofía jurídica y social. Diálogos con Norberto Bobbio y G. H. Von Wright*, 1999, p. 382.

intentar resolver 'por adelantado, pero también a oscuras' cuestiones que no podemos identificar.

Siguiendo esta segunda línea de argumentación, Hart explica que la causa del problema no radica en los límites a los niveles de certeza a la que los seres humanos pueden acceder usando los lenguajes que ellos (nosotros) de hecho tienen, sino en la necesidad de encontrar un balance adecuado entre dos 'necesidades sociales' que compiten entre sí, i. e.⁷²⁷

“... por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, puedan ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenten en un caso concreto”⁷²⁸.

“La textura abierta, entonces, no es un límite externo que restringe los niveles de certeza que el derecho puede tener, sino la *consecuencia de una decisión*, una decisión acerca de cómo conciliar los requerimientos de certeza con los de adecuación”⁷²⁹.

Llegados a este punto es necesario explicar porqué consideramos a la textura abierta una propiedad que permite conferir flexibilidad al procedimiento⁷³⁰. La respuesta es diferente según qué explicación se use para entender la textura abierta.

Si utilizamos la explicación tradicional de la textura abierta como propiedad de los lenguajes naturales podemos reiterar los argumentos dados a propósito de la vaguedad del lenguaje. En la medida que existe indeterminación respecto de los límites de ciertos conceptos esto permite que ellos puedan ser aplicables a nuevos casos que vayan surgiendo. Esta indeterminación de los límites del concepto confiere al aplicador de la norma algún grado de maniobra para adaptar la norma jurídica (procesal) a las nuevas situaciones particulares. Como sostienen Moreso y Vilajosana: “ni la vaguedad actual ni la potencial deben ser consideradas siempre como defectos. A veces, su presencia permite mantener las mismas formulaciones normativas vigentes durante mucho tiempo. Es decir, posibilita que, sin proceder a su derogación, aquellas se vayan adaptando, a través de las

⁷²⁷ ATRIA, “H. L. A. Hart y la textura abierta del derecho”, *Anuario de filosofía jurídica y social. Diálogos con Norberto Bobbio y G. H. Von Wright*, 1999, p. 383.

⁷²⁸ HART, *El concepto de Derecho*, 1991, p. 162.

⁷²⁹ ATRIA, “H. L. A. Hart y la textura abierta del derecho”, *Anuario de filosofía jurídica y social. Diálogos con Norberto Bobbio y G. H. Von Wright*, 1999, pp. 383 y 383.

⁷³⁰ Los pocos autores que se refieren a la flexibilidad procesal no suelen referirse ni a la vaguedad ni a la textura abierta del lenguaje del Derecho como mecanismos de flexibilización.

sucesivas interpretaciones, a los cambios sociales que modifican la denotación usual de ciertos términos”⁷³¹.

La otra opción es entender la textura abierta de acuerdo a la segunda explicación dada por Hart, esto es, como el resultado de una decisión consciente destinada a conciliar las necesidades de certeza y adecuación. De acuerdo a esta explicación, la textura abierta permite conferir flexibilidad a las normas procesales (y al Derecho en general) precisamente porque para eso ha sido establecida. Esta indeterminación ha sido deliberadamente creada con el objeto de adecuar (adaptar) la regla a un caso futuro no previsto. Pues se considera que es mejor decidir los casos futuros *a posteriori* cuando ellos se presenten, considerando todas sus particularidades y no decidirlos “por adelantado y a oscuras”⁷³².

Los mismos ejemplos dados en el apartado anterior relativos a las medidas cautelares pueden ser usados aquí para explicar cómo una textura abierta confiere flexibilidad al procedimiento. Las expresiones: “situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria” de la LEC (art. 728.1), o bien, la expresión: “motivos graves y calificados” del CPC chileno (art. 289), presentan una textura abierta, pues permiten su aplicación a diversos casos futuros no previstos. Y con ello confieren a la regulación cautelar un razonable y adecuado grado de flexibilidad.

3. *Conceptos jurídicos indeterminados de carácter normativo*

De acuerdo a las explicaciones de Engisch, un concepto jurídico indeterminado de carácter normativo es aquel para cuya aplicación a un caso concreto siempre se requiere formular una valoración⁷³³. Es decir, “el volumen normativo de estos conceptos tiene que ser llenado con valoraciones en cada caso concreto”⁷³⁴.

Estos conceptos jurídicos son indeterminados pues no existe claridad ni certeza respecto de los casos a los cuales se aplica. En este sentido se trata

⁷³¹ MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, p. 156; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, p. 98.

⁷³² La expresión es de Fernando Atria. Cfr. ATRIA, “H. L. A. Hart y la textura abierta del derecho”, *Anuario de filosofía jurídica y social. Diálogos con Norberto Bobbio y G. H. Von Wright*, 1999, p. 383.

⁷³³ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, 1967, p. 143.

⁷³⁴ *Ídem*.

de un caso especial de vaguedad del lenguaje del Derecho. Sin embargo, la particularidad radica en que el concepto no utiliza solo expresiones descriptivas sino también valorativas. Es decir, para determinar la aplicación del concepto no basta con la percepción de la realidad sino que es necesario formular una valoración⁷³⁵. Como explican Atienza y Ruiz Manero, se trata de conceptos “que son centralmente vagos y que no tienen solo una periferia de textura abierta... la inmensa mayoría de los casos reales exige una tarea de concreción, esto es, una ponderación de factores relevantes cuya identidad y posibles combinaciones no resultan anticipables (sic)”⁷³⁶.

En relación con lo que nos interesa para efectos de nuestra investigación, esto es, la aptitud de los conceptos jurídicos indeterminados de carácter normativo para conferir flexibilidad⁷³⁷ al procedimiento, esta capacidad aparece claramente expresada en las explicaciones de Engisch:

“... los conceptos normativo-objetivos gozan de una particularidad, de un privilegio, del que a menudo carecen los conceptos descriptivos: utilizando las valoraciones a que están referidos, pueden acomodarse elásticamente a las condiciones especiales de cada caso y también a los posibles cambios que sobrevienen en las concepciones valorativas”⁷³⁸.

“... Una buena parte de la función de estos conceptos normativos es permanecer abiertos al cambio de las valoraciones...”⁷³⁹.

“Plazo razonable”⁷⁴⁰ o “buena fe procesal”⁷⁴¹, “gestión útil”⁷⁴², “amistad íntima o enemistad manifiesta”⁷⁴³ son ejemplos paradigmáticos de este tipo de conceptos en el ámbito procesal.

⁷³⁵ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, 1967, pp. 141 – 143.

⁷³⁶ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 25 y 26. Véase también, LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, 1999, p. 221.

⁷³⁷ Sobre esta capacidad de los conceptos jurídicos indeterminados de carácter valorativo así como de otros estándares jurídicos para permitir la adaptación a los casos concretos en el ámbito del Derecho privado, en la doctrina chilena, véase BARROS BOURIE, “Conceptualismo y vulgarismo en el Derecho civil patrimonial”, en FIGUEROA YÁÑEZ; BARROS BOURIE; TAPIA RODRÍGUEZ (Coords.), *Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, 2010, pp. 21 – 36.

⁷³⁸ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, 1967, p. 162.

⁷³⁹ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, 1967, p. 161.

⁷⁴⁰ LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, 1999, p. 221.

⁷⁴¹ PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, 2013, p. 72; GORIGOITÍA ABBOTT, “El contenido del deber de buena fe en el proceso civil: una propuesta de interpretación del artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, s/f. p. 27; del mismo autor, “La buena fe en el proceso civil chileno”, *Nomos*, 2008, p. 143.

⁷⁴² Art. 152 CPC Chileno.

4. Principios jurídicos

Otra materia a la cual es necesario referirse a propósito del tema de la flexibilidad de las normas procesales son los principios jurídicos. El tema de los principios jurídicos es especialmente relevante en materia procesal⁷⁴⁴ por a lo menos dos razones. En primer lugar, pues una parte medular de la regulación procesal está constituida por los derechos y garantías procesales. Estos derechos fundamentales, según muchos autores, constituyen verdaderos principios jurídicos⁷⁴⁵. Pero además, porque gran parte del contenido del Derecho procesal se suele agrupar, explicar y sistematizar con base en la elaboración de principios jurídicos, sea que tengan el carácter de derecho fundamental o no⁷⁴⁶. Los principios de imparcialidad del juzgador, del juzgamiento en un plazo razonable o el principio de audiencia son ejemplos de principios que tienen el carácter de garantías procesales. Por su parte, los principios oportunidad, necesidad, dispositivo, oficialidad, aportación de parte, investigación oficial, inquisitivo, acusatorio, impulso procesal de parte o de oficio, inmediación, la preclusión, economía procesal, eventualidad, son principios, o bien, simples reglas técnicas que no constituyen propiamente derechos fundamentales.

En este apartado no nos referiremos ni desarrollaremos el contenido de los diversos principios procesales⁷⁴⁷. No es esta nuestra intención. Solo

⁷⁴³ art. 219 N° 9 LOPJ de España.

⁷⁴⁴ Sobre el punto, véase MONTERO AROCA, *et. al.*, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 240 – 243; PEYRANO, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, 1978, pp. 7 y ss.; ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 49 – 57; BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, p. 48; CAROCCA PÉREZ, *Manual de Derecho procesal. Tomo II. Los procesos declarativos*, 2003, pp. 24 y 25. Véase también, PALOMO VÉLEZ, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, 2008, pp. 24 – 29; HARASIC YAKSIC; MATURANA MIQUEL; MARÍN GONZÁLEZ, “Principios generales en el nuevo código procesal civil”, *Revista de Derecho Procesal*, 2012, pp. 196 – 200.

⁷⁴⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 82; MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, p. 89; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, p. 116; CONTESSE SINGH, “Reglas y principios en Chile: ¿Jerarquía entre los derechos constitucionales?”, *Anuario de filosofía jurídica y social. Sobre la cultura jurídica chilena*, 2002, pp. 62 y ss. En materia procesal, véase MONTERO AROCA, *et. al.*, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 241 – 243; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 63 – 66.

⁷⁴⁶ MONTERO AROCA, *et. al.*, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 240 – 243.

⁷⁴⁷ Sobre el tema de los principios procesales véase la clásica obra de MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*, 1945. Véase también, PEYRANO, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, 1978, *passim*; VESCOVI, “Los principios procesales en el proceso civil latinoamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1981, pp. 227 – 265; *Teoría*

abordaremos algunas cuestiones de teoría general de las normas en relación con la flexibilidad de las normas procesales. Se trata de aspectos que puedan ser útiles para alcanzar el objetivo de este apartado, esto es, explicar de qué manera estas particularidades de los principios permiten conferir flexibilidad al procedimiento.

El tema de los principios jurídicos es especialmente complejo y difícil en el ámbito de la teoría general del Derecho. Nuestra intención no es abordar y analizar toda la discusión teórica referente a los principios jurídicos⁷⁴⁸. Simplemente, nos limitaremos a referirnos a algunas ideas que se han postulado a propósito de la distinción entre principios y reglas como dos formas que pueden adoptar las normas jurídicas⁷⁴⁹.

General del Proceso, 1984, pp. 51 - 70. Más recientemente, BERIZONCE, “Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencia del derecho internacional de los derechos humanos)”, en *Actas del Congreso Internacional Derecho en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, 2012, pp. 15 - 74.

⁷⁴⁸ Sobre los principios jurídicos en general véase, ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 23 - 68; “Sobre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1991, pp. 101 - 120; “Reglas, principios y derrotabilidad”, en DÍEZ-PICAZO *et al.*, *Nos ad justitiam esse natos. Libro en homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1911 - 2011)*, 2011, pp. 1117 - 1137; PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992, *passim*; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, *passim*; ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, *passim*; MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, pp. 89 - 93; GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, pp. 15 - 25; GUASTINI, *La sintaxis del derecho*, 2016, pp. 75 - 82. En Chile, véase los trabajos reunidos en CARBONELL; LETELIER; COLOMA, *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, 2011. Véase también, BARROS BOURIE, “Reglas y principios en el Derecho”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, N°2, Valparaíso, 1984, pp. 269 - 281; SAFFIE G., “Sobre la (irrelevante) distinción entre reglas y principios”, *Anuario de filosofía jurídica y social. Ponencias en Santiago II*, 2007, pp. 393 - 408; CONTESSÉ SINGH, “Reglas y principios en Chile: ¿Jerarquía entre los derechos constitucionales?”, *Anuario de filosofía jurídica y social. Sobre la cultura jurídica chilena*, 2002, pp. 53 - 93; SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, pp. 270 - 289.

⁷⁴⁹ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 28 - 43; “Sobre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1991, pp. 101 - 120; PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992, pp. 29 - 64; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 131 - 216; ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, pp. 29 - 109; GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, pp. 15 - 25. En Chile, véase BARROS BOURIE, “Reglas y principios en el Derecho”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, 1984, pp. 269 - 281; SAFFIE G., “Sobre la (irrelevante) distinción entre reglas y principios”, *Anuario de filosofía jurídica y social. Ponencias en Santiago II*, 2007, pp. 393 - 408; CONTESSÉ SINGH, “Reglas y principios en Chile: ¿Jerarquía entre los derechos constitucionales?”, *Anuario de filosofía jurídica y social. Sobre la cultura jurídica chilena*, 2002, pp. 53 - 93. En materia procesal véase MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 30 - 40.

En un primer acercamiento, y como cuestión general, se puede afirmar que constituye un lugar común afirmar que los principios jurídicos son más generales, imprecisos e indeterminados que las reglas⁷⁵⁰. Los principios al igual que todas las demás normas jurídicas también se expresan por medio del lenguaje natural. Por este motivo están expuestos a la indeterminación propia de este tipo de lenguaje. Por lo tanto, para los principios jurídicos valen las mismas reflexiones formuladas anteriormente, referidas a la vaguedad, la textura abierta y los conceptos jurídicos indeterminados de carácter normativo. Sin embargo, cuando se afirma que los principios son más indeterminados que las reglas lo que se quiere decir es que estos están expuestos a un mayor grado de indeterminación que deriva de cuestiones adicionales que es necesario explicitar. En términos simples esta mayor indeterminación se presenta tanto (1) en el supuesto de hecho como (2) en la consecuencia jurídica:

(1) Cuando los autores abordan el tema de la distinción entre principios y reglas constituye un lugar común entender que, a diferencia de las reglas que tienen sus condiciones de aplicación establecidas en forma cerrada en el supuesto de hecho, los principios jurídicos no tienen establecidos sus condiciones de aplicación⁷⁵¹, o bien, tienen establecidas sus condiciones de aplicación en forma abierta (porque algunas o todas sus condiciones son implícitas)⁷⁵². Atienza y Ruiz Manero entienden que esta circunstancia sería

⁷⁵⁰ GUASTINI, *La sintaxis del derecho*, 2016, pp. 75 y 76; ALEXYS, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 83; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 132, 137 y 138; PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992, p. 25; BELADIEZ ROJO, *Los principios jurídicos*, 1994, p. 78; BARROS BOURIE, "Reglas y principios en el Derecho", *Anuario de filosofía jurídica y social*, 1984, pp. 270 – 272; COLOMA CORREA, "Los principios como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos", en CARBONELL *et al.*, *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, 2011, pp. 5 y 6.

⁷⁵¹ GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, pp. 18 y 19, 22, 24 y 25; ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, pp. 37 – 40; PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992, pp. 33 – 40; ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, 2008, pp. 110 y 111; BELADIEZ ROJO, *Los principios jurídicos*, 1994, pp. 78, 82 y 83. Sobre el punto, en Chile, véase BARROS BOURIE, "Conceptualismo y vulgarismo en el Derecho civil patrimonial", en FIGUEROA YÁÑEZ; BARROS BOURIE; TAPIA RODRÍGUEZ (Coords.), *Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, 2010, pp. 22, 23 y 27.

⁷⁵² ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 30 – 34; GUASTINI, *La sintaxis del derecho*, 2016, p. 77; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 137 – 158; MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, p. 90; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, p. 116.

común a los dos tipos de principios que ellos distinguen: los principios jurídicos propiamente tales y las directrices o normas programáticas⁷⁵³.

Como se puede apreciar, no se trata de una indeterminación que deriva de la vaguedad del lenguaje, pues esta puede estar presente tanto en las reglas como los principios. Esta mayor indeterminación de los principios es consecuencia de que estos no especifican las condiciones de aplicación, o lo hacen en forma implícita. El principio de buena fe prescribe la obligación de mantener un comportamiento leal y que respete ciertos parámetros de justicia, pero de su contenido no se desprende expresamente cuando debe aplicarse. En cambio, las reglas sí establecen en el supuesto de hecho las condiciones de su aplicación. Así por ejemplo, la norma que exige la notificación personal, establece sus condiciones de aplicación (en toda gestión judicial, la primera notificación a las partes o personas a quienes hayan de afectar sus resultados)⁷⁵⁴. Como explican Atienza y Ruiz Manero:

“Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas...”⁷⁵⁵.

(2) Otro aspecto que se suele mencionar para efectos de distinguir entre principios y reglas se refiere a la forma de aplicación de la consecuencia jurídica a un caso concreto. En términos simples, se entiende que la aplicación de la consecuencia jurídica a un caso concreto es más rígida y estricta tratándose de las reglas que de los principios. Las reglas se aplicarían “de modo absoluto *todo o nada*, mientras que los principios, de modo gradual *más o menos*”⁷⁵⁶.

⁷⁵³ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 27, 30 – 34. Esta distinción entre principios y directrices (*policies*) ya se encontraba en la obra de Dworkin. Cfr. DWORKIN, “The model of rules”, *University of Chicago Law Review*, 1967, pp. 22 y ss.; *Taking rights seriously*, 2005, pp. 14 – 45. En este sentido, véase GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, p. 16, cita 2.

⁷⁵⁴ Véase el art. 40 del Código de Procedimiento Civil Chileno.

⁷⁵⁵ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, p. 31.

⁷⁵⁶ ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, pp. 40 y 41. El autor llama a este criterio “modo final de aplicación”. Sobre este criterio de distinción véase también las explicaciones de PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992, pp. 33 y ss.; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 142 y ss.; GUASTINI, *La sintaxis del derecho*, 2016, p. 78; ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, 2008, p. 125; GONZÁLEZ

La discusión contemporánea sobre los principios jurídicos está en gran medida influenciada por la obra de Dworkin⁷⁵⁷, por lo que vale la pena reproducir sucintamente algunas de sus ideas al respecto:

“La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas [entiéndase reglas] es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”⁷⁵⁸.

“Pero no es así como operan los principios mostrados anteriormente. Ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se beneficie de las injusticias que comete. De hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal, de sus injusticias”⁷⁵⁹.

LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, pp. 18 y ss.; MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, pp. 90 y 91; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, pp. 116 y 117. En materia procesal véase MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 30 – 32, 36 – 38.

⁷⁵⁷ El trabajo original es: DWORKIN, “The model of rules”, *University of Chicago Law Review*, 1967, pp. 14 – 46. Posteriormente este artículo aparece contenido en el capítulo segundo de: DWORKIN, *Taking rights seriously*, 2005, pp. 14 – 45. Alexy menciona algunos antecedentes en la doctrina alemana de los años cuarenta y cincuenta del siglo XX. Cfr. ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 2003, p. 93. Sobre Dworkin en Chile, véase los trabajos reunidos en *Revista de Ciencias Sociales, Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje*, N° 38, Edeval, Valparaíso, 1993, *passim*; OLIVA EKELUND, “Los principios de Dworkin y su ubicación en la controversia entre positivismo jurídico y iusnaturalismo”, en SQUELLA (dir.), *Positivismo jurídico y doctrinas del Derecho natural. Revista de Ciencias Sociales*, 1996, pp. 441 – 484.

⁷⁵⁸ DWORKIN, *Los derechos en serio*, 1989, pp. 74 y 75. El texto original es: “*The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision*”. Cfr. DWORKIN, *Taking rights seriously*, 2005, p. 24.

⁷⁵⁹ DWORKIN, *Los derechos en serio*, 1989, pp. 75 y 76. El texto original es: “*But this is not the way the simple principles in the quotations operate. Even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met. We say that our law respects the principle that no man may profit from his own wrong, but we do not mean that the law never permits a man to profit from wrongs he commits. In fact, people often profit, perfectly legally, from their legal wrongs*”. Cfr. DWORKIN, *Taking rights seriously*, 2005, p. 25.

“Esta primera diferencia entre normas y principios trae consigo otra. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso o importancia. Cuando los principios se interfieren... quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación [sic] exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene”⁷⁶⁰ -⁷⁶¹.

Estas ideas de Dworkin fueron tomadas y, en alguna medida, profundizadas, mejoradas y precisadas por Alexy:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”⁷⁶² - ⁷⁶³.

Alexy además explica que la diferencia entre principios y reglas se aprecia al analizar los conflictos de reglas y los conflictos de principios. Según este autor, el conflicto de reglas se soluciona o bien introduciendo una

⁷⁶⁰ DWORKIN, *Los derechos en serio*, 1989, pp. 77 y 78. El texto original es: “*This first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect... one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is*”. Cfr. DWORKIN, *Taking rights seriously*, 2005, p. 26.

⁷⁶¹ Sobre la distinción de Dworkin, véase también las explicaciones de FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 163 – 185.

⁷⁶² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, pp. 86 y 87. Véase también, ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 2003, pp. 95 y ss.; *El concepto y la validez del Derecho*, 1994, pp. 161 y ss.

⁷⁶³ Sobre la distinción de Alexy, véase también las explicaciones de GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 185 – 198.

excepción especial o bien declarando inválida alguna de las reglas⁷⁶⁴. En cambio el conflicto entre principios se soluciona de manera diferente. En este caso “uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado hay que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera diversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso”⁷⁶⁵.

Como se puede apreciar, de acuerdo a Dworkin y Alexy, el modo final de aplicación de las reglas y los principios es diferente. Si se dan en los hechos las condiciones de aplicación de la regla y esta es válida, debe aplicarse su consecuencia jurídica. En cambio, tratándose de los principios jurídicos, si se dan los hechos que ameritan su aplicación, de esto no se desprende que deban aplicarse necesariamente la consecuencia jurídica ni en qué medida deba aplicarse.

Para Atienza y Ruiz Manero estas explicaciones de Alexy son plenamente aplicables en el caso de las directrices o normas programáticas, pero no en el caso de los principios propiamente tales. Según estos autores las directrices son aquellas normas que estipulan una “obligación de perseguir determinados fines”⁷⁶⁶, pero esta obligación no se requiere cumplir en forma plena, sino “en la mayor medida posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios disponibles”⁷⁶⁷. De esta manera, los autores entienden que este tipo de principios se caracterizan

⁷⁶⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 88.

⁷⁶⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 89. Véase también, ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 2003, pp. 96 – 101; *El concepto y la validez del Derecho*, 1994, pp. 162 – 165. Para explicaciones adicionales, véase ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, pp. 46 – 57; PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992, pp. 40 – 43.

⁷⁶⁶ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, p. 26.

⁷⁶⁷ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, p. 34.

porque establecen de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como su consecuencia jurídica (la conducta prescrita como debida)⁷⁶⁸.

Por el contrario, Atienza y Ruiz Manero entienden que estas explicaciones de Alexy no son aplicables en el caso de los principios jurídicos propiamente tales. Para ellos, los principios jurídicos propiamente tales, tienen establecido en forma abierta sus condiciones de aplicación pero su consecuencia jurídica, la conducta prescrita, sí se encuentra determinada en forma específica. Los autores dan como ejemplo el principio de no discriminación. Este principio, aunque no describe en forma específica sus condiciones de aplicación, sí establece claramente la conducta calificada como debida, esto es, no discriminar⁷⁶⁹.

Para estos autores, la diferencia entre reglas y los principios jurídicos propiamente tales consiste en que estos establecen la conducta debida (consecuencia jurídica) en forma *prima facie*. Es decir, la consecuencia jurídica que el principio propiamente tal exige solo es debida en la medida que no exista otro principio que, en el caso concreto, tenga más peso y lo desplace⁷⁷⁰. Similares explicaciones formula Alexy aunque referido en general a los principios sin subdistinguir. Según él los principios “no contienen *mandatos definitivos* sino solo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas”⁷⁷¹.

A partir de las explicaciones formuladas en los apartados anteriores se pueden desprender a lo menos tres ideas que nos resultan útiles para efectos de explicar de qué manera los principios jurídicos permiten conferir flexibilidad al procedimiento⁷⁷²:

⁷⁶⁸ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 33 y 34. En sentido similar, véase GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, pp. 18 y ss.

⁷⁶⁹ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 30 – 33. Véase también GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, pp. 18 y ss.

⁷⁷⁰ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 31 – 33.

⁷⁷¹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 99.

⁷⁷² De hecho, algún autor se ha referido a la indeterminación característica de los principios como elasticidad. Cfr. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 132, 140; COLOMA CORREA, “Los principios como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos”, en CARBONELL *et al.*, *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, 2011, p. 14.

(1) Los principios jurídicos no tienen establecidos sus condiciones de aplicación, o bien, tienen establecidas sus condiciones de aplicación en forma abierta. Esto quiere decir que ellos no solo se aplican a un conjunto cerrado de situaciones. Por el contrario, de acuerdo a esta indeterminación característica de los principios ellos tienen la potencialidad de aplicarse a diversas situaciones posibles. Es decir, esto confiere al aplicador un margen de libertad mayor para adecuar o adaptar el principio a las diversas particularidades del caso concreto. Es en este sentido que entendemos que permite conferir flexibilidad al procedimiento⁷⁷³.

(2) Si los principios son mandatos de optimización (ya sean todos los principios o solo las directrices), es decir, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, y en consecuencia, ellos pueden ser cumplidos en mayor o menor grado según las características del caso concreto, entonces ellos confieren al aplicador un cierto grado de libertad o movilidad mayor que en el caso de las reglas. Pues ellos deben decidir en qué medida y en qué grado debe ser cumplido aquello que el principio ordena. Por lo tanto, de esta forma de aplicación final del principio se desprende su aptitud para ser adecuado o adaptado a las particularidades del caso concreto, y en consecuencia, para conferir flexibilidad al procedimiento.

(3) Por último, si los principios no establecen mandatos en forma definitiva sino solo *prima facie*, es decir, aquello que el principio exige como debido puede ser desplazado si de acuerdo a las características del caso concreto concurre otro principio de mayor peso, entonces resulta patente que en su aplicación existe un grado de libertad mayor que las reglas. En otras palabras, si la consecuencia jurídica no se aplica directamente sino solo en la medida que, de acuerdo al caso concreto, no existan otros principios (en definitiva otras razones) de mayor peso, entonces los principios tienen la aptitud de ser adaptados al caso concreto y con ello permiten conferir flexibilidad al procedimiento.

Estas características de los principios y su aptitud para conferir flexibilidad son explicadas claramente por Coloma Correa:

⁷⁷³ Sobre esta capacidad de los principios jurídicos así como de otros estándares jurídicos para permitir la adaptación a los casos concretos en el ámbito del Derecho privado, en la doctrina chilena, véase BARROS BOURIE, "Conceptualismo y vulgarismo en el Derecho civil patrimonial", en FIGUEROA YÁÑEZ; BARROS BOURIE; TAPIA RODRÍGUEZ (Coords.), *Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, 2010, pp. 26 y ss. Destacando la ayuda que los principios pueden prestar el dinamismo y flexibilidad del Derecho, ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, p. 53.

... en muchos casos los principios nacen de formulaciones normativas muy abstractas que pueden dar origen –una vez que se lleva a cabo el acto interpretativo- a un universo amplio de normas de conducta de las que se espera que, a lo menos una de ellas pueda adaptarse a las circunstancias más relevantes del caso difícil que se nos presente.

... Así, recurrir a los principios del derecho implica –en ocasiones- ir en pos de la flexibilización de un mundo en el que ya se dispone de un arsenal de reglas que ha traído consigo la estandarización de muchas (pero no todas) las decisiones de los tribunales de justicia, de las respuestas de las autoridades administrativas e, incluso, de los consejos de los abogados”⁷⁷⁴.

Por su parte, la estrecha vinculación entre principios y proceso y, a su vez, la conexión entre la generalidad de los primeros y la flexibilidad del segundo, que postulamos como hipótesis en este apartado de la investigación, es explicada también por Priori Posada en un interesante trabajo de título especialmente evocador: “El proceso dúctil”:

“En el Estado constitucional la existencia del proceso está justificada por la necesidad de realización de una serie de principios constitucionales. Estos principios constitucionales no solo son la razón de ser del proceso, sino que las líneas directrices que le sirven de molde, un molde que por las características mismas de los principios con base en los cuales se construye, resulta ser un molde flexible”⁷⁷⁵.

Profundizando en la relación entre principios constitucionales y el proceso el mismo autor agrega que:

“Si bien la Constitución no tiene reglas, pero tiene principios, los principios constitucionales del proceso, aquellos que el legislador debe seguir y respetar. Esos mismos principios son aquellos que deben llevar al juez a adecuar los procedimientos previstos por el legislador...”⁷⁷⁶.

Somos conscientes que algunos de estos criterios para distinguir entre principios y reglas han sido seriamente cuestionado en la teoría general del derecho⁷⁷⁷. Sin embargo, estos planteamientos están destinados

⁷⁷⁴ COLOMA CORREA, “Los principios como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos”, en CARBONELL, *et al.*, *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, 2011, p. 13.

⁷⁷⁵ PRIORI POSADA, “El proceso dúctil”, en XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2015, p. 991.

⁷⁷⁶ PRIORI POSADA, “El procedimiento preestablecido en la ley: la crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado constitucional”, en PRIORI POSADA (Coord.), *Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*, 2013, p. 592.

⁷⁷⁷ PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992, pp. 33 y ss.; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 144 y ss.; ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, pp. 38 – 40; PECZENIK, “Los principios jurídicos según Manuel

fundamentalmente a relativizar la distinción más que a negarla. Con ello se busca refutar la tesis fuerte de la separación entre principios y reglas, para adoptar una tesis débil de la separación. Es decir, estas críticas a la distinción entre principios y reglas solo buscan sostener la idea que entre estándares normativos solo existiría una diferencia de grado y no cualitativa.

Así por ejemplo, se afirma que, por más general que sea un principio, siempre existirá en alguna medida condiciones de aplicación⁷⁷⁸. Así, por ejemplo, el principio de buena fe procesal, que aparentemente no tiene condiciones de aplicación, puede entenderse referido a cualquier actividad realizada en el contexto de un proceso jurisdiccional. Del mismo modo, se afirma que un principio bien puede expresarse en forma condicional, como regla jurídica⁷⁷⁹. El principio de buena fe podría expresarse entendiendo que, siempre que las partes realicen alguna actuación en el contexto de un proceso jurisdiccional, ellas deberán actuar de buena fe⁷⁸⁰.

Sin embargo, estas dos ideas no refutan el hecho de que estas condiciones de aplicación son especialmente genéricas y abiertas y confieren un alto grado de libertad en la aplicación del principio. Pues siguen siendo muchas e innumerables las actuaciones procesales en las cuales se podría aplicar el principio de buena fe. Por su parte, reglas como las que exigen la notificación personal, siguen teniendo condiciones de aplicación más específicas o cerradas, confiriendo menos libertad al aplicador.

También se ha criticado el criterio referido a la forma de aplicación de la consecuencia jurídica. Fundamentalmente se relativiza la idea de que las reglas se apliquen de forma todo o nada⁷⁸¹. Algunos autores entienden que no es cierto que las reglas se apliquen de forma absoluta o rígida. Las reglas

Atienza y Juan Ruiz Manero”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1992, pp. 327 – 331; FERRAJOLI, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 2012, pp. 800 y ss.; “Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 2013, pp. 559 – 572. Para críticas adicionales, desde la doctrina procesal, véase MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 37 – 40.

⁷⁷⁸ Por ejemplo, GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, p. 151; PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992, p. 3.

⁷⁷⁹ GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 149 – 155; ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, pp. 38 – 40.

⁷⁸⁰ Las respuestas a estas críticas en ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 52 – 61.

⁷⁸¹ ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, pp. 41 – 58; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 173 – 185, 196 – 198.

deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto de las demás reglas y principios jurídicos⁷⁸². De esta forma, en muchos casos las reglas también deben ceder ante otras razones (otros principios⁷⁸³, analogía⁷⁸⁴, *ouerruling*, cancelación de la razón justificadora, circunstancias del caso concreto⁷⁸⁵, etc.). Las reglas también exigirían algún grado de ponderación⁷⁸⁶. En consecuencia, en muchos casos las reglas, al igual que los principios, también tendrían un carácter *prima facie*^{787 - 788}.

Tratándose de estas críticas, nuevamente, solo relativizan la distinción entre principios y regla y refutan la tesis fuerte de la separación entre ambos. Sin embargo, estas críticas no afectan nuestras ideas sobre la aptitud de los principios para conferir flexibilidad al proceso. Por el contrario, en la medida que extienden algunas de estas características también a las reglas, estas críticas refuerzan nuestras conclusiones.

Si no es cierto que las reglas se apliquen de forma todo o nada, sino que las reglas, al igual que los principios, también exigen ponderación, y también tienen un carácter *prima facie*, entonces, la aptitud que predicamos de los principios para conferir flexibilidad al proceso, también puede extenderse y predicarse de las reglas. Con ello se amplía el número de circunstancias y características de las normas jurídicas (procesales) que permiten conferir flexibilidad al procedimiento.

⁷⁸² GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 178 y 179, 197.

⁷⁸³ ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, pp. 44 y 45.

⁷⁸⁴ En caso de la analogía la norma se aplicaría no solo en los casos previstos sino a otros casos que presenten supuesto de hecho similar. Cfr. ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, p. 46; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 175, 177, 179 – 183.

⁷⁸⁵ ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, pp. 41, 43, 45, 46; BARROS BOURIE, “Conceptualismo y vulgarismo en el Derecho civil patrimonial”, en FIGUEROA YÁÑEZ; BARROS BOURIE; TAPIA RODRIGUEZ (Coords.), *Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, 2010, pp. 28 y ss.

⁷⁸⁶ ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, pp. 49, 51, 53; PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992, pp. 46, 47 y 48.

⁷⁸⁷ GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, p. 197; PECZENIK, “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1992, pp. 328 y 329.

⁷⁸⁸ Para algunas respuestas a estas críticas, véase ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 61 – 68; ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 2003, pp. 104 y ss.

5. Reglas de fin y directrices

Otra cuestión que puede ser útil a los efectos de los objetivos perseguidos en estos apartados, es mencionar la tipología de normas formuladas por Atienza y Ruiz Manero en su monografía *Las piezas del Derecho*, y entre estas, referirnos especialmente a las reglas de fin y las directrices. En esta obra se distingue, dentro del género de las reglas, dos tipos: las reglas de acción y las reglas de fin. Por su parte, dentro del género de los principios, también distinguen dos tipos: los principios propiamente tales y las directrices o normas programáticas. Para formular esta distinción los autores recurren a dos criterios estructurales, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (casos genéricos y soluciones normativas en la terminología de Alchourrón y Bulygin)⁷⁸⁹.

En el apartado anterior mencionamos de qué manera los autores distinguen entre principios y reglas a partir del supuesto de hecho. De acuerdo con ellos, las reglas (sean reglas de fin o reglas de acción) tienen establecidas sus condiciones de aplicación en forma cerrada. En cambio, los principios (propiamente tales o directrices) tienen establecidas sus condiciones de aplicación en forma abierta⁷⁹⁰.

En lo que respecta al segundo criterio, de acuerdo a estos autores, las reglas de acción, que constituirían la regla general, son aquellas en que la consecuencia jurídica consiste en la realización o no de una determinada conducta. Es decir, este tipo de normas califican normativamente como obligatorio, prohibido o permitido una determinada acción⁷⁹¹. Por su parte, las reglas de fin son aquellas en que la consecuencia jurídica, esto es, aquello que establecen como debido es la obtención de un determinado estado de cosas. Aquellas normas en que la calificación deóntica, aquello que es obligatorio, prohibido o permitido es la obtención de un cierto estado de cosas, la obtención de un fin determinado⁷⁹².

Por su parte, y como ya mencionamos en el apartado anterior, para estos autores los principios propiamente tales, son aquellos cuya

⁷⁸⁹ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 26, 29 – 34. La misma distinción es seguida en GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, pp. 15 – 25.

⁷⁹⁰ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 30 y 31; GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, pp. 16 – 18, 22.

⁷⁹¹ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 29 y 30; GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, p. 16.

⁷⁹² ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, p. 30; GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, pp. 17 y 18.

consecuencia jurídica consiste en la realización de una determinada conducta. Estos principios establecen como obligatorio, prohibido o permitido una determinada acción⁷⁹³. Por su parte, las directrices son aquellas en que la consecuencia jurídica consiste en la obtención de un determinado estado de cosas⁷⁹⁴, es decir, aquellas normas que estipulan una “obligación de perseguir determinados fines”⁷⁹⁵.

Una idea similar de directrices se puede encontrar en la obra de Dworkin y Ferrajoli. De acuerdo a Dworkin, las directrices o directrices políticas (*policies*) son aquellos estándares jurídicos que “proponen un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos)”⁷⁹⁶. Ferrajoli, por su parte, entiende que los principios directivos o directivas son aquellas normas que “formulan objetivos políticos y de las que, por eso, no son concebibles una violación o una específica observancia; en efecto, pues su referencia empírica no consiste en comportamientos determinados, cualificables como sus cumplimientos o incumplimientos, sino en políticas públicas, es decir, en complejos heterogéneos de posibles actividades, ninguna de las cuales es abstractamente determinable como su actuación o inactuación”⁷⁹⁷.

Resumiendo lo dicho hasta aquí se puede concluir que las reglas de fin y las reglas de acción se asemejan, pues ambas establecen sus condiciones de aplicación en forma cerrada. Sin embargo, se diferencia en lo que respecta a la consecuencia jurídica. Las reglas de acción establecen como debida una determinada acción o conducta, en cambio, las reglas de fin establecen como debido un determinado estado de cosas o fin.

Los principios propiamente tales y las directrices se asemejan en cuanto tienen establecidos sus condiciones de aplicación en forma abierta.

⁷⁹³ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 30 – 33; GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, pp. 18 y 19.

⁷⁹⁴ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 33 y 34.

⁷⁹⁵ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, p. 26.

⁷⁹⁶ DWORKIN, *Los derechos en serio*, 1989, p. 72.

⁷⁹⁷ FERRAJOLI, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 2012, p. 801. Véase también, FERRAJOLI, “Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 2013, pp. 559 – 572.

En cambio se diferencian en cuanto a su solución normativa. Los principios propiamente tales establecen como debido una determinada acción, en cambio, las directrices establecen como debido un estado de cosas o fin determinado.

En lo que sigue limitaremos nuestra atención exclusivamente en las reglas de fin y a las directrices, pues sobre ambas es necesario tener en cuenta algunas cuestiones. De acuerdo a las explicaciones anteriores, ambas tienen como rasgo común la forma que adopta la consecuencia jurídica, pues en ambos casos aquello que la norma establece como debido es la obtención de un determinado estado de cosas, la obtención de un fin. A partir de esta característica se desprende que:

(1) Este tipo de normas pueden establecer o no las conductas o medios que se consideran necesarias para alcanzar el estado de cosas o fin determinado⁷⁹⁸. Especialmente relevante para nuestros objetivos en este apartado, son aquellas normas que señalan estas conductas o medios mediante de una enumeración meramente ejemplar, aquellas que dejan abierta la posibilidad de utilizar otras conductas o medios “similares”, o bien, aquellas que simplemente no señalan cuáles son estas conductas o medios necesarios. Esta forma que pueden adoptar las reglas de fin y las directrices implica que se entrega al aplicador la posibilidad de determinar cuál es, entre todas las conductas posibles, la mejor para alcanzar el fin que la norma establece.

Así por ejemplo, una norma que establezca que la primera notificación del demandado debe ser hecha en forma personal es una norma de acción. Sin embargo, una norma que estableciera que en la primera notificación al demandado debe asegurarse que este tome real y efectivo conocimiento del juicio iniciado en su contra, es una norma de fin, que no establece expresamente la forma de realizar la notificación. Esta podrá hacerse en forma personal o en otra forma diferente en la medida que se alcance el estado de cosas perseguido, consistente en asegurar el real y efectivo conocimiento por parte del demandado del juicio iniciado en su contra.

En la medida que las reglas de fin y las directrices no señalen taxativamente o simplemente no dicen nada en relación con las conductas o medios para alcanzar el estado de cosas por ellas establecidos, este tipo de

⁷⁹⁸ GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, p. 18; ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 30 y 33.

normas entrega al aplicador un margen de libertad mayor. En palabras de Atienza y Ruiz Manero:

“Pero introducir la distinción y hablar de *reglas de fin* –como contrapuestas a las reglas de acción– es relevante cuando la disposición que estipula como obligatoria, por ejemplo, la producción de un determinado estado de cosas deja a la discreción de su destinatario la selección de los medios *causalmente idóneos* para producirlo: en este sentido, las reglas de fin dejan a sus destinatarios *un margen de discreción* que no existe en el caso de las reglas de acción”⁷⁹⁹.

Aunque los autores se refieren específicamente a las reglas de fin, iguales consideraciones pueden extenderse a las directrices. De esta manera, esta mayor libertad en la aplicación permite que este tipo de normas (procesales) puedan ser adaptadas o adecuadas a las diferentes circunstancias del caso concreto y con ello confieren flexibilidad al procedimiento.

(2) Según Atienza y Ruiz Manero, aunque tanto las reglas de fin como las directrices establecen como debido la persecución de un estado de cosas o fin determinado, se diferencian, en cuanto a la consecuencia jurídica, en que las reglas de fin deben cumplirse en forma plena en cambio las directrices deben cumplirse en la mayor medida posible⁸⁰⁰. Sin embargo, estos autores también prevén la posibilidad de que existan reglas de fin que deban cumplirse no en forma plena sino en la mayor medida posible. Los autores mencionan como ejemplo el caso de una norma que ordene a un órgano administrativo, en caso de epidemia, adoptar todas las medidas convenientes para minimizar su impacto⁸⁰¹. En materia procesal uno puede imaginarse una norma que estableciera que durante la audiencia el juez debe adoptar todas las medidas necesarias para lograr la mayor celeridad de la misma. Así por ejemplo, el art. 292 del Código Procesal Penal chileno faculta al juez presidente de la sala en el juicio oral para “impedir que la alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho de defensa”. Además, lo faculta para ejercer “las facultades disciplinarias destinadas a mantener el

⁷⁹⁹ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, p. 30.

⁸⁰⁰ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, p. 34. En sentido similar, GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, p. 23.

⁸⁰¹ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, p. 34, cita 2.

orden y decoro durante el debate, y, en general, a garantizar la eficaz realización del mismo”.

De esta manera, en el caso de las directrices y de este tipo especial de reglas de fin, se trataría de normas que no se cumplen en forma absoluta sino que deben cumplirse en la mayor medida de lo posible⁸⁰². Y además, los fines o estados de cosas que estas normas establecen deberían articularse con los fines establecidos por otras normas de fin u otras directrices⁸⁰³.

En este punto valen todas las consideraciones formuladas en el apartado anterior sobre la forma de cumplir la consecuencia jurídica a propósito de los principios jurídicos, las cuales pueden extenderse aquí a este especial tipo de reglas de fin. En términos simples, tratándose de las directrices y de este tipo especial de reglas de fin⁸⁰⁴, la aplicación de la consecuencia jurídica a un caso concreto es menos rígida. A diferencia de los demás tipos de reglas y los principios propiamente tales, en los cuales la consecuencia jurídica se aplica de forma *todo o nada*, tratándose de este tipo de reglas y las directrices la consecuencia jurídica se aplica de forma más o menos⁸⁰⁵.

Como este tipo de normas ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, y en consecuencia, ellos pueden ser cumplidos en mayor o menor grado según las características del caso concreto, entonces ellas confieren al aplicador un cierto grado de libertad o movilidad mayor que en el caso de los demás tipos de reglas y los principios propiamente tales. Pues ellos deben decidir en qué medida y en qué grado debe ser cumplido aquello que este tipo especial de regla de fin o la directriz ordena. Por lo tanto, de esta forma de aplicación final se desprende la aptitud de este tipo de normas

⁸⁰² ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, p. 34. En sentido similar, GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, p. 23.

⁸⁰³ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 33 y 34. En sentido similar, GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, p. 23.

⁸⁰⁴ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, p. 41.

⁸⁰⁵ ÁVILA, *Teoría de los principios*, 2011, pp. 40 y 41. Véase también las explicaciones de PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992, pp. 33 y ss.; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, 1998, pp. 142 y ss.; GUASTINI, *La sintaxis del derecho*, 2016, p. 78; GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, pp. 18 y ss.; MORESO; VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, 2004, pp. 90 y 91; VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, pp. 116 y 117. En materia procesal véase MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 30 – 32, 36 – 38.

para ser adecuadas o adaptadas a las particularidades del caso concreto, y en consecuencia, para conferir flexibilidad al procedimiento.

(3) Algunos autores entienden que las directrices son tradicionalmente entregadas al juego de los órganos políticos⁸⁰⁶. Sin embargo, aunque esta afirmación es cierta, ella no impide que en ciertos casos este tipo de normas, así como las reglas de fin, puedan ser establecidas en el ámbito procesal para ser aplicadas por el órgano jurisdiccional o las partes. Especialmente si se tiene en cuenta el carácter instrumental del Derecho procesal según se explicará en el siguiente numeral.

(4) Las reglas de fin y las directrices son especialmente relevantes en materia procesal si se tiene presente su carácter instrumental y los diversos planos que esta puede adoptar. Como mencionamos en el capítulo tercero de esta investigación, la instrumentalidad del Derecho procesal implica que este es simplemente un medio para alcanzar ciertos fines⁸⁰⁷. Los diversos planos de la instrumentalidad implican que esta característica se puede predicar del sistema en su conjunto, del proceso y de los demás institutos y normas procesales⁸⁰⁸.

Desde luego la regla general es que las normas procesales al igual que las demás normas jurídicas adopten la forma de reglas de acción. Sin embargo, también es posible que puedan adoptar la forma de directrices o reglas de fin. De esta forma, los fines de las normas procesales pueden establecerse implícitamente mediante reglas de acción (la primera notificación al demandado debe ser hecha en forma personal), o bien, estos fines pueden establecerse expresamente (la primera notificación al demandado debe asegurar un real conocimiento del juicio iniciado en su contra).

⁸⁰⁶ GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, 2015, p. 23.

⁸⁰⁷ Véase capítulo tercero, I, pp. 129 y ss. Cfr. DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 253; GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012, p. 75; del mismo autor, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, p. 577; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 35 y ss.; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 368 y 369.

⁸⁰⁸ Refiriéndose a esta distinción, véase DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 458 y 459, 462, 465. Véase también, DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, p. 75. Liebman se refiere, aunque en forma aislada, tanto a la instrumentalidad del Derecho procesal como a la instrumentalidad de las formas. Cfr. LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 1980, pp. 26 y 173.

Aunque la certeza que otorgan las reglas de acción aconseja que este tipo de normas sigan siendo predominantes, en nuestra opinión estimamos que en muchos casos puede ser conveniente la utilización de reglas de fin o directrices. Especialmente aquellas materias en las cuales puede resultar extremadamente difícil prever todas y cada una de las diversas circunstancias del caso concreto. Como por ejemplo, el caso de las facultades de dirección del juez durante el desarrollo de una audiencia.

Una aproximación similar, aunque desde un punto de vista teórico, ha utilizado recientemente Alan Uzelac en un artículo referido a los problemas del proceso civil en los países mediterráneos de Europa⁸⁰⁹. En dicho artículo el autor hace una serie de propuestas de reforma con el objeto de lograr la mejora en el desempeño de la justicia civil. Sin embargo, desde un punto de vista metodológico, estas propuestas de mejora no se presentan como posibles normas procesales, sino como diversos objetivos. La idea, según el autor, es evitar el debate sobre qué reglas permitirán en la práctica alcanzar mejor los objetivos propuestos. En vez de eso, el autor se limita a enumerar y explicar once objetivos para alcanzar en el proceso civil⁸¹⁰. Objetivos que de ser alcanzados, en su opinión, permitirán una mejora considerable del proceso civil.

Lo interesante de esta propuesta de Uzelac es que estos once objetivos podrían entenderse o concretarse como reglas de fin básicas para el proceso civil. En este sentido, estas propuestas implicarían normas fin como: se rechazarán de inmediato las demandas y apelaciones manifiestamente infundadas; existirá un umbral de tolerancia mínimo para las tácticas dilatorias; se deberá reforzar la oralidad en los procedimientos; se deberá fijar el día de la audiencia al inicio del procedimiento; la etapa de juicio deberá completarse en no más de dos audiencias; etc.

6. Normas alternativas

Entre los pocos autores que han abordado con algún grado de profundidad el tema de la flexibilidad en materia procesal, constituye un lugar común, fundamentalmente a partir de la obra de Da Fonseca Guajardoni, reconocer entre los mecanismos de flexibilización lo que se ha llamado “flexibilidad

⁸⁰⁹ UZELAC, “Reforming mediterranean civil procedure: is there a need for shock therapy?”, en VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, pp. 71 – 99.

⁸¹⁰ *Ídem*.

procedimental legal alternativa”⁸¹¹ y que nosotros aquí abordamos bajo la denominación de normas alternativas.

En términos simples, este mecanismo consiste en que la ley establece dos o más opciones procedimentales, entregando al juez y/o a las partes la facultad de elegir entre uno o más de estos posibles actos procesales. No se trata de aquellos casos en que la ley confiere genéricamente facultades a las partes o el juez para determinar o modificar el procedimiento, a los cuales nos referiremos en apartados posteriores. En este caso, el margen de movimiento que la norma alternativa establece es más restringido, pues solo se puede elegir entre los cursos de acción o entre los actos procesales expresamente previstos⁸¹².

Desde el punto de vista de la teoría general del Derecho se puede concluir que en el Derecho procesal las normas alternativas se construyen mediante una combinación de dos tipos de normas. Por un lado, existe una norma que confiere poder, también llamada norma constitutiva. Esto es, la norma que faculta a las partes o al juez para realizar alternativamente dos o más actos procesales. Además, es necesario también una segunda norma, que en el caso de las partes, la mayoría de las veces será una norma permisiva (las partes pueden realizar A o B), y en el caso del juez será una norma regulativa de carácter obligatoria (el juez debe realizar A o B)⁸¹³.

Los autores que reconocen este mecanismo no suelen profundizar mayormente en las ideas o razones que subyacen a él. La justificación más próxima que hemos encontrado a este tipo de normas en materia jurídica se ha formulado desde la doctrina del Derecho privado en el contexto de las obligaciones alternativas. Somos conscientes que las características de las relaciones jurídicas de Derecho privado no son equivalentes a las relaciones existentes al interior del proceso. Por esta razón, estas justificaciones no pueden trasladarse automáticamente al ámbito procesal. Sin embargo, sí puede ser útil poner atención en sus diferentes elementos para luego reconstruir una explicación que se ajuste a las particularidades del proceso.

⁸¹¹ DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*, 2007, pp. 157 – 159, 179 y ss.; CABRAL, “Flexibilização procedimental”, *Revista eletrônica de direito processual*, 2016, pp. 144, 157 y 158; del mismo autor, “Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais”, en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 218, cita 14 y 15.

⁸¹² DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*, 2007, p. 179.

⁸¹³ ATIENZA; RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2007, pp. 69 y ss., 115 y ss., en especial, p. 84.

Una de las justificaciones de las obligaciones alternativas afirma que: “La función económica o empírica de la obligación alternativa consiste en crear una vinculación *inter partes* y programar la prestación, pero dejando un cierto margen de libertad a aquél que sea titular del derecho de elección. La constitución de la obligación como alternativa permite celebrar un negocio jurídico cuando la voluntad aun no ha decidido plenamente, dentro de un cuadro de prestaciones, cuál es el más conveniente para el interés del estipulante; o bien, como dice Hernández Gil, cuando aún no se han producido aquellas situaciones económicas cuya resolución en uno u otro sentido puede ser influyente para la definitiva dirección de la voluntad”⁸¹⁴.

Como se puede apreciar, esta explicación supone que las partes están vinculadas en una relación jurídica, pero se ha dejado la decisión sobre uno de sus elementos (la prestación específica) para un momento posterior. De esta manera la elección se podrá realizar cuando eventualmente se pueda tener mayores conocimientos sobre las circunstancias concretas y con ello adoptar una decisión que se ajuste de mejor manera a la situación concreta de la parte que puede elegir.

En nuestra opinión, las normas alternativas reflejan fielmente la idea de flexibilidad que hemos sostenido a lo largo de esta investigación. En la medida que la norma alternativa entrega a los sujetos procesales la posibilidad de optar entre dos o más actos procesales, ello permite que estos puedan elegir el curso de acción que mejor se ajuste a las necesidades del momento. Es decir, las normas procesales (en este caso las normas alternativas) pueden ser adaptadas por el juez o las partes de acuerdo a las características y circunstancias del conflicto objeto del juicio.

La doctrina da varios ejemplos de este tipo de normas. Da Fonseca Gajardoni, para el caso brasileño, menciona el cambio desde el procedimiento sumario al ordinario, el carácter facultativo de la audiencia preparatoria, la inversión de la carga de la prueba, la resolución anticipada del pleito, entre otros⁸¹⁵.

En España, la LEC permite a las partes pedir distintos tipos de tutela judicial, tales como, la condena a determinada prestación, la declaración de

⁸¹⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. II Las relaciones obligatorias*, 2008, p. 342. En términos similares véase también, RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, 2012, p. 117; MONTES, *Las obligaciones alternativas*, 1992, pp. 20 y 21.

⁸¹⁵ DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual)*, 2007, pp. 179 y ss.

la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley (art. 5). Los documentos públicos que deben ser acompañados a la demanda pueden presentarse por copia simple, ya sea en soporte de papel o soporte electrónico (art. 267), etc.

En Chile, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil faculta a las partes para interponer en un mismo juicio dos o más acciones con tal que sean compatibles, o bien, dos o más acciones incompatibles siempre que se interpongan unas en subsidio de las otras (art. 17). Por su parte, si transcurren seis meses sin que se dicte resolución alguna en el proceso, es necesario hacer una notificación personal o por cédula (art. 52). En caso de vencimiento de plazos fatales, el tribunal, de oficio o a petición de parte, proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin necesidad de certificado previo (art. 64). Las cuestiones de competencia pueden ser promovidas por las partes por vía de inibitoria o por vía de declinatoria (art. 101). Si se presenta una aclaración, rectificación o enmienda, el tribunal puede resolver de plano o con audiencia (tramitación incidental). Asimismo, puede suspender o no la tramitación del juicio o la ejecución de la sentencia (art. 183). Cuando en un mismo juicio se ventilen dos o más cuestiones que puedan ser resueltas separada o parcialmente, sin que ello ofrezca dificultad para la marcha del proceso, y alguna de ellas llegue a estado de sentencia antes que termine el procedimiento respecto de las demás, el tribunal puede fallar las primeras mediante una sentencia definitiva parcial, o bien, esperar y resolverlas todas juntas en la sentencia definitiva (art. 172). Las excepciones mixtas de cosa juzgada o transacción pueden tramitarse como excepciones dilatorias (procesales), o bien, si son de lato conocimiento, el tribunal puede ordenar contestar la demanda y se reservará su resolución para la sentencia definitiva (art. 304). Las pretensiones en que se reclamen la estimación y pago de honorarios que provengan de servicios profesionales prestados en juicio podrán tramitarse incidentalmente en el mismo proceso, o bien, a través del juicio sumario, según lo estime el acreedor (art. 697), etc.

Todos estos casos antes mencionados reflejan la razón porque consideramos a las normas alternativas como una forma de ser de las normas jurídicas que confiere flexibilidad al procedimiento. En la medida que ellas le otorgan a los sujetos procesales la posibilidad de elegir entre dos

o más cursos de acción o dos o más actos procesales, ellos confieren un cierto grado de libertad o maniobra para que estos puedan elegir aquél que mejor se adecúe o adapte a las circunstancias y características del caso concreto objeto de la controversia.

Así por ejemplo, una norma hipotética que estableciera la posibilidad de solicitar una medida cautelar antes el juez que conoce del juicio, o bien, ante el juez del lugar donde se encontrare el bien de que se trata, es una norma alternativa que confiere flexibilidad al procedimiento. Pues permite al demandante adoptar el curso de acción que mejor de adecúe a sus circunstancias, en este caso, la urgencia y necesidad de tutela, así como la ubicación del bien.

7. Regulación de la invalidez procesal

En los apartados anteriores hemos analizado diversas características, particularidades y formas de ser que pueden presentar las normas jurídicas procesales. Con ello hemos querido revelar como estas propiedades confieren flexibilidad a ciertas normas, y con ello, contribuyen también a conferir flexibilidad al procedimiento. Para finalizar y completar esta parte de la investigación es necesario referirse además a un último aspecto referido al incumplimiento de las normas procesales: la regulación de la invalidez procesal⁸¹⁶.

Nuestra hipótesis en este punto es que una regulación antiformalista de la invalidez procesal dota a las normas procesales de un cierto grado de flexibilidad en su ejecución y con ello contribuye también a conferir flexibilidad al procedimiento. Se trata de una suerte de flexibilidad en la ejecución de actos procesales. El supuesto es el siguiente: que se ejecute un acto procesal sin cumplir con las normas jurídicas que regulan su ejecución.

La doctrina procesal moderna entiende que, una situación de incumplimiento de normas procesales como esta, no implica necesariamente

⁸¹⁶ En materia de invalidez procesal seguimos fundamentalmente a ANDRÉS CIURANA, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, 2005; HERNÁNDEZ GALILEA, *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, 1995; GORIGOITÍA ABBOTT, "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho*, 2013, pp. 129 - 154; del mismo autor, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012; "El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, pp. 575 - 599.

la aplicación de una consecuencia procesal⁸¹⁷. La ineficacia de un acto procesal no es una cuestión automática. No toda irregularidad o vicio en la ejecución en un acto del proceso supone necesariamente la declaración de nulidad y su consecuente ineficacia⁸¹⁸. Las consecuencias jurídicas de este incumplimiento van a depender de diversas opciones normativas contenidas en la regulación de la invalidez procesal. Esta idea se sostiene fundamentalmente en tres pilares: el estándar de invalidez, la subsanación y la convalidación.

En primer lugar, el defecto debe tener una relevancia suficiente para ser considerado inválido de acuerdo al respectivo estándar de invalidez⁸¹⁹. De manera que no todo incumplimiento supone necesariamente la invalidez. En segundo lugar, cuando la irregularidad pueda considerarse invalidante, los fenómenos de la convalidación y subsanación actúan como barreras de contención a la declaración de nulidad y su consecuente ineficacia⁸²⁰. En términos simples la subsanación es la corrección o integración de un acto procesal defectuoso, realizada normalmente por su autor⁸²¹. Por su parte, la

⁸¹⁷ KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 53; VAN RHEE, "Civil justice in pursuit of efficiency", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 73; DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 459; PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2012, pp. 66 – 69; VALLESPÍN PÉREZ, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, 2002, pp. 103 – 105; GORIGOITÍA ABBOTT, "El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, p. 582.

⁸¹⁸ ANDRÉS CIURANA, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, 2005, pp. 59 y ss.; HERNÁNDEZ GALILEA, *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, 1995, pp. 52 y ss.; GORIGOITÍA ABBOTT, "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2013, pp. 132 y ss.; VÉSCOVI, *Teoría General del Proceso*, 1984, pp. 66, 251 y 252, 304 – 307; DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, pp. 585 – 723; CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 283 y ss.; CARRASCO POBLETE, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 2012, pp. 461 – 464.

⁸¹⁹ Sobre el estándar de invalidez, véase ANDRÉS CIURANA, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, 2005, pp. 146 y ss. En el derecho chileno véase: GORIGOITÍA ABBOTT, "El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, pp. 575 – 599.

⁸²⁰ ANDRÉS CIURANA, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, 2005, pp. 244 y ss.; GORIGOITÍA ABBOTT, "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2013, pp. 143 y ss.

⁸²¹ GORIGOITÍA ABBOTT, "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2013, p. 144.

convalidación es la aceptación de los defectos de un acto procesal por aquel que se ha visto afectado por el vicio y que podría alegarlo⁸²². Por lo tanto, si el acto ha sido subsanado o convalidado no se aplicará ninguna consecuencia procesal como la nulidad.

Así por ejemplo, (1) por razones de urgencia alguna de las partes puede verse en la necesidad de hacer una presentación escrita sin cumplir todos los requisitos legales. Sin embargo, frente a la reclamación de la parte contraria el juez puede considerar que estas irregularidades no son invalidantes pues no afectan el derecho de defensa, y de esta manera, entender que no existe necesidad de declarar la nulidad. (2) En la misma hipótesis anterior, aun cuando el juez considere estas irregularidades como invalidantes, puede ocurrir que la parte corrija su presentación dando cumplimiento a los requisitos exigidos, con lo cual se subsana el vicio y la declaración de nulidad se vuelve innecesaria. (3) Las normas procesales normalmente ordenan que la primera notificación al demandado sea en forma personal. Puede ocurrir, sin embargo, que por la dificultad de acceso al domicilio o por la necesaria rapidez que el caso requiere, el tribunal o una parte, deciden notificar por medio de correo electrónico. Si el propio demandado contesta y no reclama la nulidad, se produce la convalidación del vicio y, por lo tanto, no será necesaria la declaración de nulidad.

Como se puede apreciar en estos ejemplos, las necesidades o características del caso concreto pueden provocar que se ejecuten actos procesales sin cumplir con alguno de sus requisitos legales. Sin embargo, este incumplimiento no produce necesariamente la declaración de nulidad y la consecuente ineficacia del acto. Pues los fenómenos de la invalidez, de la convalidación y la subsanación actúan como barreras de contención a la declaración de nulidad. Estos mecanismos hacen que el cumplimiento de las normas que regulan la ejecución de los actos procesales no sea absoluto ni categórico. Por el contrario, en la ejecución de los actos procesales puede existir un cierto grado de apartamiento de las normas que los regulan y que no priva a estos actos procesales de sus efectos normales u ordinarios. Esta posibilidad de apartamiento de la norma en la ejecución de los actos procesales es la que permite su adaptación a las necesidades y circunstancias específicas del caso concreto. Esta posibilidad es la que entrega un cierto grado de flexibilidad en la ejecución del acto procesal y con

⁸²² GORIGOITÍA ABBOTT, "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2013, p. 144.

ello contribuye en alguna medida a conferir flexibilidad al procedimiento civil.

Esta manera de entender el incumplimiento de las normas procesales, así como la regulación de mecanismos procesales como el estándar de invalidez, la subsanación o la convalidación son manifestaciones de la adopción de una posición antiformalista en la regulación de la invalidez procesal⁸²³. A su vez, y como explicamos anteriormente, el antiformalismo es una consecuencia o implicación de la instrumentalidad del Derecho procesal en su sentido negativo⁸²⁴.

En la actualidad, esta forma de entender el incumplimiento de las normas procesales es bastante común en los diversos ordenamientos procesales. Esto se debe a que el antiformalismo también constituye una postura que se encuentra ampliamente compartida⁸²⁵. Esta circunstancia no podría ser de otra manera si se tiene en cuenta que la instrumentalidad del Derecho procesal constituye un lugar común⁸²⁶.

Se pueden señalar diversos ejemplos. El “Proyecto Storme” de 1994 reconoce como tendencia y regula el reconocimiento de los estándares de invalidez de la finalidad del acto y la afectación del derecho de defensa⁸²⁷. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1998 junto con reconocer ambos estándares de invalidez, regula expresamente la convalidación⁸²⁸. Por su parte, Cavani sostiene que el modelo de la finalidad del acto (estándar de invalidez) es reconocido por diversas legislaciones procesales latinoamericanas tales como el Código de Procedimiento Civil

⁸²³ GORIGOITÍA ABBOTT, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, p. 582.

⁸²⁴ Véase capítulo tercero, I, 4.1, pp. 138 y ss.

⁸²⁵ En relación con Europa, STORME, “Rumbos del proceso civil en la Europa unificada”, *Revista de Processo*, 1999, pp. 254 – 255.

⁸²⁶ Relacionando esta forma de entender la nulidad procesal con la instrumentalidad, véase CARRASCO POBLETE, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 2012, pp. 160 – 164.

⁸²⁷ STORME (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l’Union européenne. Approximation of Judiciary Law in the European Union*, 1994, pp. 56, 162 y 163, 181, 217.

⁸²⁸ Véase los arts. 104 y 106. Cfr. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia – Antecedentes – Exposición de motivos*, 1988. Disponible en red: http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf. (Última visita 11 de septiembre de 2018). Véase también, VESCOVI (ed.), *El Código procesal civil modelo para Iberoamérica: texto del antecedente: historia, antecedentes, exposición de motivos*, 1999; *Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, 1989.

colombiano de 1970; el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina de 1968; el Código de Proceso Civil brasileño de 1973; el Código de Procedimiento Civil venezolano de 1985; el Código Procesal Civil paraguayo de 1985; el Código General del Proceso uruguayo de 1988; el Código Procesal Civil de Costa Rica de 1989; y el Código Procesal Civil peruano de 1993⁸²⁹. En Alemania, se contempla la corrección y convalidación de un acto defectuoso⁸³⁰. En Holanda se reconoce tanto la posibilidad de corrección como la necesidad de daño para la aplicación de una sanción⁸³¹. En España, se exige la afectación de garantías constitucionales como estándar de invalidez, además de aceptarse la subsanación y convalidación de los actos⁸³². En Chile también se exige un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad como estándar de invalidez, además de contemplarse la convalidación⁸³³. Incluso en Inglaterra se considera como principio fundamental que los errores procesales no invalidan el proceso pues el juez tiene el poder para remediar el error⁸³⁴.

⁸²⁹ CAVANI, *La nulidad en el proceso civil*, 2014, pp. 160 y 161.

⁸³⁰ KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, p. 53; HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, pp. 207 y 208, 357 y 358.

⁸³¹ VAN RHEE, "Civil justice in pursuit of efficiency", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 73 y 74; VAN RHEE, "Dutch civil procedure: reform and efficiency", en VAN RHEE; UZELAC (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, 2008, p. 48. Véase también, BROECKX, "The discretionary power of the judge. Regional Report: Belgium, France, Italy, Netherlands", en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, p. 246.

⁸³² Véanse los arts. 225.3, 227.1 y 231 LEC. ANDRÉS CIURANA, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, 2005, pp. 188 y ss.; 248 y ss.; GORIGOITÍA ABBOTT, *La subsanación de los defectos procesales*, 2012, *passim*.

⁸³³ Véase el art. 83 Inc. 2° CPC. GORIGOITÍA ABBOTT, "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, 2013, pp. 129 - 154; del mismo autor, "El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, pp. 575 - 599; CARRASCO POBLETE, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 2012, pp. 461 - 611; ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo VI. De los actos procesales y sus efectos*, 2017, pp. 62 - 65.

⁸³⁴ Véase CPR 3.9 y 3.10. Cfr. ZUCKERMAN, "Court case management in England under the Civil Procedure Rules 1998", en GOTTSWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, pp. 6 y ss.; ZUCKERMAN, "Court control and party compliance - The quest for effective litigation management", en TROCKER; VARANO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, pp. 150 y ss.

La flexibilidad procesal entendida de esta manera no suele ser común en la doctrina procesal. Esta circunstancia no sorprende atendido a que las investigaciones sobre la flexibilidad son muy escasas. Nos atrevemos a pensar que se trata de un enfoque propio o particular de esta investigación. Sin embargo, durante el desarrollo de la misma hemos encontrado algunos autores que, excepcionalmente, se refieren a la flexibilidad en términos similares⁸³⁵.

8. Consideraciones conclusivas

En los apartados anteriores hemos explicado que las normas jurídicas en general y las normas procesales en particular presentan ciertas características o tienen cierto contenido que entregan al aplicador algún grado de movilidad en su aplicación. De la misma manera, expusimos como una regulación antiformalista de la invalidez procesal permite que, en la ejecución de un acto procesal, sea posible apartarse de las normas que lo regulan. Como se puede apreciar, no se trata de cuestiones novedosas. Se trata de aspectos bastante conocidos, al menos en el ámbito de la teoría general del Derecho. Pero se trata de cuestiones que es necesario tener en cuenta y analizar en el contexto de la flexibilidad procesal.

Todas estas circunstancias en su conjunto entregan al aplicador algún grado de libertad que permite que las normas procesales puedan adaptarse a las particularidades de cada caso concreto. Todos estos aspectos analizados entregan flexibilidad a las normas procesales, y con ello contribuyen a conferir flexibilidad al procedimiento.

III. Flexibilidad del procedimiento. Poderes del juez y facultades de las partes para determinar o modificar las normas procesales

Como explicamos en el apartado (I) anterior, la flexibilidad del procedimiento en su conjunto depende, además de la flexibilidad de las normas procesales individuales, de las potestades conferidas al juez y de las facultades otorgadas a las partes para determinar y/o modificar el procedimiento previamente establecido.

⁸³⁵ ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, p. 3; BIAVATI, "Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe?", en CARPI; LUPOI (eds.), *Essays on transnational and comparative civil procedure. Scritti sul diritto processuale civile transnazionale e comparato*, 2001, p. 98.

En el Derecho procesal contemporáneo estas cuestiones suelen estar relacionadas y estar reguladas en forma sistemática y armónica. Por nuestra parte, sin embargo, para facilitar la exposición las analizaremos en forma separada.

1. *Poderes del juez*

En el siguiente apartado nos referiremos a los poderes o potestades del juez para determinar y/o modificar el procedimiento y de esta manera conferirle flexibilidad. Desde luego el tema de los poderes del juez en el proceso civil es especialmente extenso y complejo. Sin embargo, no es nuestra intención realizar un desarrollo sistemático de toda esta problemática ni abordarla a cabalidad. Nuestro propósito es simplemente formular algunas ideas generales sobre los poderes del juez que nos permiten contextualizar y comprender de mejor manera aquello que buscamos en esta parte de la investigación: explicar por qué y de qué manera estas potestades del juez son mecanismos que permiten conferir flexibilidad al procedimiento. Para lograr este objetivo haremos una breve referencia histórica a los poderes del juez en la historia reciente del Derecho procesal (apartado 1.1); formularemos algunas distinciones conceptuales en relación con los poderes del juez (apartado 1.2); describiremos las potestades del juez para determinar o modificar el procedimiento en el Derecho comparado (apartado 1.3); luego explicaremos el fundamento de los poderes del juez (apartado 1.4); a continuación explicaremos y desarrollaremos la capacidad de las potestades de determinación y modificación para conferir flexibilidad al procedimiento (apartado 1.5); y por último, concluiremos explicando los límites a estas potestades del juez (apartado 1.6).

1.1 De los poderes del juez al *case management*: referencia a la historia reciente del Derecho Procesal

A. *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895

Tradicionalmente se sostiene que el origen, la discusión y relevancia de los poderes del juez en el proceso civil se encuentra en el *Zivilprozessordnung* austríaco de Franz Klein de 1895⁸³⁶. Como explica Frodl: “Lo que fue único

⁸³⁶ VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 2; VAN RHEE, “The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency”, en VAN

de Klein es que fue el primer modelo de procedimiento para el estado de bienestar, el cual apostó por una autoridad sin precedentes en el juez”⁸³⁷.

Desde luego los poderes del juez en el proceso civil no eran desconocidos con anterioridad a la *Zivilprozessordnung* austríaca⁸³⁸. Antes de esta legislación existieron normas que concedieron poderes al juez, y además, existieron influencias mutas entre la legislación austriaca y otras legislaciones europeas, especialmente la alemana, donde se regulaban poderes de los jueces en el ámbito civil⁸³⁹. Sin embargo, es en la *Zivilprozessordnung* austríaca donde los poderes del juez se insertan coherentemente en una nueva macro comprensión del proceso civil.

Con anterioridad a la *Zivilprozessordnung* austríaca las normas que regulaban y conferían poderes a los jueces en el ámbito civil se insertaban en una ideología de tipo “liberal clásica”. En esta concepción el objetivo fundamental de la justicia civil consistía en la resolución de controversias privadas sin que se reconocieran otros objetivos sociales. El valor fundamental era la libertad y autonomía de las partes. El proceso se consideraba como una cuestión de partes (*sache der parteien*). Por esta razón, se entendió al proceso simplemente como una competición entre

RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, pp. 11, 12 y 22; DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, p. 151; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 235, 240 – 243.

⁸³⁷ “What was unique to Klein was the first (*Procezsmodell des sozialen wohlfahrtsstaates* (*procedural model for a social welfare state*), *wich invested unprecedented authority in the judge*”. FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896”, *Civil Justice Quaterly*, 2012, p. 66. En un sentido similar, véase OBERHAMMER; DOMEJ, “Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800 - 2005)”, en VAN RHEE (ed.) *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 121.

⁸³⁸ Jordi Nieva explica que a pesar de que existieron algunos antecedentes previos, como las medidas para mejor proveer en las Partidas del Derecho castellano o algún antecedente marginal en el Derecho Romano postclásico, “la prueba de oficio nunca debió existir en el proceso civil medieval, salvo que, excepcionalmente, algún juez decidiera practicarla *motu proprio*, por mimetismo con el proceso penal, o porque algún legislador, sin distinguir si se trataba de un proceso civil o penal, la dispuso no sin reparos, como en el caso de la Partida III del Derecho castellano. Pero es poco probable que la prueba de oficio existiera de manera generalizada... Por tanto, cabe concluir que la prueba de oficio en el proceso civil, como la concebimos hoy en día, fue una novedad, probablemente prusiana, del siglo XVIII”. Cfr. NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, pp. 36 – 41, en especial, p. 41.

⁸³⁹ FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896”, *Civil Justice Quaterly*, 2012, pp. 46, 51, 52, 66 y 67; VAN RHEE, “The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency”, en VAN RHEE, *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, pp. 12, 13 y 15;

ambos sujetos involucrados. Por esta razón, además, el devenir del mismo se encontraba entregado a la voluntad de las partes. Eran estas las que determinaban el inicio, el desarrollo y la conclusión del mismo. Como consecuencia de ello al juez le correspondía simplemente la función de un árbitro pasivo que solo observaba y controlaba la regularidad formal de la discusión entre las partes y resolvía quien era el ganador⁸⁴⁰.

En este contexto ideológico del “proceso liberal clásico”, las normas que establecieron y otorgaron poderes a los jueces civiles no eran más que desviaciones o incoherencias de una macro comprensión del proceso civil en la cual dichos poderes eran contradictorios o se alejaban del esquema general.

En cambio, la *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895 constituye una concreción de los cambios de orientación existentes en la época en relación con la función del Estado y la justicia civil, en los cuales los poderes del juez se insertan coherentemente como una consecuencia directa de dichos cambios.

Como explicamos anteriormente, este cambio deja atrás la concepción liberal clásica existente del proceso civil como libre competición de sujetos privados. Ahora la justicia civil se concibe como una de las funciones del Estado, donde no solo se persigue la resolución de conflictos sino también la actuación de la ley. Al tratarse de una función pública, comienzan a reconocerse otros valores como la rapidez, los costos o la eficiencia, y la autonomía de las partes deja de ser el único valor relevante. A consecuencia de esto cambia la función que se le asigna al juez. Este deja de ser un árbitro pasivo en un proceso conducido por la voluntad de las partes. Ahora el juez es un representante del poder estatal que debe gestionar eficientemente el proceso con el objeto de hacer justicia entre las partes aplicando la ley⁸⁴¹.

⁸⁴⁰ TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 154 y 155; FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896”, *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 44 - 47; VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 5 y 6. Para consideraciones adicionales, véase CAPPELLETTI, “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)”, en CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, 1974, pp. 39 y ss.; del mismo autor, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, 1973, pp. 46 y ss.

⁸⁴¹ TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 156 y 157. Véase también PÉREZ RAGONE, “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Revista de Derecho*, 2014, pp. 536 y ss.; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del*

En este contexto ideológico, los poderes del juez ya no son desviaciones o contradicciones de la macro comprensión del proceso. Por el contrario, los poderes del juez resultan ser implicaciones directas y necesarias de esta nueva concepción sobre el proceso y la justicia civil.

Otra razón adicional para ubicar en la *Zivilprozessordnung* austríaca el origen de los poderes del juez civil, por sobre otras legislaciones anteriores que pudieron regular dichos poderes, se debe a la gran relevancia e influencia, normativa y teórica que la Ordenanza procesal civil austriaca tuvo sobre los demás países europeos durante el periodo posterior a su dictación. A diferencia de otras legislaciones de la época, la *Zivilprozessordnung* austríaca es considerada un hito en la historia reciente del Derecho procesal y el comienzo de un cambio de orientación que subsiste hasta el día de hoy⁸⁴².

Como señalamos anteriormente, los planteamientos de Franz Klein, que fueron recogidas en la *Zivilprozessordnung* austríaca, sostienen que: (1) la justicia civil no solo cumple una función privada sino que debe cumplir una función social (*Sozialfunktion*), esto es, debe contribuir al bienestar social (*Wohlfahrtsfunktion*)⁸⁴³. (2) Además, Klein estimó que la justicia civil debía responder, de cara a la sociedad, a factores de eficiencia. En

judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado, 2018, pp. 235 y ss.

⁸⁴² FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 63 y ss.; PÉREZ RAGONE, "El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales", *Revista de Derecho*, 2014, pp. 527 y ss.; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: a retrospective view", en PELLEGRINI GRINOVER; CALMON (eds.), *XIII Congreso Mundial de Derecho Processual - XIII World Congress of procedural law*, 2007, pp. 629 y ss.; TARUFFO, "La justicia civil", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 157 y 158; WALTER FASCHING, "Liberalización y socialización del proceso civil", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1972, pp. 23 - 33; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 243 - 244.

⁸⁴³ KOLLER, "Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond", en UZELAC (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, 2014, pp. 36 y 37; FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 48 y 57. Véase también RECHBERGER, "Economy and efficiency of civil procedure versus litigation culture - An Austrian perspective", en *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure. Materials of international conference, 9 - 10 of May 2013*, 2013, pp. 225 - 242; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 238 - 240.

consecuencia, debía ser rápida, simple y barata⁸⁴⁴. (3) Klein también rechazó la idea de justicia civil como batalla entre las partes. Por esta razón, con el propósito de cumplir la *Sozialfunktion* y alcanzar la verdad, estableció un nuevo equilibrio entre las facultades de las partes y los poderes del juez. Sin mermar las facultades de los litigantes (pues mantuvo vigente el principio dispositivo), confirió al juez importantes poderes para controlar la conducción del proceso. Concretamente, concedió al juez la facultad de dirigir el procedimiento, controlar su duración, conducirlo formalmente en atención a su substancia, instruir a las partes sobre cuestiones de fondo, compensar o atenuar las diferencias sociales que pudieran existir entre las partes, identificar los elementos necesarios para resolver el asunto, rechazar alegaciones o pruebas presentadas tardíamente con el objeto de retrasar indebidamente el proceso, introducir medios de prueba y valorarlos libremente, etc⁸⁴⁵. Además, defendió la idea de que las partes debían cooperar con el juez en la decisión del conflicto⁸⁴⁶.

La *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895 tuvo y tiene hasta el día de hoy una relevancia fundamental en la historia del proceso civil moderno. Esta pasó a tomar el lugar que el *Code de Procédure Civile* francés de 1806 tuvo durante el siglo XIX, en el sentido de constituir la legislación de referencia para los procesos de reforma de los demás países de Europa

⁸⁴⁴ VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 12; TARUFFO, "La justicia civil", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 157; PÉREZ RAGONE, "El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales", *Revista de Derecho*, 2014, pp. 526 y 530; OBERHAMMER; DOMEJ, "Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 121; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: a retrospective view", en PELLEGRINI GRINOVER; CALMON (eds.), *XIII Congreso Mundial de Derecho Procesual - XIII World Congress of procedural law*, 2007, pp. 624 y ss.; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 238 - 240.

⁸⁴⁵ FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quaterly*, 2012, pp. 54 - 60; OBERHAMMER; DOMEJ, "Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 121; VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 12 y 13; CAPPELLETTI, "Ideologías en el Derecho Procesal", en CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, 1974, p. 18; FAIRÉN GUILLÉN, "El proyecto de la ordenanza procesal civil austriaca visto por Franz Klein", en *Estudios de Derecho Procesal*, 1955, pp. 310, 313 - 316; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 240 - 243.

⁸⁴⁶ VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 12 y 13; FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quaterly*, 2012, pp. 55 y ss.

durante el siglo XX⁸⁴⁷. Desde el punto de vista teórico, las ideas de Klein han sido especialmente relevantes en el contexto del proceso civil. En primer lugar, por el éxito que ha tenido la *Zivilprozessordnung* austríaca la cual sigue vigente hasta el día de hoy sin modificaciones sustanciales⁸⁴⁸. Y además, por la labor de difusión que de estas ideas hiciera principalmente Chiovenda. Este autor se convertiría en una suerte de padre fundador de la escuela italiana de Derecho procesal, la cual sería especialmente relevante en el desarrollo posterior de la ciencia procesal, cuya influencia se extendería también a América Latina⁸⁴⁹.

Específicamente en relación con los poderes del juez en el proceso civil, la *Zivilprozessordnung* austríaca y las ideas de Klein han sido fundamentales para definir los rasgos del proceso civil moderno. Las influencias mutuas entre Austria y Alemania produjeron como consecuencia que esta última fuera de los primeros países en seguir el modelo de juez austriaco. Mediante una reforma del año 1924 a la *Zivilprozessordnung* alemana de 1877 se reforzó la posición y los poderes del juez⁸⁵⁰. Posteriormente, el modelo austro-alemán influenciaría al resto de Europa de tal manera que, mediante desarrollos diversos, a diferentes velocidades y mediante reformas parciales o totales se fueron regulando y confirmando poderes al juez en el ámbito civil. Así por ejemplo, se menciona a los países de Europa del este, Escandinavia, Grecia, Liechtenstein, Zúrich y Holanda⁸⁵¹.

⁸⁴⁷ RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 11; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency", en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, pp. 11 y 17; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 243 y 244.

⁸⁴⁸ FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quaterly*, 2012, pp. 60 - 63.

⁸⁴⁹ TARUFFO, "La justicia civil", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 157 y 158; FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quaterly*, 2012, p. 64.

⁸⁵⁰ VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 13; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency", en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 17; OBERHAMMER; DOMEJ, "Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 114; FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quaterly*, 2012, p. 64.

⁸⁵¹ VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 13; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency", en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, pp. 17 y 18. Véase también,

En Italia, excepcionalmente y a pesar de la difusión de las ideas de Klein realizada por Chiovenda, la influencia del modelo de juez activo de la *Zivilprozessordnung* austríaca fue menor⁸⁵².

Especialmente relevante es el caso de Francia, que con la dictación del nuevo *Code de Procédure Civile* de 1976, deja atrás a idea de juez pasivo e incorpora la figura del *juge de la mise en état* el cual constituye un juez destinado a la preparación del juicio con importantes poderes de instrucción⁸⁵³.

En España el tratamiento de los poderes del juez se ha desarrollado por cauces propios, y ha sido influenciado más por la propia tradición histórica que por la reformas de los demás países europeos⁸⁵⁴. Históricamente las partes han tenido un rol preponderante en el desarrollo del proceso en virtud del principio dispositivo o de justicia rogada⁸⁵⁵. Sin embargo, la gran excepción han sido las medidas para mejor proveer que constituyen una tradición antigua que puede rastrearse hasta el Derecho castellano⁸⁵⁶. Solo durante del siglo XX se incorpora tímidamente el impulso oficial del juez⁸⁵⁷.

OBERHAMMER; DOMEJ, "Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 103 - 128; JONGBLOED, "The Netherlands (1838 - 2005)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 73; FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quarterly*, 2012, p. 64.

⁸⁵² FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quarterly*, 2012, p. 64.

⁸⁵³ VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 14 - 16; CADIET, "The new french code of civil procedre (1975)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 57, 58 y 60; FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quarterly*, 2012, p. 64.

⁸⁵⁴ MONTERO AROCA, "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad", *Revista de la Facultad de Derecho*, 2000, pp. 597 y ss.

⁸⁵⁵ MONTERO AROCA, "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad", *Revista de la Facultad de Derecho*, 2000, pp. 586, 593, 595 y 596, 599, 631 - 645; FENECH, "Facultades procesales de dirección", en FENECH; CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, 1962, pp. 243 - 245; CORDÓN MORENO, "En torno a los poderes de dirección del juez civil", *Revista de Derecho Privado*, 1979, pp. 807 - 809.

⁸⁵⁶ NIEVA FENOLL, "El mal nombre del principio inquisitivo", en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, pp. 36 - 37 y 41.

⁸⁵⁷ CACHÓN CADENAS, "Apuntes sobre la implantación del impulso oficial en el proceso civil español", en PICÓ I JUNOY (dir.), *Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, 2013, pp. 63 - 79; SERRA DOMÍNGUEZ, "Impulso procesal", en *Estudios de Derecho Procesal*, 1969, pp. 445 - 454; FENECH, "Facultades procesales de dirección", en FENECH; CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, 1962, p. 244.

En la actualidad, la nueva LEC española, opta decididamente por mantener y reforzar el protagonismo de las partes en el desarrollo del proceso⁸⁵⁸. Se eliminan las medidas para mejor proveer y se reemplazan por las diligencias finales que tienen un alcance mucho más acotado⁸⁵⁹. Sólo se mantiene la iniciativa probatoria del juez para procesos no dispositivos o que versen sobre materias de interés público⁸⁶⁰. Sin embargo, se consagra el impulso procesal de oficio⁸⁶¹.

En los sistemas del *common law* el desarrollo de los poderes del juez se produjo en forma paralela y fue un tanto diverso, aunque terminaron en resultados similares y no especialmente diversos a los de los países del *civil law*.

Taruffo sostiene que en la segunda mitad del siglo XIX en los sistemas del *common law*, fundamentalmente Inglaterra y Estados Unidos, se produjo la consolidación del *adversary system*⁸⁶². Este sistema es equiparable al modelo de proceso civil “liberal clásico” de Europa continental. En lo que a nosotros nos interesa, este sistema supone fundamentalmente un predominio de la voluntad y autonomía de las partes en el desarrollo y conducción del proceso, el cual es visto como una contienda o competición entre éstas. Y además, supone un juez pasivo que se limita a controlar la regularidad de la discusión y a declarar la victoria de alguna de las partes⁸⁶³.

Esta consolidación del *adversary system* se produce en Inglaterra a pesar que alguna legislación, como la *Judicature Acts* de 1873 - 1875, confirió poderes de dirección al juez⁸⁶⁴, y a pesar de que con el tiempo el juicio por

⁸⁵⁸ MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, 2001, pp. 52 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del juez en el proceso civil: frente a ideología, prudentia iuris*, 2012, *passim*. En Chile, véase DE LA OLIVA SANTOS, “Prudencia versus ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil”, *Ius et Praxis*, 2012, pp. 243 - 294;

⁸⁵⁹ Arts. 434.2, 435 y 436 LEC. MONTERO AROCA *et. al.*, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 2015, pp. 309 - 311.

⁸⁶⁰ Art. 752.1 LEC. MONTERO AROCA *et. al.*, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 2015, p. 772.

⁸⁶¹ Art. 179.1 LEC. MONTERO AROCA *et. al.*, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, p. 261.

⁸⁶² TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 158.

⁸⁶³ TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 158 y 159; JOLOWICZ, “Reform of English civil procedure: a derogation from the adversary system?”, en *On civil procedure*, 2000, pp. 375 - 377; ZUCKERMAN, “English civil procedure - the shift away from party control and orality”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1996, pp. 65 - 67.

⁸⁶⁴ VAN RHEE, “English civil procedure until the Civil Procedure Rules (1998)”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 150; VERKERK, “England and Wales”, *Ibidem*, p. 307.

jurado (*jury trial*) declinara considerablemente⁸⁶⁵. Por esta razón, durante mucho tiempo la pasividad del juez y la autonomía de las partes en la conducción del proceso (*adversary system*), se consideraron como rasgos definitorios del proceso civil inglés y rasgos distintivos respecto del proceso de los demás países de Europa continental⁸⁶⁶. Esta situación sólo se revertirá definitivamente durante la última década del siglo XX según explicaremos en el apartado siguiente.

En EE.UU la consolidación del *adversary system*⁸⁶⁷ fue aun más intensa y patente. Desde un punto de vista teórico o doctrinal el modelo de proceso civil del *adversary system* se sigue, se naturaliza y se realza al extremo. Especialmente se acepta y considera como rasgo distintivo, necesario y legítimo, tanto la función pasiva del juez que actúa como árbitro pasivo de la contienda, como el dominio y control de las partes sobre el desarrollo del proceso⁸⁶⁸. Se llega a plantear y defender la superioridad del *adversary system* por sobre el modelo europeo de proceso civil a tal punto que pasa a convertirse en una disputa ideológica o política más que científica

⁸⁶⁵ JOLOWICZ, "Reform of English civil procedure: a derogation from the adversary system?", en *On civil procedure*, 2000, pp. 377 y ss.

⁸⁶⁶ ZUCKERMAN, "English civil procedure - the shift away from party control and orality", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1996, p. 65; JOLOWICZ, "Reform of English civil procedure: a derogation from the adversary system?", en *On civil procedure*, 2000, pp. 373 - 377; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 244 - 249.

⁸⁶⁷ En general sobre el adversary system en Estados Unidos, véase TARUFFO, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, 2008, *passim*; del mismo autor, "La justicia civil", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 158 y 159; 162 - 164.

⁸⁶⁸ TARUFFO, "La función del juez", en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, 2008, pp. 107 - 126; del mismo autor, "Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas de civil law y de common law" en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 89 - 90; FISS, "Foreword: The forms of justice", *Harvard Law Review*, 1979, pp. 24 y ss.; del mismo autor, "The social and political foundations of adjudication", *Law and Human Behavior*, 1982, p. 123; *El Derecho como razón pública*, 2007, pp. 44 y 45; 79 y ss.; CHAYES, "The role of the judge in public law litigation", *Harvard Law Review*, 1976, pp. 1281 - 1288; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 294 y ss.

procesal⁸⁶⁹. De esta manera se construyó y consolidó el dogma o el mito del *adversary system* y la pasividad de juez⁸⁷⁰.

Sin embargo, esta aproximación sobre el *adversary system* y la pasividad del juez, con el tiempo entraría en crisis desde un punto de vista teórico, normativo y práctico⁸⁷¹.

Desde un punto de vista teórico, la imagen ideal del *adversary system* defendida a nivel doctrinal va a entrar en contradicción y ser incoherente con otras construcciones teóricas sobre la función del juez, que lo consideran como *policy-maker*, como *problem solver*, y como garante de la legalidad. Estas teorías suponen o implican un juez que, para cumplir estas funciones, requiere poderes activos y creativos especiales. De esta manera, estas nuevas construcciones teóricas suponen un juez cuyas potestades y actitudes se distancian del modelo de árbitro pasivo del *adversary system*⁸⁷².

Desde un punto de vista normativo, la construcción teórica del *adversary system* resulta incoherente con cierta legislación procesal civil que confiere importantes poderes al juez⁸⁷³. Al menos a nivel general, las *Federal Rules of Evidence* confieren al juez poderes de carácter probatorio, tales como la potestad oficiosa para llamar a testigos, interrogar a los testigos de las partes o designar expertos técnicos⁸⁷⁴. Por su parte, a comienzos de los años ochenta, mediante una reforma a la regla 16 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, se establece expresamente la posibilidad de gestión judicial del caso, introduciendo expresamente la expresión “*management*” en el

⁸⁶⁹ TARUFFO, “La ideología del 'adversary system'”, en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, 2008, pp. 237 – 275.

⁸⁷⁰ TARUFFO, “La función del juez”, en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, 2008, pp. 171 – 178.

⁸⁷¹ Sobre este desarrollo, véase TARUFFO, “La función del juez”, en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, 2008, pp. 107 – 178; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 289 – 343.

⁸⁷² TARUFFO, “La función del juez”, en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, 2008, pp. 126 y ss.

⁸⁷³ TARUFFO, “La función del juez”, en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, 2008, pp. 119 – 124; TARUFFO, “El problema de la búsqueda de la verdad”, en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, 2008, pp. 16 y ss.

⁸⁷⁴ Cfr. *Rules 614 y 706, Federal Rules of Evidence*.

texto⁸⁷⁵. A nivel estatal se mencionan como relevantes la potestad del juez para dar instrucciones al jurado sobre las pruebas rendidas durante el juicio⁸⁷⁶. Por lo tanto, la elaboración y defensa del modelo de proceso civil del *adversary system* no logra dar cuenta adecuadamente de estas normas, o bien, resulta incoherente con ellas.

Por último, la imagen teórica del juez como árbitro pasivo del encuentro de las partes en el *adversary system*, colisiona de frente con la realidad desarrollada en Estados Unidos durante buena parte del siglo XX. En efecto, en este país es posible observar que, de diferentes formas y por diversas razones, los jueces fueron asumiendo diversas actividades de gestión y control del proceso⁸⁷⁷. Este proceso fue denunciado y criticado en los años ochenta por Judith Resnik en un relevante y conocido trabajo, en el cual llama la atención sobre el fenómeno que llama “*managerial judges*”⁸⁷⁸. Aunque la expresión “*case management*” no era nueva a esa fecha⁸⁷⁹, es desde el trabajo de Resnik que la expresión “*case management*” hace fortuna y los diversos poderes de dirección, control e incluso los poderes sobre el asunto de fondo, se empiezan a estudiar y analizar bajo esta etiqueta.

Estas incoherencias de carácter teórico, normativo y práctico, no logran modificar la estructura y concepción tradicional del *adversary system* ni la función pasiva del juez. Sin embargo, ellas son relevantes pues dejan en evidencia que incluso en un país como Estados Unidos, que es paradigma del

⁸⁷⁵ Cfr. *Rule 16, Federal Rules of Civil Procedure*. GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 312 y ss., en especial, p. 322.

⁸⁷⁶ TARUFFO, “La función del juez”, en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, 2008, pp. 121 – 124.

⁸⁷⁷ Sobre lo que Owen Fiss llama litigio de “reforma estructural”, véase FISS, “Foreword: The forms of justice”, *Harvard Law Review*, 1979, pp. 1 – 58; “The forms of justice”, en *The law as it could be*, 2003, pp. 1 – 47. En español: FISS, *El Derecho como razón pública*, 2007, pp. 21 – 76. Sobre la litigación en materia de Derecho público, véase CHAYES, “The role of the judge in public law litigation”, *Harvard Law Review*, 1976, pp. 1281 – 1316. Para una descripción histórica del desarrollo del *case management*, véase SCOTT, “Caseflow management in the Trial Court”, en ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on “Access to Justice”*, 1995, pp. 2 – 7; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 289 – 343.

⁸⁷⁸ RESNIK, “Managerial judges”, *Harvard Law Review*, 1982, pp. 374 – 448.

⁸⁷⁹ Según Scott, el término se habría establecido en el año 1973 a partir de un artículo de Maureen Solomon titulado “*Caseflow management in the trial Court*”, publicado con el informe de la *American Bar Association Commission* sobre Estándares de la administración judicial. Cfr. SCOTT, “Caseflow management in the Trial Court”, en ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on “Access to Justice”*, 1995, p. 3.

modelo de proceso civil del *adversary system* con un juez pasivo, la cuestión relativa a los poderes del juez está presente y resulta relevante.

B. *Case management* como tendencia generalizada

En la actualidad y desde hace algún tiempo, en diversos estudios de Derecho comparado sobre la justicia civil moderna constituye un lugar común afirmar que una de las tendencias contemporáneas más compartidas consiste en conferir al juez importantes poderes (*case management*) en el proceso civil⁸⁸⁰.

Como explica Zuckerman: “La tendencia más clara que surge de los diferentes informes nacionales es una tendencia general hacia el control judicial del proceso civil. Tanto los países de *common law* como los de *civil law* muestran un cambio hacia la imposición de un mayor control por parte de los jueces sobre el progreso del litigio civil. Prácticamente en todos los sistemas analizados aquí existe la percepción de que, cuando el proceso de

⁸⁸⁰ ZUCKERMAN, “Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, 2003, pp. 47 y 48; TROCKER; VARANO, “Concluding remarks”, en TROCKER; VARANO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, pp. 250 – 254; VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 22; del mismo autor, “Evolución del derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en normal”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2011, p. 34; TROCKER, “Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas de Calamandrei y las reformas procesales en Europa”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 2010, pp. 114 – 117; HESS, “Judicial discretion”, en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, pp. 45, 52, 56 y 66; CAPPELLETTI, “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)”, en CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, 1974, p. 80; CAPPELLETTI; GARTH, “Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure”, en *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure*, 1987, pp. 23 – 32; TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 186; VÉSCOVI, *Teoría General del Proceso*, 1984, pp. 217 – 222; ELIZONDO GASPERÍN, “Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados”, en ELIZONDO GASPERÍN (Relatora General), *Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados, XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, 2003, pp. 78, 79 y 81; PÉREZ RAGONE, “Diálogo y cooperación en la justicia civil contemporánea: hacia una mayor eficiencia, legitimidad y justicia de la decisión”, en PÉREZ RAGONE; TAVOLARI GOYCOOLEA (coords.), *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, 2014, pp. 68 – 69; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, p. 7.

litigación se deja a las partes y sus abogados, su progreso se ve obstaculizado por un estrecho auto interés... "881.

En palabras de Taruffo, una de las tendencias que parecen mayormente consolidadas consiste en la "idea, que se refuerza progresivamente a lo largo de todo el arco del siglo XX, y encuentra espacio hasta en los países más fuertemente ligados a la concepción *adversarial* del proceso, en virtud de la cual el proceso debe ser predominantemente gestionado por el juez y no por las partes, para ser eficiente y producir decisiones aceptables"882.

Ejemplos especialmente relevantes sobre este punto, que muestran que conferir poderes al juez constituye una tendencia generalizada en la actualidad son: (1) *Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice*; (2) ALI / UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure* y, (3) el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

(1) *Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice. Recommendation N° R (84)5 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 28 February 1984*883. La Recomendación N° R (84)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa llamada "Principios de procedimiento civil formulados para mejorar el funcionamiento de la justicia" opta decididamente por sugerir a los estados miembros los poderes del juez como mecanismo para mejorar el proceso civil europeo. En el principio 3 sostiene que el tribunal debe tener un rol activo en asegurar el

881 "The clearest trend emerging from the different national accounts is a general tendency towards judicial control of the civil process. Both common law countries and civil law countries display a shift towards the imposition of a stronger control by judges over the progress of civil litigation. In virtually all the systems reviewed here there is a perception that, when the process of litigation is left to the parties and their lawyers, its progress is impeded by narrow self-interest...". Cfr. ZUCKERMAN, "Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure", en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, 2003, p. 47.

882 TARUFFO, "La justicia civil", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 186. En este mismo sentido se pronunciaba en 1893 el Mensaje Presidencial del Código de Procedimiento civil de Chile: "... se ha creído necesario... dar a los magistrados mayor latitud en sus atribuciones a fin de que puedan hacer sentir en mayor grado que hasta ahora su acción en la formación y marcha de los procesos. Confiados éstos a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz".

883 "Recommendation N° R (84)5. Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice". Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe in Strasbourg on 28 February 1984.

progreso rápido del procedimiento. En particular, establece que este podrá ordenar a las partes que formulen clarificaciones, ordenar su comparecencia personal, presentar medios de prueba al menos en procesos que supongan intereses públicos, excluir o limitar el número de testigos, entre otros⁸⁸⁴. Además, en el principio 4 sugiere que el juez tenga la facultad de decidir la forma oral o escrita del procedimiento⁸⁸⁵.

(2) ALI / UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure*. Los Principios del proceso civil transnacional⁸⁸⁶ confieren poderes al juez en forma contundente⁸⁸⁷. En primer lugar, el principio 14 consagra expresamente la responsabilidad del juez en la dirección del procedimiento, estableciendo que: “Comenzando tan pronto como sea posible, el tribunal debe gestionar activamente el procedimiento, ejerciendo discreción para lograr la resolución de la disputa de manera justa, eficiente y con velocidad razonable”⁸⁸⁸. Además, en relación con los poderes probatorios, el principio

⁸⁸⁴ *Principle 3. The court should, at least during the preliminary hearing but if possible throughout the proceedings, play an active role in ensuring the rapid progress of the proceedings, while respecting the rights of the parties, including the right to equal treatment. In particular, it should have proprio motu powers to order the parties to provide such clarifications as are necessary; to order the parties to appear in person; to raise questions of law; to call for evidence, at least in those cases where there are interests other than those of the parties at stake; to control the taking of evidence: to exclude witnesses whose possible testimony would be irrelevant to the case; to limit the number of witnesses on a particular fact where such a number would be excessive. These powers should be exercised without going beyond the object of the proceedings.*

⁸⁸⁵ *Principle 4. The court should, at least in first instance, be empowered to decide, having regard to the nature of the case, whether written or oral proceedings, or a combination of the two, should be used except in cases expressly prescribed by law.*

⁸⁸⁶ ALI / UNIDROIT, “Principles of Transnational Civil Procedure”, *Uniform Law Review*, 2004, pp. 758 – 810. Véase también, ALI / UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure. As adopted and promulgated by the American Law Institute and by UNIDROIT*, 2006. Para información adicional sobre este proyecto, véase también STÜRNER, “Harmonizing civil procedure – present status and future of model codes”, en PELLEGRINI GRINOVER; CALMON (eds.), *XIII Congresso Mundial de Direito Processual – XIII World Congress of procedural law*, 2007, pp. 667 y ss. Véase también los trabajos contenidos en el número especial de *Uniform Law Review*, vol. VI, 2001 – 4.

⁸⁸⁷ Sobre el *case management* en Los Principios del Proceso Civil Transnacional véase VERKERK, “What is judicial case management? A transnational and European perspective” en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, pp. 27 – 42.

⁸⁸⁸ *14. Court Responsibility for Direction of the Proceeding. 14.1 Commencing as early as practicable, the court should actively manage the proceeding, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed. Consideration should be given to the transnational character of the dispute. 14.2 To the extent reasonably practicable, the court should manage the proceeding in consultation with the parties. 14.3 The court should determine the order in which issues are to be resolved, and fix a timetable*

22 establece la responsabilidad del tribunal de considerar todos los hechos y medios de prueba relevantes, la posibilidad de invitar a las partes a modificar sus alegaciones de hecho y a presentar nuevas pruebas, la posibilidad de ordenar pruebas no ofrecidas por las partes y la potestad para nombrar expertos, entre otros⁸⁸⁹.

(3) Igualmente contundente es el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1998 al conferir poderes al juez. Dicho Código confía al juez la dirección del proceso (art. 2) y el impulso procesal (art. 3). Le ordena adoptar las medidas necesarias para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarios al orden o a los principios del proceso (art. 6). Le exige adoptar las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso (art 9). Además, faculta al tribunal para rechazar *in limine* la demanda (art. 33 N° 1), para dar al proceso el trámite que legalmente corresponda cuando el requerido aparezca equivocado (art. 33 N° 3), para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (art. 33 N° 4), para dirigir el proceso y aplicar las sanciones que correspondan a quienes obstaculicen indebidamente su desarrollo u observen conducta incompatible con el decoro y dignidad de la justicia (art. 33 N° 11), entre otras⁸⁹⁰.

for all stages of the proceeding, including dates and deadlines. The court may revise such directions.

⁸⁸⁹ 22. *Responsibility for Determinations of Fact and Law.* 22.1 *The court is responsible for considering all relevant facts and evidence and for determining the correct legal basis for its decisions, including matters determined on the basis of foreign law.* 22.2 *The court may, while affording the parties opportunity to respond:* 22.2.1 *Permit or invite a party to amend its contentions of law or fact and to offer additional legal argument and evidence accordingly;* 22.2.2 *Order the taking of evidence not previously suggested by a party;* or 22.2.3 *Rely upon a legal theory or an interpretation of the facts or of the evidence that has not been advanced by a party.* 22.3 *The court ordinarily should hear all evidence directly, but when necessary may assign to a suitable delegate the taking and preserving of evidence for consideration by the court at the final hearing.* 22.4 *The court may appoint an expert to give evidence on any relevant issue for which expert testimony is appropriate, including foreign law.*

⁸⁹⁰ Cfr. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia – Antecedentes – Exposición de motivos*, 1988. Disponible en red:

http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf. (Última visita 11 de septiembre de 2018). Véase también, VESCOVI (ed.), *El Código procesal civil modelo para Iberoamérica: texto del antecedente: historia, antecedentes, exposición de motivos*, 1999; *Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, 1989.

Estos tres ejemplos son especialmente relevantes pues constituyen intentos de mejora del proceso civil en sus ámbitos respectivos. Estos no se reducen a intentos simplemente nacionales sino que tienen una pretensión supranacional. Y todos apuestan decididamente por conferir al juez importantes potestades tanto probatorias como de control y dirección del proceso.

C. *Civil procedure rules* inglesas de 1999 como consolidación

Como señalamos anteriormente, para la mejor comprensión de las *Civil procedure rules* inglesas de 1999 resulta imprescindible analizar también y referirse a los informes preparatorios⁸⁹¹ *Access to Justice Interim Report* y *Access to Justice Final Report*⁸⁹² de Lord Woolf, elaborados por encargo del gobierno inglés con el objeto de examinar y reflexionar sobre los problemas de la justicia civil inglesa⁸⁹³.

En estos informes, Lord Woolf sostiene que los problemas más graves del proceso civil inglés son la larga duración, los costos exagerados e impredecibles⁸⁹⁴ y su complejidad⁸⁹⁵. La causa de estos problemas es la cultura adversarial radical existente en Inglaterra. De acuerdo a esta tradición adversarial, le corresponde a las partes el dominio y control pleno

⁸⁹¹ Para una revisión general de estos informes véase: ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice – An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, pp. 31 – 42. Para comentarios y críticas sobre estos informes véase la obra ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on "Access to Justice"*, 1995. En especial, ZANDER, "Why Lord Woolf's proposed reforms of civil litigation should be rejected", *Ibidem*, pp. 79 – 95.

⁸⁹² LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report, to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1995. Disponible en red: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interim/woolf.htm>. (Última visita 12 de enero de 2016); LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report, to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1996. Disponible en red: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>. (Última visita 12 de enero de 2016).

⁸⁹³ ANDREWS, "The New English Civil Procedure Rules (1998)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 166.

⁸⁹⁴ ZUCKERMAN, "Lord Woolf access to justice: plus ça change...", *Modern Law Review*, 1996, pp. 773 – 796.

⁸⁹⁵ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 3; ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice – An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 31.

del desarrollo del proceso. El juez, en cambio, no tiene responsabilidad alguna por los costos y la duración del mismo⁸⁹⁶.

Frente a este estado de cosas, Lord Woolf propone un cambio cultural y de orientación en tres aspectos claves. En primer lugar, propone entregar la responsabilidad de la gestión del proceso de las partes al tribunal⁸⁹⁷. En este sentido el *case management* constituye el eje de la nueva legislación⁸⁹⁸. En segundo lugar, propone dejar de considerar como valor relevante solamente la corrección de la decisión final y plantea la necesidad de considerar también los costos y el tiempo involucrados en el proceso⁸⁹⁹. Por último, propone dejar atrás la cultura adversarial radical y pasar a una concepción más cooperativa⁹⁰⁰ del proceso civil⁹⁰¹.

Como el *case management* constituye la piedra angular del nuevo sistema⁹⁰², las CPR inglesas regulan el *case management* en forma general en

⁸⁹⁶ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 3.3; ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice – An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32; Sobre el punto, véase también: VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 16.

⁸⁹⁷ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 4.3. y Secc. II, Cap. 5; LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. II; ANDREWS, "The New English Civil Procedure Rules (1998)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 167.

⁸⁹⁸ ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice – An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32; ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 36 y 337; VERKERK, "England and Wales", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 308.

⁸⁹⁹ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 4.5 y 6; ANDREWS, "The New English Civil Procedure Rules (1998)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 172 y 173.

⁹⁰⁰ ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice – An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32; ANDREWS, *Justicia civil inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*, 2013, p. 2; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: a retrospective view", en PELLEGRINI GRINOVER; CALMON (eds.), *XIII Congresso Mundial de Direito Processual – XIII World Congress of procedural law*, 2007, p. 634 y ss.

⁹⁰¹ Es necesario mencionar, sin embargo, que este cambio de orientación, en general en relación con el *adversary system* y en particular en relación con la pasividad del juez, ya venía gestionándose discretamente al menos durante la década anterior a la dictación de las *Civil procedure rules* de 1999. Cfr. ZUCKERMAN, "English civil procedure - the shift away from party control and orality", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1996, pp. 65 – 87, en especial, pp. 84 y ss; VAN RHEE, "English civil procedure until the Civil Procedure Rules (1998)", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 159; JOLOWICZ, "Reform of English civil procedure: a derogation from the adversary system?", en *On civil procedure*, 2000, pp. 373 – 385.

⁹⁰² ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 36 y 337.

los numerales 3.1, 1.4 y 1.1 de las CPR, sin perjuicio que también existen normas particulares que confieren poderes al juez⁹⁰³.

El numeral 3.1 establece el poder general de gestión del juez (*The court's general powers of management*), enumerando una serie de actuaciones que puede realizar el tribunal, tales como, extender o acortar el plazo para realizar alguna actuación; aplazar o adelantar la fecha de alguna audiencia; citar a las partes o sus representantes al tribunal; separar procedimientos; conocer dos o más reclamaciones en el mismo momento; entre otras. Además, en el numeral 3.1 (2) (m) establece una suerte de norma de clausura según la cual, el juez puede adoptar cualquier etapa o dictar cualquier orden con el propósito de gestionar el caso y promover el objetivo primordial o preponderante⁹⁰⁴.

El numeral 1.4 establece el deber del juez de gestionar casos (*Court's duty to manage cases*) señalando que la gestión activa de casos incluye: alentar a las partes a cooperar en la conducción del procedimiento;

⁹⁰³ Sobre el *case management* en el nuevo sistema procesal inglés véase: ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, *passim*, en especial pp. 333 y ss.; del mismo autor, *Andrews on civil process, Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 195 – 211; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 527 – 632; del mismo autor, “Court case management in England under the Civil Procedure Rules 1998”, en GOTTWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, pp. 1 – 14; VERKERK, “England and Wales”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 307 – 316. En Español, ANDREWS, *Justicia civil inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*, 2013, pp. 7 y ss.; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 244 y ss., y 343 y ss.

⁹⁰⁴ *The court's general powers of management. 3.1. — (1). The list of powers in this rule is in addition to any powers given to the court by any other rule or practice direction or by any other enactment or any powers it may otherwise have. (2) Except where these Rules provide otherwise, the court may – (a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired); (b) adjourn or bring forward a hearing; (bb) require that any proceedings in the High Court be heard by a Divisional Court of the High Court; (c) require a party or a party's legal representative to attend the court; (d) hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication; (e) direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings; (f) stay the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event; (g) consolidate proceedings; (h) try two or more claims on the same occasion; (i) direct a separate trial of any issue; (j) decide the order in which issues are to be tried; (k) exclude an issue from consideration; (l) dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue; (ll) order any party to file and exchange a costs budget; (m) take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective, including hearing an Early Neutral Evaluation with the aim of helping the parties settle the case.*

identificar el asunto a resolver en una etapa temprana; incentivar a las partes para usar métodos alternativos de solución de conflictos; ayudar a las partes a llegar a acuerdos; dar indicaciones para que el juicio se desarrolle en forma rápida y eficiente, entre otras⁹⁰⁵. Además, es el juez quien elige, entre los procedimientos posibles, cuál se va a utilizar: *small claim track*, *fast track* o *multi track*⁹⁰⁶. Por último, se debe mencionar que en el ejercicio de estos poderes el juez puede actuar por propia iniciativa (de oficio), sin que sea necesaria una petición de las partes⁹⁰⁷.

Además de estos poderes procesales el juez cuenta también con poderes en relación con el fondo del conflicto, relativos a la determinación del asunto a resolver, algunos relativos a los medios de prueba y otros en relación con la aplicación del Derecho⁹⁰⁸.

Un aspecto especialmente relevante de la regulación del *case management* en las CPR inglesas es que vincula el ejercicio de los poderes del juez con la persecución del objetivo preponderante⁹⁰⁹. En el numeral 1.4 establece que: “El tribunal debe promover el objetivo primordial mediante la

⁹⁰⁵ *Court's duty to manage cases. 1.4. — (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes – (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved; (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (GL) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court; (k) making use of technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.*

⁹⁰⁶ CPR 26.5 y ss. Véase ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 39 – 41; del mismo autor, *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 94 – 96; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 633 – 654; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 369 – 379.

⁹⁰⁷ CPR 3.3. GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 357 y 358.

⁹⁰⁸ CPR 3.1 (2) (i), (j), (k); 32. 1. Véase ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 558 – 564; VERKERK, “England and Wales”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 307 – 316.

⁹⁰⁹ ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 336 – 337; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 527 – 528; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 346 – 356.

gestión activa de los casos”⁹¹⁰. Además, el numeral 1.2 establece que el juez debe buscar dar efecto al objetivo preponderante al momento de ejercer estos poderes⁹¹¹.

Como se puede apreciar, los razonamientos de Lord Woolf en relación con los poderes del juez son especialmente relevantes y reveladores. El autor sostiene que los graves problemas de duración, costo y complejidad del proceso civil inglés (que por lo demás son comunes a los sistemas procesales de la inmensa mayoría de países)⁹¹² tienen como causa el hecho que el desarrollo del proceso se encuentra bajo el control exclusivo de las partes (cultura adversarial) y que el juez no tiene control alguno sobre la duración y el costo de este. Luego, Lord Woolf concluye que para revertir y solucionar estos problemas, la solución es entregar la responsabilidad por el desarrollo del proceso al juez. Por esta razón, se afirma que el *case management* constituye la piedra angular de las *Civil procedure rules* inglesas⁹¹³.

A partir de estos razonamientos y las explicaciones contenidas en los informes *Access to Justice Interim Report* y *Access to Justice Final Report* se puede observar que en las *Civil procedure rules* inglesas de 1999 se adoptó una opción consciente y decidida por conferir potestades al juez. Esta opción por los poderes del juez es especialmente relevante y expresiva si se tiene en consideración que la cultura tradicional en el proceso civil inglés era la cultura del *adversary system* y donde predominó durante mucho tiempo un juez pasivo⁹¹⁴. Además, con este cambio de orientación el proceso civil inglés

⁹¹⁰ CPR 1.4. — (1) *The court must further the overriding objective by actively managing cases.*

⁹¹¹ *Application by the court of the overriding objective. 1.2. The court must seek to give effect to the overriding objective when it – (a) exercises any power given to it by the Rules; or (b) interprets any rule subject to rules 76.2, 79.2 and 80.2, 82.2 and 88.2.*

⁹¹² Por ejemplo, CAPPELLETTI; GARTH, *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, 1983; CAPPELLETTI (ed.), *Access to justice and the welfare state*, 1981; BERIZONCE, *Efectivo acceso a la justicia*, 1987; ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, 2003.

⁹¹³ ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 36 y 337; ZUCKERMAN, “The Woolf Report on Access to Justice – An Overview”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32.

⁹¹⁴ ZUCKERMAN, “English civil procedure - the shift away from party control and orality”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1996, p. 65; JOLOWICZ, “Reform of English civil procedure: a derogation from the adversary system?”, en *On civil procedure*, 2000, pp. 373 – 377.

se acerca considerablemente a las características de los modelos procesales de Europa continental en una suerte de compromiso⁹¹⁵.

Por estas razones se afirma que con la dictación de las *Civil procedure rules* inglesas de 1999 se produce la consolidación de una tendencia⁹¹⁶, que comenzó con la *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895, consistente en entregar la responsabilidad por el desarrollo del proceso al juez. Pues se entiende que solo confiriendo potestades activas al juez se puede lograr que el proceso sea eficiente y logre alcanzar decisiones justas⁹¹⁷.

En relación con esta consolidación, sin embargo, es necesario hacer dos matizaciones:

(1) A pesar de que desde un punto de vista normativo el entregar importantes poderes al juez constituye una tendencia generalizada, y a pesar de que esta tendencia es generalmente compartida por la doctrina mayoritaria⁹¹⁸, existe un tipo de poderes probatorios, específicamente la potestad de introducir de oficio medios de prueba no ofrecidos por las partes, que es fuertemente resistido y criticado por una parte de la doctrina procesal del sistema continental⁹¹⁹. Entre los autores que critican este tipo de potestades se puede mencionar a Juan Montero Aroca⁹²⁰ en España, Franco Cipriani⁹²¹ en Italia, Adolfo Alvarado Velloso⁹²² en Argentina. En

⁹¹⁵ VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 19 y 22; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency", en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 20.

⁹¹⁶ VAN RHEE, "Introduction", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 21; VAN RHEE, "The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency", en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 22.

⁹¹⁷ TARUFFO, "La justicia civil", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 186.

⁹¹⁸ Para un análisis de las críticas al *case management*, véase GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 120 – 136.

⁹¹⁹ Para una visión general sobre la discusión véase MONTERO AROCA (Coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, 2006, *passim*. En Chile, DE LA OLIVA SANTOS; PALOMO VÉLEZ (Coords.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, 2007, pp. 179 y ss.; LETURIA I (ed.), *Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?*, 2011, pp. 17 – 43; 67 – 74; 207 – 270.

⁹²⁰ MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, 2001, pp. 66 – 72; 116 y ss.; *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, 2005; *La paradoja procesal del siglo XXI*, 2014.

⁹²¹ CIPRIANI, "El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas", pp. 51 – 64; "El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes", pp. 81 – 95, ambos en MONTERO AROCA (Coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, 2006.

Chile participan de esta postura Hugo Botto⁹²³ y Diego Palomo⁹²⁴. Estos autores se suelen llamar así mismos “garantistas” por estimar que su postura salvaguarda mejor las garantías de las partes, y alguno de ellos “revisionistas” pues se trata de autores que en algún momento defendieron las mayores potestades del juez pero luego hicieron un *mea culpa* y dieron pie atrás en su postura.

(2) En segundo lugar, van Rhee estima que esta idea de consolidación, en realidad, puede no ser tan simple. El autor menciona como matización lo que ocurre con algunos países de Europa central y del este, los antiguos países socialistas, como por ejemplo Croacia. Estos países tuvieron durante mucho tiempo jueces con relevantes potestades. Sin embargo, la experiencia de los gobiernos socialistas y su tendencia a influir e inmiscuirse en la administración de justicia volvió sospechosos estos poderes. Por esta razón, pareciera ser que en estos países la tendencia es la contraria. Es decir, después de tener durante mucho tiempo jueces activos, parecen inclinarse en la actualidad por reforzar el control de las partes por sobre el desarrollo del proceso⁹²⁵.

Por estas circunstancias, más que una consolidación, el autor prefiere hablar de un movimiento cíclico, que en algunos momentos pone su acento en la autonomía de las partes y en otros en los poderes del juez⁹²⁶. Actualmente este movimiento cíclico se dirige hacia el rol activo del juez. Si la tendencia de estos países de Europa Central y del Este logra empujar el movimiento en el sentido contrario es algo que está por verse.

⁹²² ALVARADO VELLOSO, *Proceso y república. Crítica a las tendencias actuales del derecho procesal*, 2014, pp. 89 – 137; “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, en MONTERO AROCA (Coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, 2006, pp. 217 – 247.

⁹²³ BOTTO OAKLEY, *La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*, 2001, *passim*.

⁹²⁴ PALOMO VÉLEZ, “Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, *Revista de Derecho*, 2005, pp. 171 – 197.

⁹²⁵ VAN RHEE, “Introduction”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 23; VAN RHEE, “The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency”, en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 22.

⁹²⁶ VAN RHEE, “The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency”, en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 22.

1.2 Distinciones necesarias: poderes de dirección formal, discrecionalidad judicial y *case management*

En la referencia histórica anterior nos hemos referido a los poderes del juez en general y sin distinciones. Estos poderes se refieren a diferentes materias, como por ejemplo, al impulso procesal, al objeto del proceso, a la prueba, al control sobre los costos y la duración del proceso, etc. Sin embargo, desde un punto de vista analítico, es conveniente hacer algunas distinciones conceptuales entre los diferentes poderes del juez y distinguirlos de aquellos poderes que son el objeto de esta investigación. Aquellos que en nuestra opinión contribuyen a conferir flexibilidad al procedimiento, esto es, las potestades para determinar y modificar el procedimiento.

A. Poderes de dirección formal

En la doctrina procesal continental se suele distinguir entre potestades de dirección formal y potestades de dirección material⁹²⁷. Los poderes de dirección formal se refieren fundamentalmente a los presupuestos procesales y al impulso procesal. Se trata de potestades que no afectan el contenido o el resultado del proceso. Por lo tanto, conferir al juez poderes de dirección formal implica que: (1) le corresponde a este controlar la regularidad formal de los actos del proceso, fundamentalmente la concurrencia de los presupuestos procesales y, además, (2) realizar los actos procesales necesarios para que el proceso avance de una etapa a otra. Se excluye, sin embargo, el inicio del proceso, de la etapa recursiva y de la etapa de ejecución, los cuales se entiende que deben quedar en manos de la iniciativa de las partes⁹²⁸.

⁹²⁷ Por ejemplo, CAPPELLETTI, "Iniciativas probatorias del juez y bases prejurídicas de la estructura del proceso", en CAPPELLETTI, *La Oralidad y las pruebas en el proceso civil*, 1972, pp. 122 y ss.; MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 259 - 266; FENECH, "Facultades procesales de dirección", en FENECH; CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, 1962, pp. 241 - 251. En Chile, PÉREZ RAGONE, "Diálogo y cooperación en la justicia civil contemporánea: hacia una mayor eficiencia, legitimidad y justicia de la decisión", en PÉREZ RAGONE; TAVOLARI GOYCOOLEA (coords), *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, 2014, pp. 71 y ss.; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 80 - 84.

⁹²⁸ MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 259 - 261; FENECH, "Facultades procesales de dirección", en FENECH; CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, 1962, pp. 241 - 251.

Las potestades de dirección material, por el contrario, se refieren a cuestiones que pueden afectar o influir en el resultado del juicio. Estos poderes materiales de dirección se refieren fundamentalmente al Derecho, a los hechos y los medios de prueba⁹²⁹. Por la relevancia del principio dispositivo en el proceso civil las facultades de dirección material en relación con los hechos se tienden a rechazar. Por esta razón, la alegación de los hechos les corresponde exclusivamente a las partes sin que el juez pueda alegar o introducir nuevos hechos⁹³⁰. Sobre este punto, una matización que puede mencionarse consiste en los deberes de aviso e información y los deberes de consulta y esclarecimiento del juez en el Derecho procesal alemán⁹³¹. En relación con la aplicación del Derecho, tradicionalmente se ha entendido que el juez es libre para determinar la norma jurídica aplicable en virtud del principio *iura novit curia*. Siempre y cuando no traspase el marco de las pretensiones de las partes⁹³². En relación con los medios de prueba, estas facultades de dirección material se refieren fundamentalmente a la posibilidad de excluir medios de prueba; de controlar e intervenir en la producción de los medios de prueba y la posibilidad de introducir de oficio medios de prueba no ofrecidos por las partes. Estas facultades se entienden sin perjuicio de la vigencia del principio de aportación de parte.

Las potestades del juez para determinar o modificar el procedimiento se relacionan en alguna medida con los poderes de dirección formal, pero esta identificación no es plena ni completa.

Las potestades del juez para determinar el procedimiento pueden relacionarse con el impulso procesal en aquellos casos en que la ley entrega al juez la decisión de elegir entre dos cursos de acción posibles, especialmente cuando estos cursos de acción consisten en pasar o no a una

⁹²⁹ MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 262 – 266; CARRERAS, “Facultades materiales de dirección”, en FENECH; CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, 1962, pp. 253 – 264.

⁹³⁰ MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 262 – 263; CARRERAS, “Facultades materiales de dirección”, en FENECH; CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, 1962, pp. 256 – 257.

⁹³¹ Sobre el tema véase, HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, pp. 170 y ss.; MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp. 161, 166 – 177. En Chile, STÜRNER, “Deber de esclarecimiento procesal”; en PÉREZ RAGONE; TAVOLARI GOYCOOLEA (coords.), *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, 2014, pp. 27 – 30; TAVOLARI GOYCOOLEA, “La dirección material del juez en el proceso civil alemán”; *Ibidem*, pp. 51 – 63; PÉREZ RAGONE, “Diálogo y cooperación en la justicia civil contemporánea: hacia una mayor eficiencia, legitimidad y justicia de la decisión”, *Ibidem*, pp. 70 – 75.

⁹³² CARRERAS, “Facultades materiales de dirección”, en FENECH; CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, 1962, p. 257.

nueva etapa del procedimiento. Así por ejemplo, de acuerdo al art. 318 del CPC chileno, en el procedimiento ordinario de mayor cuantía el juez debe, de propia iniciativa, determinar si recibe o no la causa a prueba, según existan o no hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos⁹³³. Esto implica que el juez tiene la iniciativa de determinar si se pasa o no a la etapa de prueba, o bien, si esta etapa se omite y se pasa a la etapa de sentencia. Sin embargo, en aquellos casos en que el juez tiene impulso procesal y el acto o etapa siguiente es uno solo, este impulso oficial del juez no implica necesariamente determinar el procedimiento.

En segundo lugar, las potestades del juez para determinar el procedimiento pueden relacionarse con uno de los presupuestos procesales, el presupuesto procesal de la adecuación del procedimiento a la acción que es objeto del proceso⁹³⁴. En aquellos casos en que el juez controla y eventualmente corrige el procedimiento a utilizar para el conocimiento de una acción determinada, en alguna medida está determinando o contribuyendo a determinar el procedimiento a utilizar en el caso concreto.

Como se puede apreciar, en ambos casos las potestades del juez para determinar o modificar el procedimiento se vinculan en alguna medida con estos dos aspectos de los poderes de dirección formal. Sin embargo, no existe una identificación plena o completa entre ambas clases de poderes. De acuerdo a la comprensión tradicional de los poderes de dirección formal, en estos no se incluye la posibilidad que el juez pueda elegir entre dos o más actos procesales, o bien, entre dos o más cursos de acción posibles. No se incluye la posibilidad de que el juez elija cual de los diferentes procedimientos se va a utilizar. Tampoco se incluye la posibilidad de que el juez pueda determinar o establecer el o los actos procesales necesarios para la tramitación del juicio. Por último, tampoco se contempla la posibilidad que el juez pueda, en forma autónoma o después de consultar a las partes, modificar la tramitación previamente establecida por la ley.

⁹³³ BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 255 - 260.

⁹³⁴ Sobre este presupuesto procesal, véase, ESPARZA LEIBAR, *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, 1996. En Chile, ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, pp. 139 y ss.; "La adecuación del procedimiento en materia de Derecho indígena", *Revista Chilena de Derecho*, 2012, pp. 819 y 820; CARRASCO POBLETE, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 2012, pp. 128 y 129; 508 - 512. Sobre este presupuesto y su relación con la flexibilidad procesal, véase capítulo quinto, IV, pp. 402 y ss.

En otras palabras, los poderes del juez que en nuestra opinión permiten conferir flexibilidad al procedimiento, esto es, los poderes para determinarlo o modificarlo, desbordan el concepto de poderes de dirección formal. El concepto de poderes de dirección formal, por lo tanto, es inadecuado por defecto, pues no logra abarcar todos los poderes para determinar y modificar el procedimiento. Por esta razón, no es correcto identificarlos ni utilizar la expresión “poderes de dirección formal” para referirse a ellos.

B. Discrecionalidad judicial

Otra idea estrechamente relacionada con los poderes del juez y a la cual es necesario referirse es el concepto de discrecionalidad judicial. Sin perjuicio de las diversas diferencias legales o culturales que pueden existir entre los diversos ordenamientos, en el ámbito del Derecho comparado, la discrecionalidad judicial puede reducirse a la idea de poder para elegir diferentes cursos de acción⁹³⁵. Es decir, un juez tiene discrecionalidad si, para resolver una situación específica, el ordenamiento jurídico le entrega la potestad para elegir entre dos o más cursos de acción, sea que estas alternativas estén predeterminadas o no⁹³⁶.

A partir de esta noción general de discrecionalidad judicial los autores distinguen entre discrecionalidad procesal y discrecionalidad substantiva. La discrecionalidad procesal, como la expresión lo revela, se refiere a aspectos procesales, es decir, se trata de la discrecionalidad que tiene el juez para conducir o gestionar el procedimiento, sin afectar el resultado del juicio. La discrecionalidad substantiva, en cambio, se refiere a las normas de fondo que gobiernan la solución del conflicto, y por esta razón, se trata de una discrecionalidad que afecta el resultado del juicio⁹³⁷. Desde luego la distinción no es perfecta, y existen muchas situaciones en donde no es

⁹³⁵ SEGURA ORTEGA, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, 2006, pp. 19 – 22, 55 y ss.; HESS, “Judicial discretion”, en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, pp. 46, 48, 50 y 66; SHETREET, “The discretionary power of the judge. General Report – Part two”, en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, p. 74. En Chile, ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, pp. 21 y 22.

⁹³⁶ HESS, “Judicial discretion”, en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, p. 47.

⁹³⁷ HESS, “Judicial discretion”, en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, pp. 52 y 53.

posible formular con precisión la separación entre ambos tipos de discrecionalidad. Pero es útil tenerla presente como punto de partida.

En nuestra opinión, las potestades del juez para determinar o modificar el procedimiento se relacionan estrechamente con la discrecionalidad judicial procesal. Este tipo de potestades, y el *case management* en general, son formas de discrecionalidad judicial en el ámbito del proceso⁹³⁸. De hecho, algún autor ha manifestado que el poder del juez para determinar la fecha del juicio constituye el ejemplo más común de discrecionalidad procesal⁹³⁹.

En ciertos casos, la ley confiere al juez la potestad para adoptar diversas decisiones, sin que estas se encuentren previamente tipificadas. Los poderes del juez para fijar fechas de audiencias o para fijar plazos para realizar determinadas actuaciones son ejemplos de este tipo de discrecionalidad, pues la ley no fija el día o el plazo específico. Otro ejemplo, es la regla 3.1 (2) (m) de las *Civil Procedure Rules* inglesas de 1998 según la cual el juez puede adoptar cualquier etapa o dictar cualquier resolución con el propósito de gestionar los casos y perseguir el objetivo preponderante. En la medida en que en estos casos la ley no fija previamente los posibles cursos de acción, el margen de libertad del juez es mayor, y en consecuencia, la flexibilidad del procedimiento también es mayor.

En otros casos la ley confiere al juez la posibilidad de elegir entre dos o más cursos de acción que están expresamente regulados y preestablecidos. En este tipo de situaciones la ley confiere flexibilidad al procedimiento mediante la concurrencia conjunta de dos mecanismos. Por un lado, mediante una norma alternativa que establece dos o más posibles soluciones⁹⁴⁰. Y por la otra, la norma que faculta al juez para elegir libremente entre ellas.

⁹³⁸ En sentido similar, ANDREWS, "Judicial discretion in common law jurisdictions: England, Australia, Canadá and the U.S.A", en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, pp. 143 - 186; BROECKX, "The discretionary power of the judge. Regional Report: Belgium, France, Italy, Netherlands", *Ibidem*, pp. 246, 253 - 255; ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, p. 21. Para un análisis de las críticas a esta discrecionalidad del juez en la gestión del proceso, véase GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 125 - 130.

⁹³⁹ HESS, "Judicial discretion", en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, p. 47.

⁹⁴⁰ Sobre las normas alternativas como mecanismo que confiere flexibilidad al procedimiento, véase capítulo cuarto, II, 6, pp. 232 y ss.

C. Case management

A diferencia de lo que ocurre con los conceptos de poderes de dirección formal y material, los cuales se encuentran relativamente precisados por la doctrina, el concepto de “*case management*”⁹⁴¹ es mucho más genérico, y por ello, más vago e indeterminado. Esto es así tanto en los sistemas del *common law* desde donde proviene el concepto y, con mayor razón, en los sistemas procesales del ámbito europeo continental donde el concepto es más novedoso⁹⁴².

Así por ejemplo, Lord Woolf en su *Access to Justice Interim Report*⁹⁴³ sostiene que el *case management* “a los fines de este informe implica que el tribunal asuma la responsabilidad principal de hacer avanzar el litigio a lo largo de una vía elegida, por un período predeterminado, durante el cual se somete a procedimientos seleccionados que culminan en una apropiada forma de resolución ante un juez con adecuada experiencia. Su objetivo general es alentar la solución de la controversias mediante acuerdo de las partes en la etapa más temprana y apropiada; y, cuando el juicio sea inevitable, es garantizar que los casos avancen tan rápido como sea posible a

⁹⁴¹ En general, sobre el *case management*, véase VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008; del mismo autor, *European traditions in civil procedure*, 2005; “Evolución del derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en normal”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2011, pp. 11 – 40; VAN RHEE; YULIN (eds.), *Civil litigation in China and Europe. Essays on the role of the judge and the parties*, 2014; ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 333 – 361; *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 195 – 211; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 527 – 632; DWYER (ed.), *The civil procedure rules ten years on*, 2009; SCOTT, “Caseflow management in the Trial Court”, en ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on “Access to Justice”*, 1995, pp. 1 – 30; SAENGER, “Case management in Germany”, en GOTTWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, pp. 15 – 37; ZUCKERMAN, “Court case management in England under the Civil Procedure Rules 1998”, en GOTTWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, pp. 1 – 14; TROCKER, “Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas de Calamandrei y las reformas procesales en Europa”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 2010, pp. 114 – 117. En Chile, GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018.

⁹⁴² Excepcionalmente, en un destacable esfuerzo por desentrañar el concepto de *case management*, véase la reciente tesis doctoral presentada en Chile: García ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 32 – 120.

⁹⁴³ LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report, to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1995. Disponible en red: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interim/woolf.htm>. (Última visita 12 de enero de 2016).

una audiencia final que es de duración estrictamente limitada”⁹⁴⁴. El autor agrega como objetivos adicionales, el envío de casos a formas alternativas de resolución de conflictos cuando esto sea posible, promover un espíritu de cooperación entre las partes evitando la combatividad innecesaria, así como la identificación y reducción de los asuntos a ser resueltos para una correcta preparación del juicio⁹⁴⁵.

Neil Andrews estima que “la esencia del *case management* es que el sistema judicial en su conjunto y los tribunales en casos individuales regulan el contenido y el progreso del litigio, ya sea mediante la emisión de instrucciones estándar o, en casos más complicados, dictando resoluciones *ad hoc* sobre como el juicio debe proceder”⁹⁴⁶. Además, considera que el *case management* tiene tres funciones principales: “alentar a las partes a buscar la mediación..., cuando sea posible; en segundo lugar, evitar que el proceso avance demasiado lento e ineficientemente; y finalmente, garantizar que los recursos judiciales se asignen proporcionalmente, tal como lo requiere ‘el objetivo preponderante’ ...”⁹⁴⁷.

Sir Anthony Clarke, refiriéndose a la finalidad del *case management* afirma que: “Tomados en conjunto, el objetivo preponderante [*CPR* parte 1] y el *case management* judicial [especialmente *CPR* 3.1] buscan asegurar que cada caso reciba nada más que una cantidad proporcional de recursos por parte del sistema judicial y de las partes, que los problemas reales en

⁹⁴⁴ “*Case management for the purposes of this report involves the court taking the ultimate responsibility for progressing litigation along a chosen track for a pre determined period during which it is subjected to selected procedures which culminate in an appropriate form of resolution before a suitably experienced judge. Its overall purpose is to encourage settlement of disputes at the earliest appropriate stage; and, where trial is unavoidable, to ensure that cases proceed as quickly as possible to a final hearing which is itself of strictly limited duration*”. Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 5. N° 16.

⁹⁴⁵ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 5. N° 17. Véase también, LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. II, Cap. 1. N° 16.

⁹⁴⁶ “*The essence of case-management is that the judicial system as a whole and the courts in individual cases regulate the content and progress of litigation either by issuing standard directions or, in more complicated cases, by making ad hoc determinations of how the case is to proceed*”. ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, p. 337.

⁹⁴⁷ “*To encourage the parties to pursue mediation..., where is practicable; secondly, to prevent the case from progressing too slow and inefficinetly; finally, to ensure that judicial resources are allocated proportionately, as required by ‘the Overriding Objective’...*”. ANDREWS, *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 48 y 198.

disputa sean identificados y enfocados tempranamente por el tribunal y las partes, y que el asunto se resuelva en forma expedita”⁹⁴⁸.

Fix-Fierro, por su parte, define al case management como “... la intervención consciente de los funcionarios judiciales en el tratamiento de casos individuales, a través de diversas técnicas, con el fin de disponer de ellos de una manera más rápida, justa y económica”⁹⁴⁹.

Adrian Zuckerman agrega una idea adicional según la cual, el *case management* no solo implica la preocupación por cada caso individualmente considerado, sino que supone además tener en consideración las consecuencias que la gestión del caso individual puede producir en el sistema en general. Por esta razón, el *case management* busca utilizar eficientemente los recursos para asegurar también el acceso a la justicia a todas las personas que esperan ser atendidos por el sistema judicial⁹⁵⁰.

En un sentido similar, Allemeersch sostiene que: “El concepto detrás del *case management* es que el tratamiento procesal del caso no debe ser conducido por las estrategias de las partes, sino que debe ser asumido y controlado por el juez. Es el juez el responsable de una administración de justicia rápida y eficiente, y por lo tanto debe guiar el caso a través del procedimiento, no solo durante las audiencias, sino también durante las fases preparatorias... El término sugiere una nueva comprensión del papel del juez en la litigación civil, su misión no es solo decidir el caso como las partes se lo presentan a él, sino también manejar el número de casos que enfrentan sus tribunales de manera que cada procedimiento se resuelva de la manera más eficiente”⁹⁵¹.

⁹⁴⁸ “Taken together, the overriding objective [CPR parte 1] and active judicial case management [especialmente CPR 3.1] seek to ensure that each case is afforded no more than a proportionate amount of judicial and party resources, that the real issues in dispute are identified early and concentrated upon by the court and the parties, and that the claim is dealt with expeditiously”. Citado en ANDREWS, *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, p. 199. El texto original es “The Supercase –Problems and Solutions”, Annual KPMG Forensic Lecture (2007).

⁹⁴⁹ “... the conscious intervention of courts officials in the treatment of individual cases, through various techniques, with the purpose of disposing of them in a more speedy, just and inexpensive manner”. FIX-FIERRO, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, 2003, p. 229.

⁹⁵⁰ ZUCKERMAN, “Court control and party compliance – The quest for effective litigation management”, en TROCKER; VARANO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, pp. 149 y 150.

⁹⁵¹ “The concept behind case management is that the procedural treatment of the case should not be driven by the parties’ strategies, but should be taken in hand and controlled by

En un interesante estudio sobre el proyecto ALI / UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure*, Verkerk concluye que el *case management* de acuerdo a esta regulación (y probablemente de acuerdo a muchas otras legislaciones) supone cuatro principios: (1) la naturaleza específica del caso concreto determina las reglas, directrices y resoluciones que regulan el proceso; (2) las reglas, directrices y resoluciones que regulan el proceso deben ser determinadas en gran medida en el nivel inferior. Esto significa que idealmente la ley no debería dar cuenta en forma detallada de cómo debe desarrollarse el proceso sino que debe ser el juez, las partes y sus abogados quienes deben determinar en gran medida el procedimiento a seguir; (3) el juez debe ser el principal responsable por la conducción del proceso. Por esta razón, el juez debe tener los poderes discrecionales que sean necesarios; y (4) la discreción del juez debe ser entendida en un sentido débil. Es decir, el juez debe usar sus poderes discrecionales para alcanzar un fin determinado, en este caso, para lograr la resolución del conflicto en forma equitativa, eficiente y con razonable rapidez⁹⁵².

En una reciente tesis doctoral sobre el *case management*, García Ogders estima que este “es un mecanismo de eficiencia procesal, según el cual, el sistema judicial, en general, y los jueces, en los casos particulares se constituyen en responsables del desarrollo de la litigación, cuyo objetivo es asegurar, en la operatoria misma del sistema, el cumplimiento de diversos objetivos procesales. Esta actividad o función, decanta en la operatoria del sistema judicial bajo la forma de criterios de organización, distribución de recursos y decisiones procesales colectivas o individuales que incorporan la proporcionalidad como rasgo más distintivo, orientando tanto la forma como se procesa el conjunto de la litigación, como el curso y tratamiento específico de los casos individuales”⁹⁵³. El mismo autor sostiene que, a pesar las diferencias conceptuales y de énfasis existentes a nivel teórico, la

*the court. It is the court that bears responsibility for the swift and efficient administration of justice, and therefore has to steer the case through the procedure – not just during hearings, but also during preparatory phases... The term suggest a new understanding of the judge’s role in civil litigation, his mission being not only to decide the case as the parties present it to him, but also to manage the caseload that confronts his courts in a way that every procedure is dealt with in the most efficient manner”. ALLEMEERSH, “The belgian perspective on case management in civil litigation”, en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 79.*

⁹⁵² VERKERK, “What is judicial case management? A transnational and European perspective”, en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, pp. 42 – 50, especialmente p. 50.

⁹⁵³ GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, p. 39.

configuración contemporánea del *case management* presenta tres rasgos o características comunes: (1) En primer lugar, es un mecanismo instrumental para perseguir los fines del sistema judicial; (2) luego, el *case management* supone la responsabilidad de los jueces (o de la estructura judicial) sobre el desarrollo de la litigación y; (3) el *case management* no se reduce a la gestión de un caso individual, sino que se extiende al conjunto o generalidad de los conflictos judiciales que ingresan al sistema⁹⁵⁴.

Como se puede apreciar, todas estas descripciones sobre el *case management* hacen referencia a una serie de cuestiones relativamente diversas. En nuestra opinión, todas estas cuestiones pueden reconducirse a la idea según la cual el término "*case management*", desde un punto de vista normativo, hace referencia al conjunto de potestades (formales y materiales), objetivos y límites que el ordenamiento jurídico confiere al sistema judicial y fundamentalmente a los jueces para la adecuada y justa conducción de los procesos, de manera que estos y la justicia civil en general alcancen sus fines (eficacia) de manera eficiente.

En primer lugar, el *case management* hace referencia fundamentalmente a ciertas potestades que se le confieren al juez. Estas potestades pueden ser más o menos amplias. Normalmente se refieren a cuestiones procesales, tales como, la determinación del procedimiento, la fijación de plazos, audiencias, etc. Pero el concepto también incluye cuestiones relativas al fondo, como por ejemplo, la determinación y clarificación del asunto controvertido, la introducción de medios de prueba, etc. Además, se incluyen cuestiones como la posibilidad de intentar un acuerdo entre las partes o remitirlas a algún mecanismo alternativo de solución de conflicto.

Sin embargo, el *case management* no supone solamente potestades. De las diversas descripciones se desprende que el *case management* supone y/o necesita además uno o más objetivos. Como explicaremos en un apartado siguiente, tradicionalmente se estima que el fundamento de los poderes del juez es la eficiencia⁹⁵⁵. Es decir, estos poderes persiguen lograr un avance y desarrollo eficiente del proceso.

⁹⁵⁴ GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 39 - 53.

⁹⁵⁵ VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, *passim*; FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quaterly*, 2012, p. 66; MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp.

Pero además, el *case management* también supone ciertos límites. Como explicaremos también en un siguiente apartado, el *case management* normalmente tiene como límites el principio dispositivo, las garantías fundamentales de carácter procesal, entre otros.

Por último, las potestades que supone el *case management*, no solo permiten o se refieren a la gestión de un caso individual, sino que abarcan o se proyectan al conjunto de conflictos que ingresan y deben ser asumidos por el sistema judicial⁹⁵⁶.

Como se puede apreciar, al ser tan amplio el concepto de *case management*, las potestades de determinación y/o modificación del procedimiento se encuentran comprendidas en él. Sin embargo, no es posible identificar ambos conceptos. Pues hay aspectos del *case management* que escapan o desbordan la noción de potestades de determinación o modificación del procedimiento. Como por ejemplo, las potestades referidas al fondo del asunto o potestades materiales.

En otras palabras, tanto el concepto de potestades formales o procesales, así como el concepto de *case management*, son inadecuados para nombrar aquello que nos interesa en esta investigación. Si el concepto de poderes de dirección formal peca por defecto, el concepto de *case management* peca por exceso. Por esta razón, para los efectos de esta investigación, preferimos utilizar la expresión “potestades para determinar o modificar el procedimiento”.

1.3 Poderes del juez para determinar o modificar el procedimiento en el Derecho comparado

Al comienzo de este apartado advertimos que nuestra intención en esta parte de la investigación no es abordar o referirnos a todos los diferentes aspectos relacionados con los poderes del juez. Por esta razón, en esta sección dedicada al Derecho comparado no describiremos todos y cada uno

164 – 166; RESNIK, “Managerial judges”, *Harvard Law Review*, 1982, pp. 395 y ss., 414 – 424; ALI / UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure. As adopted and promulgated by the American Law Institute and by UNIDROIT*, 2006, pp. 33 y 34. Sobre el punto véase también, VERKERK, “What is judicial case management? A transnational and European perspective” en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 32.

⁹⁵⁶ Sobre el punto, véase GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 47 – 53; 183 – 195.

de los poderes del juez en las legislaciones de referencia. Nos limitaremos solamente a describir los poderes que le permiten determinar o modificar el procedimiento que se aplica al conocimiento de un determinado conflicto. Pues son estas normas las que, en nuestra opinión, permiten conferir flexibilidad al procedimiento.

A. Inglaterra

En las *Civil Procedure Rules* de 1998 el *case management* constituye la piedra angular del nuevo sistema⁹⁵⁷. Por esta razón, esta legislación contempla y confiere al juez amplias potestades para determinar y/o modificar el procedimiento⁹⁵⁸. Así por ejemplo, el juez puede: decidir sin demora que cuestiones o asuntos necesitan una investigación y un juicio amplio o pleno y, en consecuencia, terminar sumariamente con los demás asuntos (1.4 (2) (c)); decidir el orden en el que los asuntos serán resueltos (1.4 (2) (d)); fijar horarios o de otra manera controlar el progreso del caso (1.4 (2) (g)); ampliar o acortar el tiempo para cumplir cualquier regla, dirección práctica u orden del tribunal (3.1 (2) (a)); aplazar o adelantar una audiencia (3.1 (2) (b)); ordenar que alguna cuestión sea conocida y resuelta por medio de un procedimiento separado (3.1 (2) (e)); suspender todo o parte del procedimiento o de la sentencia (3.1 (2) (f)); reunir o acumular procedimientos (3.1 (2) (g)); entre otras.

En relación con este punto, es especialmente relevante mencionar que las *CPR* establecen una suerte de norma general de clausura según la cual el juez puede adoptar cualquier etapa o dictar cualquier resolución con el propósito de gestionar los casos y perseguir el objetivo preponderante (3.1 (2) (m)).

Por último, igualmente relevante de destacar es el hecho de que es el juez quien debe distribuir o asignar los diversos casos entre los diferentes

⁹⁵⁷ ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 36 y 337; ZUCKERMAN, "The Woolf Report on Access to Justice – An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32; VERKERK, "England and Wales", en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 308.

⁹⁵⁸ Sobre el tema, véase ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 33 y ss.; del mismo autor, *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 195 – 211; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 527 – 632; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 343 y ss.

procedimientos (*tracks*) posibles⁹⁵⁹: *small claim track*, *fast track* y *multi track* (26.5 y ss.). Aunque las CPR establecen una serie de criterios, la decisión final le corresponde al juez. Además, esta decisión puede ser modificada con posterioridad si existen razones para ello⁹⁶⁰.

B. Alemania

Debido a la mutua influencia con el sistema procesal austriaco, en Alemania el juez es la figura central del proceso⁹⁶¹, y por ello cuenta con importantes potestades materiales⁹⁶² y formales (*Prozessleitung*)⁹⁶³. Sin perjuicio de esto, las partes mantienen el control sobre el comienzo, el objeto y la terminación del proceso (*Dispositionsmaxime*), y les corresponde la presentación al proceso de los hechos y las pruebas (*Verhandlungsprinzip*)⁹⁶⁴. En relación

⁹⁵⁹ Véase ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 39 – 41; del mismo autor, *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 94 – 96; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 633 – 654; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 369 – 379.

⁹⁶⁰ Sobre las diferentes normas que regulan el procedimiento aplicable en las CPR Inglesas nos referiremos en extenso en el capítulo quinto, III, 4, pp. 388 y ss.

⁹⁶¹ STÜRNER, “Introducción a la justicia civil alemana. Principios y desarrollo del proceso de conocimiento”, en PÉREZ RAGONE; TAVOLARI GOYCOOLEA (coords.), *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, 2014, p. 15.

⁹⁶² El § 139 ZPO es considerada la pieza clave en relación con los poderes de dirección material. Sobre el tema véase, MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp. 166 – 177; HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, pp. 170 – 176; TAVOLARI GOYCOOLEA, “La dirección material del juez en el proceso civil alemán”; en PÉREZ RAGONE; TAVOLARI GOYCOOLEA (coords.), *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, 2014, pp. 51 – 63; PÉREZ RAGONE; ORTIZ PADILLO (trads.), *Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, 2006, pp. 67 – 78.

⁹⁶³ En general, sobre el *case management* o *Prozessleitung* en el proceso civil alemán, véase SAENGER, “Case management in Germany”, en GOTTWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, pp. 15 – 37; MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp. 164 – 177; 209 – 213; OBERHAMMER; DOMEJ, “Germany, Switzerland and Austria”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 295 – 305; WALL, “Austria & Germany: a history of successful reforms”, en VAN RHEE; YULIN (eds.), *Civil litigation in China and Europe. Essays on the role of the judge and the parties*, 2014, pp. 145 – 165. En español, HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, pp. 170 – 176, 188 – 194, en especial, 453 – 455; PÉREZ RAGONE; ORTIZ PADILLO (trads.), *Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, 2006, pp. 50 – 58; 67 – 78; TAVOLARI GOYCOOLEA, “La dirección material del juez en el proceso civil alemán”; en PÉREZ RAGONE; TAVOLARI GOYCOOLEA, *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, 2014, pp. 51 – 63; PÉREZ RAGONE, “Diálogo y cooperación en la justicia civil contemporánea: hacia una mayor eficiencia, legitimidad y justicia de la decisión”, *Ibidem*, pp. 65 – 76.

⁹⁶⁴ MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, p. 165.

con los poderes de dirección formal, y en lo que a nosotros nos interesa en este punto, la *ZPO* alemana confiere al juez importantes poderes para determinar y modificar el procedimiento.

Así por ejemplo, al juez le corresponde (1) determinar si la etapa preparatoria contemplará una audiencia preparatoria previa al juicio, o bien, si esta preparación se realizará simplemente mediante el intercambio de escritos de las partes⁹⁶⁵; (2) determinar si el asunto será conocido por un juez unipersonal, o bien, mediante un panel de tres jueces⁹⁶⁶; (3) determinar las fechas y horas para las audiencias, y determinar plazos para la presentación de escritos y otros documentos⁹⁶⁷; (4) iniciar mediaciones y discusiones para llegar a acuerdos⁹⁶⁸; (5) puede unir, separar y suspender procesos⁹⁶⁹; (6) decidir el orden en el que las cuestiones fácticas o jurídicas serán tratadas y limitar la discusión en primer lugar a alguna de ellas⁹⁷⁰; (7) dictar sentencias parciales⁹⁷¹; (8) y el impulso procesal⁹⁷², entre otras.

C. Francia

En Francia, el *Nouveau Code de Procédure Civile* de 1976, establece un equilibrio entre los poderes de las partes y el juez. Por una parte, confiere a las partes el dominio sobre el inicio, el contenido y la terminación del juicio (*Principe dispositif*)⁹⁷³. Pero además confiere importantes potestades a los

⁹⁶⁵ *ZPO* § 272 (2). MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp. 165, 212 – 213; STÜRNER, “Introducción a la justicia civil alemana. Principios y desarrollo del proceso de conocimiento”, en PÉREZ RAGONE; TAVOLARI GOYCOOLEA (coords.), *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, 2014, p. 17.

⁹⁶⁶ *ZPO* § 348 (1) (a) – (k). MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp. 165, 209 – 212.

⁹⁶⁷ Por ejemplo, *ZPO* § 214, 274. MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, p. 166.

⁹⁶⁸ *ZPO* § 278. MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, p. 166.

⁹⁶⁹ *ZPO* § 145, 147, 239 y ss. HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, pp. 454 y 455.

⁹⁷⁰ *ZPO* § 136 (3), 139, 146. MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, p. 166; HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, p. 455.

⁹⁷¹ Por ejemplo, *ZPO* § 280, 301, 303, 304. HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, p. 454.

⁹⁷² Por ejemplo, *ZPO* 166, 214, 216, 270, 274, 495. HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, p. 454.

⁹⁷³ FERRAND, “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France”, en TROCKER; VARANO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, p. 9.

jueces, fundamental, aunque no exclusivamente, al juez de preparación (*juge de la mise en état*)⁹⁷⁴.

Este equilibrio entre los poderes de las partes y del juez es llamado por algunos como principio de cooperación (*Principe de coopération*) entra las partes y el juez. Por esa razón, Cadiet considera que en Francia el proceso civil es un asunto de las partes y del juez (*choses des parties et chose du juge*)⁹⁷⁵.

En relación con lo que en este punto nos interesa destacar, el juez tiene potestades para: (1) controlar el correcto progreso del procedimiento⁹⁷⁶; (2) fijar plazos para la realización de determinadas actuaciones⁹⁷⁷; (3) adoptar por propia iniciativa cualquier medida de preparación o investigación que sea legalmente apropiada⁹⁷⁸; (4) determinar qué tipo de procedimiento deberá adoptarse: *circuit court*, *circuit moyen* o *circuit long*⁹⁷⁹; (5) declarar cerrada la etapa preparatoria⁹⁸⁰, entre otras.

⁹⁷⁴ Sobre los poderes del juez en Francia, véase CADIET, “Case management judiciaire et déformalisation de la procédure”, *Revue française d’administration publique*, 2008, pp. 133 – 150; del mismo autor, “Civil justice reform: Access, cost and delay. The french perspective”, en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, 2003, pp. 315 – 318; JEULAND, “Case management in France”, en VAN RHEE; YULIN (eds.), *Civil litigation in China and Europe. Essays on the role of the judge and the parties*, 2014, pp. 349 – 358; WIJFFELS, “France”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 269 – 279; FERRAND, “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France”, en TROCKER; VARANO (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, pp. 9 y ss.

⁹⁷⁵ CADIET, “Sources and destiny of french civil procedure in a globalized world”, PICKER; SEIDMAN, *The dynamism of civil procedure – Global trends and developments*, 2016, pp. 82 y 83; FERRAND, “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France”, en TROCKER; VARANO (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, pp. 9 y 10.

⁹⁷⁶ Art. 1.

⁹⁷⁷ Arts. 1 y 764.

⁹⁷⁸ Arts. 1, 10 y 771 N° 5.

⁹⁷⁹ Arts. 758 y ss. Véase también, JEULAND, “Case management in France”, en VAN RHEE; YULIN (eds.), *Civil litigation in China and Europe. Essays on the role of the judge and the parties*, 2014, pp. 351 y ss.; FERRAND, “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France”, en TROCKER; VARANO (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, pp. 9 y 10.

⁹⁸⁰ Art. 782.

D. España

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000 se caracteriza por asignar un rol preponderante a la partes en la conducción del proceso civil⁹⁸¹. Sin embargo, también confiere al tribunal algunas potestades relevantes en la determinación del procedimiento:

(1) La ley confiere al tribunal, más precisamente al Secretario judicial, el impulso procesal, de manera que le corresponde a este dar de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto las resoluciones necesarias para que el juicio avance (art. 179.1 LEC); (2) especialmente relevante es la facultad del Secretario judicial para controlar de oficio el tipo de procedimiento señalado por el actor en su demanda y, eventualmente, cuando este sea incorrecto, la facultad para corregir el procedimiento elegido y dar al juicio la tramitación que legalmente corresponda (art. 254 LEC); (3) además el tribunal puede acordar de oficio la acumulación de procesos (art. 76); (4) por último, se puede mencionar los casos excepcionales en los cuales la ley autoriza la fijación de plazos judiciales dentro de ciertos límites (por ejemplo, arts. 131.1; 134.2; 418.1)

Se debe tener presente, sin embargo, que estos casos son situaciones expresamente previstas y reguladas por la ley. No existe una habilitación general para que el juez pueda determinar o modificar el procedimiento preestablecido por la ley.

E. Chile

En Chile las potestades para determinar o modificar el procedimiento son prácticamente inexistentes. Principalmente por aplicación del principio de pasividad según el cual el juez solo puede actuar a petición de parte. Y además, por aplicación del principio de legalidad en sentido funcional, según el cual el juez debe respetar el procedimiento preestablecido por la ley⁹⁸². Sin embargo, es posible mencionar algunas situaciones excepcionales:

⁹⁸¹ Véase el párrafo VI de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil del año 2000. Véase también, MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, 2001, pp. 52 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del juez en el proceso civil: frente a ideología, prudentia iuris*, 2012. En Chile, véase DE LA OLIVA SANTOS, "Prudencia versus ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil", *Ius et Praxis*, 2012, pp. 243 - 294.

⁹⁸² CASARINO VITERBO, *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho Procesal Orgánico*, 2015, pp. 54 - 56; NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal civil. Parte*

(1) De acuerdo a la regulación del juicio ordinario de mayor cuantía, el cambio o paso de una etapa a otra debe ser realizada de oficio por el juez. Agotada la etapa de discusión el juez debe llamar a conciliación (art. 262 CPC); luego debe decidir si abre o no la etapa de prueba mediante la resolución que recibe la causa a prueba (art. 318 CPC); por último, debe abrir la etapa de sentencia mediante la resolución que cita a las partes a oír sentencia (art. 432 CPC). (2) Además, en aquellos casos en que el demandado se allana a las peticiones del demandante, o bien, no contradice de manera sustancial y pertinente los hechos sobre los que versa el juicio, el juez debe omitir el trámite de dúplica, la audiencia de conciliación y la etapa de prueba y pasar directamente a la etapa de sentencia mediante la dictación de la resolución que cita a las partes a oír sentencia (art. 313 CPC); (3) en aquellos casos en que en un juicio se ventilen dos o más cuestiones que pueden ser resueltas separada o parcialmente, sin dificultad para la marcha del proceso y una de ellas llegue a estado de sentencia antes que las otras, el tribunal puede dictar una sentencia definitiva parcial (art. 172); (4) por último, se pueden mencionar los plazos judiciales y su prórroga. En casos excepcionales el CPC autoriza al juez a fijar prudencialmente un plazo para realizar determinadas actuaciones, y además, concede la posibilidad de que, vencido ese plazo, puede conceder una prórroga del mismo. Un ejemplo que puede mencionarse es el término probatorio especial (arts. 67, 68, 327 inc. 2º, 339 y 340 CPC)⁹⁸³.

Sin embargo, en relación con estas situaciones excepcionales es necesario hacer dos comentarios. (1) En primer lugar, se debe tener presente que aunque en algunos casos excepcionales la ley le permita al juez actuar de oficio, en la práctica los tribunales no suelen hacerlo, de manera que normalmente es necesario que las partes soliciten la respectiva actuación; (2) además, estos casos excepcionales son situaciones expresamente contempladas por la ley, en donde se establecen expresamente que puede hacer el juez. Por el contrario, no existe ninguna autorización general al juez para que pueda determinar o modificar el procedimiento.

General, 2013, pp. 87 y 88, 99 y 100; BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ; *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 63 – 65.

⁹⁸³ Otros ejemplos de plazo judicial, en los arts. 6 y 280 del CPC.

1.4 Fundamentos o justificaciones de los poderes del juez para determinar y/o modificar el procedimiento

Tradicionalmente la doctrina ha entendido que el otorgamiento de potestades al juez encuentra su fundamento en la eficiencia, entendida como disminución de los costos y la duración del proceso⁹⁸⁴. Fundamentalmente se ha entendido que entregar el dominio y control del proceso exclusivamente al interés particular de las partes litigantes produce como consecuencia el aumento de sus costos y duración. Para evitar esta circunstancia, se estima que el juez está en mejores condiciones institucionales para velar que el proceso se desarrolle correctamente⁹⁸⁵. Por esta razón, se le deben entregar una serie de potestades, tanto en relación con procedimiento como al objeto litigioso. De esta manera, los poderes del juez son instrumentos procesales que le permiten al juez controlar la duración y los costos del juicio y, de esta manera, alcanzar un proceso civil más eficiente⁹⁸⁶.

Este tipo de justificaciones podemos encontrarlas claramente expresadas en el pensamiento de Franz Klein en relación con la *Zivilprozessordnung* de 1895⁹⁸⁷. En opinión de Jordi Nieva este tipo de

⁹⁸⁴ VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, *passim*; FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quarterly*, 2012, p. 66; MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp. 164 - 166; RESNIK, "Managerial judges", *Harvard Law Review*, 1982, pp. 395 y ss., 414 - 424; ALI / UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure. As adopted and promulgated by the American Law Institute and by UNIDROIT*, 2006, pp. 33 y 34. Sobre el punto véase también, VERKERK, "What is judicial case management? A transnational and European perspective", en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 32; SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 145, 184 - 187.

⁹⁸⁵ ZUCKERMAN, "Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure", en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 2003, pp. 47 y 48; TARUFFO, "La justicia civil", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 186; BROECKX, "The discretionary power of the judge. Regional Report: Belgium, France, Italy, Netherlands", en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, p. 253. En este mismo sentido se pronunciaba en 1893 el Mensaje Presidencial del Código de Procedimiento civil de Chile: "... se ha creído necesario... dar a los magistrados mayor latitud en sus atribuciones a fin de que puedan hacer sentir en mayor grado que hasta ahora su acción en la formación y marcha de los procesos. Confiados éstos a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz".

⁹⁸⁶ Para un análisis en extenso de los fundamentos del *case management*, véase GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 145 y ss.

⁹⁸⁷ FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 48, 55, 60 y 66; OBERHAMMER; DOMEJ, "Germany,

justificaciones podrían haber existido incluso antes. El autor estima que, si existieron normas anteriores a las legislaciones prusianas del siglo XVIII que concedieron excepcionalmente algún tipo de potestades al juez, estos poderes probablemente se fundaron en necesidades de eficiencia⁹⁸⁸. Más recientemente, en relación con las *Civil procedure rules* inglesas de 1999, Lord Woolf también justificó el *case management* del juez inglés en la eficiencia⁹⁸⁹.

En Chile se ha sostenido que el aumento de los poderes del juez constituye un factor de legitimación del proceso en un estado social y democrático de Derecho. Se sostiene que: “Un proceso verdaderamente democrático, fundado en la isonomía sustancial, exige una postura activa del magistrado”⁹⁹⁰.

Adicionalmente, los poderes del juez para introducir medios probatorios al proceso se suelen fundamentar en la búsqueda de la verdad y la justicia de la decisión. Se estima que estas potestades probatorias son mecanismos procesales que le permiten al juez acreditar de mejor manera los hechos alegados por las partes y de esta manera resolver el aspecto fáctico del conflicto de una manera que se acerque lo más posible a como realmente ocurrieron los hechos⁹⁹¹.

Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, p. 121; NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, p. 38.

⁹⁸⁸ NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, pp. 36 - 41.

⁹⁸⁹ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 5. Véase también, ZUCKERMAN, “The Woolf Report on Access to Justice - An Overview”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32; del mismo autor, “Court case management in England under the Civil Procedure Rules 1998”, en GOTTWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, p. 4; ANDREWS, “The New English Civil Procedure Rules (1998)”, en VAN RHEE (ed.), *European traditions in civil procedure*, 2005, pp. 166 y 167; del mismo autor, *Andrews on civil process, Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 198 - 200.

⁹⁹⁰ MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, p. 377.

⁹⁹¹ Véase, por todos, TARUFFO, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, pp. 265 y ss. Véase también, FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896”, *Civil Justice Quarterly*, 2012, pp. 59 y 60; JOLOWICZ, “The dilemmas of civil litigation”, en *On civil procedure*, 2000, pp. 85 - 87; NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, pp. 41 - 44; PICÓ I JUNOY, “La iniciativa probatoria del juez civil”, en *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su recepción actual*, 2007, pp. 112 - 118. En Chile, véase BORDALÍ SALAMANCA, “Función del

Específicamente en relación con el objeto de este apartado, esto es, las potestades para determinar o modificar el procedimiento, en nuestra opinión, estas también encuentran su fundamento en la eficiencia. Pero además, estimamos que encuentran su fundamento en la eficacia.

En el discurso procesal los conceptos de eficacia y eficiencia tradicionalmente han sido confundidos o identificados. Por esta razón, se suelen mencionar indistintamente. Sin embargo, como explicamos en extenso en el capítulo anterior, estos conceptos deben diferenciarse⁹⁹².

En primer lugar, si el proceso y, en general, la justicia civil reconoce ciertos objetivos o finalidades, los poderes del juez para determinar o modificar el procedimiento son mecanismos que contribuyen a que estos sean perseguidos y alcanzados (eficacia)⁹⁹³.

Estos objetivos o finalidades pueden ser alcanzados con una mayor o menor inversión de medios. Para que la relación entre medios y fines sea la más adecuada (eficiencia) los poderes de determinación y modificación del procedimiento resultan fundamentales. Pues estas potestades permiten que el juez establezca el procedimiento más eficiente posible⁹⁹⁴.

1.5 Poderes del juez para determinar o modificar el procedimiento y flexibilidad procesal

Entre los diferentes mecanismos que permiten conferir flexibilidad procesal, las potestades del juez para determinar y/o modificar el procedimiento son, sin duda, los más importantes. Tanto por la posición institucional del juez en

proceso y la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil. Repercusiones para las partes y para el juez”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, pp. 92 - 98; HUNTER AMPUERO, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2011, pp. 87 - 90.

⁹⁹² Véase capítulo tercero, I, 4.4, pp. 146 y ss.

⁹⁹³ En este sentido, DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, pp. 495 - 501; DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, pp. 144 - 155; PERROT, “La eficacia del proceso civil en Francia”, en RAMOS MÉNDEZ (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, 1982, p. 182.

⁹⁹⁴ VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, *passim*; FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896”, *Civil Justice Quarterly*, 2012, p. 66; MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp. 164 - 166; ALI / UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure. As adopted and promulgated by the American Law Institute and by UNIDROIT*, 2006, pp. 33 y 34; VERKERK, “What is judicial case management? A transnational and European perspective” en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 32.

la conducción del proceso, la tendencia generalizada a nivel comparado a robustecer su protagonismo, así como las características mismas de estas potestades, las convierten en el principal dispositivo flexibilizador.

Por definición estas potestades le confieren al juez el poder para establecer el procedimiento a utilizar, o bien, para modificar el procedimiento legalmente establecido. Al ejercer estas potestades el juez puede perseguir diversos objetivos. Uno de los posibles objetivos que el juez puede buscar al ejercer este tipo de potestades es adaptar o adecuar el procedimiento a las características y necesidades particulares del conflicto objeto de la controversia. De esta manera, la sola existencia de este tipo de potestades constituye una herramienta potencialmente útil y valiosa para que el procedimiento sea flexible. Es decir, este tipo de potestades constituye un mecanismo procesal que permite que el procedimiento sea adaptado o ajustado a las circunstancias del caso concreto.

Desde luego que, dentro del género de las potestades para determinar o modificar el procedimiento, existen diversos tipos. Como se pudo apreciar al describir la situación en el Derecho comparado, algunas potestades pueden estar reguladas en términos amplios o genéricos, o bien, para casos o situaciones específicas. Aunque todas ellas contribuyen a conferir flexibilidad al procedimiento, entre más amplias y genéricas sean estas potestades conferidas al juez, mayor será el grado de flexibilidad del procedimiento. Así por ejemplo, un ordenamiento procesal como el inglés que establece una cláusula general al juez para gestionar el caso es mucho más flexible que un ordenamiento procesal como el español que solo confiere potestades para casos específicos y determinados.

Desde el punto de vista doctrinario, los autores que han estudiado los poderes del juez o el *case management* en el proceso civil, no suelen analizar conscientemente ni con detenimiento la relación entre las potestades del juez y la flexibilidad del procedimiento. Sin embargo, las referencias a la flexibilidad o adaptabilidad, aunque marginales o tangenciales, no son pocas⁹⁹⁵.

⁹⁹⁵ DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual)*, 2007, pp. 125 y ss.; BIAVATI, "Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe?", en CARPI; LUPOI (eds.), *Essays on transnational and comparative civil procedure. Scritti sul diritto processuale civile transnazionale e comparato*, 2001, p. 98; TROCKER; VARANO, "Concluding remarks", en TROCKER; VARANO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, pp. 247 - 249; TROCKER,

Así por ejemplo, Verkerk sostiene que: La primera característica del *case management* judicial es que la naturaleza específica del caso determina las reglas y resoluciones que rigen los procedimientos... La flexibilidad y el *case management* judicial permiten elegir el procedimiento correcto para cada caso. No hay un conjunto de reglas de procedimiento e instrucciones que regulen el procedimiento para todos los casos. El caso en sí mismo determina qué instrucciones son las más adecuadas..."⁹⁹⁶.

Zuckerman, por su parte, señala expresamente que en el contexto de las nuevas *CPR* inglesas, el *case management* supone que "el juez tiene el poder de adaptar el proceso al conflicto para garantizar que el procedimiento seguido en cualquier juicio sea proporcional a las necesidades del caso"⁹⁹⁷.

Especialmente certeras y claras son las explicaciones de Hess sobre esta relación entre flexibilidad y poderes del juez:

"Por otro lado, la discreción judicial es necesaria y tiene sus méritos: frecuentemente, la legislación es incapaz de predecir cada caso individual y definir de antemano las circunstancias precisas en que se dictarán las órdenes o resoluciones judiciales. Por lo tanto, la legislación puede facultar a los jueces para encontrar una solución adecuada para el caso individual. La flexibilidad judicial

"Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas de Calamandrei y las reformas procesales en Europa", *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 2010, p. 114; HESS, "Judicial discretion", en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, pp. 45, 48, 52 y 66; ZUCKERMAN, "Court case management in England under the Civil Procedure Rules 1998", en GOTTWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, p. 4; SAENGER, "Case management in Germany", en GOTTWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, p. 37; CADIET, "Civil justice reform: Access, cost and delay. The french perspective", en ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, 2003, p. 317; NG, "Case management: procedural law v. best practices", en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, pp. 131 - 132; CABRAL, "Flexibilização procedimental", *Revista eletrônica de direito procesual*, 2016, p. 157; REDONDO, "Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes", *Revista Jurídica UNIGRAN*, 2013, pp. 97 - 110.

⁹⁹⁶ "The first characteristic of judicial case management is that the specific nature of the case determines the rules and orders that govern the proceedings... Flexibility and judicial case management allow that the right procedure is chosen for each case. There is not one set of procedural rules and directions that regulate the proceedings of all cases. The case itself determines what directions are most suitable...". VERKERK, "What is judicial case management? A transnational and European perspective" en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 43.

⁹⁹⁷ "... the court has the power to adapt process to dispute in order to ensure that procedure followed in any given case is proportionate to the needs of the case". ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, p. 539.

incluso puede contribuir a promover la justicia al adaptar la ley a las circunstancias especiales del caso en consideración. La discrecionalidad judicial también puede permitir que el tribunal tome una decisión que considere correcta sin tener que seguir o eludir reglas técnicas o rígidas...”⁹⁹⁸.

“El Derecho procesal moderno está generalmente orientado hacia la flexibilidad la cual se ejerce mediante un juzgamiento directivo o gestor. La flexibilidad procesal se hace efectiva mediante la discrecionalidad judicial. Hoy, en la mayoría de los países, los jueces están facultados y obligados a dirigir activamente el desarrollo de los procedimientos. También tienen el deber de aplicar y adaptar la ley a las demandas cambiantes de la sociedad...”⁹⁹⁹.

Finalmente, en un sentido similar a las citas anteriores, Taruffo sostiene que:

“... el criterio general que reclama ser seguido es aquel por el cual las formas de procedimiento deben configurarse e interpretarse de manera *elástica y flexible*, para poderse adaptar a las exigencias de cada controversia. Parece claro -pero éste es un punto que merecería mayor profundidad- que el *dominus* de esta adaptación del proceso a las exigencias de cada caso, no podría ser sino el juez, quien debería estar dotado de los poderes necesarios para un efectivo *case management*”¹⁰⁰⁰.

1.6 Límites a los poderes del juez para determinar o modificar el procedimiento

De la misma manera en que la doctrina es coincidente en reconocer que conferir poderes al juez es una tendencia generalizada y en defender su conveniencia, así también los autores coinciden en que estos poderes suponen riesgos y, por esta razón, necesitan límites¹⁰⁰¹. Esta necesidad de

⁹⁹⁸ “On the other hand, judicial discretion is necessary and has its merits: Legislation is often unable to predict every individual case and to define in advance the precise circumstances in which judicial orders will be made. Therefore, legislation may empower judges to find an appropriate solution for individual case. Judicial flexibility may even help to promote justice by adapting the law to the especial circumstances of the case under consideration. Judicial discretion may also allow the court to reach a decision which it feels is right without having to follow or to circumvent technical or rigid rules...”. HESS, “Judicial discretion”, en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, p. 48.

⁹⁹⁹ “Modern procedural law is generally oriented toward flexibility which is exercised by managerial judging. Procedural flexibility is realized by judicial discretion. Today, in most countries, judges are empowered and obliged to actively direct the development of the proceedings. They also have the duty to apply and adapt the law to the changing demands of society...”. HESS, “Judicial discretion”, en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, p. 66.

¹⁰⁰⁰ TARUFFO, “Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 121 y 122.

¹⁰⁰¹ HESS, “Judicial discretion”, en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, p. 63; ANDREWS, “Judicial discretion in common law jurisdictions: England,

límites a los poderes del juez en general es también necesaria respecto de aquellas potestades para determinar y/o modificar el procedimiento que han sido objeto de nuestro análisis en este apartado.

Desde luego que los límites a las potestades del juez son contingentes pues van a depender de las restricciones que establezca la respectiva legislación procesal. Sin embargo, las legislaciones no suelen regular o establecer en forma orgánica y sistemática los límites a los poderes del juez. Normalmente, estos límites son reconstruidos por obra de la doctrina a partir de las diversas normas del mismo ordenamiento procesal. Por esta razón, en lo que sigue describiremos en términos generales los límites más comúnmente reconocidos por la doctrina y que en nuestra opinión resultan parámetros imprescindibles para la regulación y ejercicio de este tipo de potestades.

(1) El primer límite reconocido en forma prácticamente unánime es el principio dispositivo. Esto es, el poder de las partes para determinar el inicio del juicio, el objeto del mismo y su terminación. Sin perjuicio de los mayores o menores poderes que se puedan reconocer al juez, no se llega al punto de eliminar estas potestades exclusivas de las partes¹⁰⁰².

Estrechamente relacionado con este límite, y sin perjuicio del impulso de oficio, entendemos que el inicio de la etapa recursiva y de la etapa

Australia, Canadá and the U.S.A”, *Ibidem*, pp. 127 – 131; 236 – 239; RESNIK, “Managerial judges”, *Harvard Law Review*, 1982, pp. 424 y ss.; ANDREWS, *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 13 y 17; *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 343 y 344; SCOTT, “Caseflow management in the Trial Court”, en ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on “Access to Justice”*, 1995, pp. 17 y ss.; SAENGER, “Case management in Germany”, en GOTTWALD (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, 2010, pp. 36 y 37; NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, pp. 41 – 48; MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp. 164 y 165.

¹⁰⁰² MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp. 156 – 166; ANDREWS, *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, p. 17; *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, p. 37; “A new civil procedural code for England: party-control ‘going, going, gone’”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1999, p. 9; BROECKX, “The discretionary power of the judge. Regional Report: Belgium, France, Italy, Netherlands”, en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, pp. 248 – 249; FENECH, “Facultades procesales de dirección”, en FENECH; CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, 1962, p. 243; NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, p. 33; CORDÓN MORENO, “En torno a los poderes de dirección del juez civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, p. 816.

ejecutiva debe quedar entregado también a la iniciativa de las partes¹⁰⁰³. Es decir, el juez no puede promover de oficio el control por parte de un tribunal superior ni tampoco puede promover de oficio la ejecución.

Desde luego que el principio dispositivo como límite general se entiende sin perjuicio de excepciones o atenuaciones que para casos concretos pudieran razonablemente establecerse.

(2) El segundo grupo de límites a las potestades del juez está constituido por los derechos y garantías fundamentales de carácter procesal. Aunque todo el bloque de derechos y garantías procesales constituye un límite a los poderes del juez, se suelen destacar especialmente como límites el derecho de defensa, la igualdad de las partes y el derecho a la imparcialidad del juez¹⁰⁰⁴.

La conveniencia y utilidad de los poderes del juez, así como los valores que les sirven de fundamento, la eficiencia y la justicia de la decisión, no justifican desconocer o ignorar la relevancia que tienen estos derechos y garantías, pues se trata de los valores de mayor relevancia dentro del Derecho procesal.

La consideración de los derechos y garantías procesales como límite a los poderes del juez es especialmente compleja. Toda potestad del juez, en la medida que hace referencia a cuestiones procesales, es potencialmente riesgosa para los derechos de las partes en el proceso. Por esta razón, se debe realizar una adecuada ponderación entre los valores involucrados en el caso concreto de manera de impedir que cualquier afectación de derechos procesales, por mínima que sea, limite los poderes del juez. Se debe evitar que la consideración de los derechos y garantías procesales como límite a las potestades del juez convierta a estas en inútiles o impracticables.

(3) El tercer límite a los poderes del juez para determinar o modificar el procedimiento es la eficiencia de la justicia civil. Como explicamos anteriormente, la eficiencia es la relación existente entre un objetivo y los recursos utilizados para alcanzarlo. El imperativo de eficiencia exige, por una parte, que los objetivos se alcancen en la mayor medida posible, y por la

¹⁰⁰³ MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, p. 261; ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 37 y 38.

¹⁰⁰⁴ HESS, "Judicial discretion", en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, pp. 47, 64 y 65; BROECKX, "The discretionary power of the judge. Regional Report: Belgium, France, Italy, Netherlands", *Ibidem*, pp. 245, 253 y 260; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, p. 554; ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, p. 337.

otra, que estos se obtengan con la menor inversión de medios posibles. Es decir, prescribe la mejor relación posible entre ciertos objetivos y los medios utilizados para alcanzarlos¹⁰⁰⁵.

El imperativo de eficiencia no solo es el fundamento más comúnmente invocado para justificar los poderes del juez en materia civil¹⁰⁰⁶, sino que además, constituye un límite para su ejercicio¹⁰⁰⁷. Los poderes del juez en materia civil se justifican en la medida que sirven o son útiles para lograr una relación óptima entre los medios utilizados por la jurisdicción y los objetivos que ella persigue. Cuando el ejercicio de estas potestades del juez no contribuye a cumplir con el imperativo de eficiencia, o bien, cuando atenta o dificulta dicho cumplimiento, la eficiencia como justificación desaparece y se convierte en un límite al ejercicio de estos poderes.

Expresado en otros términos, el juez debe usar estas potestades pues le permiten lograr que el procedimiento se desarrolle eficientemente. Pero debe dejar de utilizarlas cuando su ejercicio atente o dificulte el progreso eficiente del juicio.

Entender a la eficiencia como fundamento y a la vez límite a las potestades del juez, corresponde a lo que la doctrina entiende como discrecionalidad judicial en sentido débil o discrecionalidad calificada o

¹⁰⁰⁵ Véase capítulo tercero, II, pp. 170 y ss. Cfr. UZELAC, "Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations", *International Journal of Procedural Law*, 2011, p. 114; MIKELÉNAS, "Efficiency of civil procedure: mission (im)possible?", en NEKROŠIUS *et al.*, *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, 2013, p. 142; DA CUNHA, "A previsão do principio da eficiencia no projeto do novo Código de proceso civil brasileiro", *Revista de processo*, 2014, pp. 66, 67 y 70; REDONDO, "Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes", *Revista Jurídica UNIGRAN*, 2013, p. 98; COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, 1980, p. 7; ORTELLS RAMOS, "Efficiency of civil justice and appeals system. The Spanish reforms in the European context", en NEKROŠIUS *et al.*, *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, 2013, p. 170; ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Análisis económico del Derecho y política criminal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 44.

¹⁰⁰⁶ VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, *passim*; FRODL, "The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896", *Civil Justice Quaterly*, 2012, p. 66; MURRAY; STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp. 164 - 166; RESNIK, "Managerial judges", *Harvard Law Review*, 1982, pp. 395 y ss., 414 - 424; ALI / UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure. As adopted and promulgated by the American Law Institute and by UNIDROIT*, 2006, pp. 33 y 34; VERKERK, "What is judicial case management? A transnational and European perspective", en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, p. 32.

¹⁰⁰⁷ En este sentido, VERKERK, "What is judicial case management? A transnational and European perspective" en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, pp. 32, 47 y 48; BROECKX, "The discretionary power of the judge. Regional Report: Belgium, France, Italy, Netherlands", en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, p. 245.

guiada (*qualified or guided discretion*). Es decir, aquella discrecionalidad que se le confiere al juez para alcanzar ciertos objetivos o para cumplir ciertos estándares¹⁰⁰⁸. En la medida que los poderes del juez se deben orientar a cumplir con el imperativo de eficiencia se trata de poderes discrecionales en sentido débil.

(4) Principio de legalidad, seguridad jurídica y debido proceso. Un cuarto grupo de límites está constituido por el principio de legalidad en materia procesal y la seguridad jurídica. Las potestades para determinar y modificar el procedimiento implican que para determinados supuestos será el juez quien cree o modifique la norma procesal. Esto es lo que se conoce como la dimensión normativa del *case management*¹⁰⁰⁹. En este caso, esta actividad creadora de normas procesales por parte del juez puede entrar en contradicción con los límites impuestos por el principio de legalidad procesal y la certeza jurídica¹⁰¹⁰.

En términos simples el principio de legalidad procesal¹⁰¹¹, en lo que aquí nos interesa, prescribe que el procedimiento debe estar establecido por la ley¹⁰¹². Esta misma idea se suele expresar también bajo la etiqueta de “legalidad de las formas procesales”¹⁰¹³. Es decir, quien debe establecer las

¹⁰⁰⁸ VERKERK, “What is judicial case management? A transnational and European perspective”, en VAN RHEE (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, 2008, pp. 47 y 48; HESS, “Judicial discretion”, en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, p. 47; ANDREWS, “Judicial discretion in common law jurisdictions: England, Australia, Canadá and the U.S.A”, *Ibidem*, pp. 123 – 124; *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 355 – 356.

¹⁰⁰⁹ GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 95 y ss.

¹⁰¹⁰ En este sentido, BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, 2013, p. 52.

¹⁰¹¹ NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, pp. 87 y 88; BORDALÍ SALAMANCA, “El debido proceso civil”, en FERRADA BÓRQUEZ (coord.), *La constitucionalización del Derecho Chileno*, 2003, pp. 259 y 260; DÍAZ URIBE, *Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo I*, 2017, pp. 87 y 88; LÓPEZ PESCIO, *Nociones generales de Derecho Procesal. Derecho Procesal orgánico. Primera parte. Tomo I*, 1987, pp. 214 y ss.; NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, pp. 24 – 26; CASARINO VITERBO, *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho Procesal Orgánico*, 2015, pp. 54 – 56.

¹⁰¹² El art. 63 N° 3 de la CPR de Chile establece que son materias de ley, aquellas que sean objeto de codificación procesal.

¹⁰¹³ Por ejemplo, BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 63 – 65; LÓPEZ PESCIO, *Nociones generales de Derecho Procesal. Derecho Procesal orgánico. Primera parte. Tomo I*, pp. 47 y 48; GOZAÍNI, “El principio de legalidad de las formas”, *Revista Derecho y Sociedad*, 2009, pp. 248 y ss.

normas de procedimiento y las formas procesales es el legislador y no el juez ni las partes.

Por su parte, el principio de legalidad, contribuye a alcanzar el valor de la seguridad jurídica. Aunque la seguridad jurídica presenta diversos aspectos¹⁰¹⁴, esta puede reducirse a la idea de conocimiento y previsibilidad del Derecho. En materia procesal, la seguridad jurídica implica que las partes deben estar en condiciones de conocer de antemano y tener certeza sobre las reglas del procedimiento, así como sus derechos, deberes, obligaciones y cargas procesales. Además, deben poder predecir razonablemente que frente a determinados supuestos de hecho se aplicarán las consecuencias jurídicas previstas en las normas procesales¹⁰¹⁵.

Profundizando sobre este punto, Fernando Atria ha manifestado que, en realidad, la certeza jurídica no busca solamente poder predecir razonablemente las futuras decisiones judiciales. Si así fuera, no sería necesario que los jueces respetaran el ordenamiento jurídico. Bastaría solamente que las decisiones judiciales, correctas o no, se mantuvieran uniformes en el tiempo. Según el autor, lo que la certeza jurídica aseguraría sería la idea de autogobierno. Es decir, que el Derecho (en este caso el Derecho procesal), sea el producto de la decisión tomada por todos como comunidad política, y no de una facción o grupo de sujetos, en este caso, de los jueces¹⁰¹⁶.

Algunos autores suelen explicar estas exigencias del principio de legalidad y la certeza jurídica en materia procesal, a propósito del debido proceso. De acuerdo a estos autores, el debido proceso es un derecho

¹⁰¹⁴ Véanse, por ejemplo los trabajos reunidos en CRUZ MORATONES; FERNÁNDEZ BLANCO; FERRER BELTRÁN (eds.), *Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica*, 2015, *passim*; FENWICK; WRBKA (eds.), *Legal Certainty in a contemporary context. Private and Criminal Law Perspectives*, 2016, *passim*. Véase también, ÁVILA, *Certainty in law*, 2016, pp. 47 y ss. y 199 y ss. (en español, ÁVILA, HUMBERTO, *Teoría de la seguridad jurídica*, Criado Sánchez, Laura (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2012); Díez-PICAZO, "La seguridad jurídica", en *La seguridad jurídica y otros ensayos*, 2014, pp. 9 – 38; PALMA FERNÁNDEZ, *La seguridad Jurídica ante la abundancia de normas*, 1997, pp. 37 y ss.; LIFANTE VIDAL, "Seguridad Jurídica y previsibilidad", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2013, pp. 86 – 105; SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, 2000, pp. 534 y ss.; MARINONI, "El precedente en la dimensión de la seguridad Jurídica", *Ius et Praxis*, 2012, pp. 249 – 266; OLIVER CALDERÓN, "Seguridad jurídica y Derecho penal", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2009, pp. 183 y ss.

¹⁰¹⁵ BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, 2013, p. 52; MOSQUERA RUIZ, "Seguridad jurídica y Derecho procesal", en *Derecho y seguridad jurídica*, 1983, p. 119.

¹⁰¹⁶ ATRIA LAMAITRE, "Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predictibilidad y autogobierno", en BORDALÍ SALAMANCA, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2009, pp. 7 y ss.

fundamental de carácter procesal que exige, entre otras cosas, que el procedimiento sea establecido por ley¹⁰¹⁷ y, además, que en la tramitación de los procesos se respete y dé cumplimiento a las normas procesales¹⁰¹⁸.

Las potestades del juez para determinar y/o modificar el procedimiento deben respetar y conciliarse con el principio de legalidad, la seguridad jurídica y el debido proceso. Esta armonización se logra fundamentalmente con la autorización legal de este tipo de potestades¹⁰¹⁹. En la medida que la ley establezca expresamente este tipo de potestades salvamos el respeto al principio de legalidad. Del mismo modo, la previsión legal permite que las partes litigantes conozcan de antemano las circunstancias en las cuales el juez puede hacer uso de estas potestades y los actos procesales sobre los cuáles podrán recaer. Asimismo, una regulación legal expresa permite concluir que esta posibilidad del juez de modificar o establecer ciertas reglas de procedimiento es el resultado de una decisión conjunta de la comunidad política y no el ejercicio aislado y voluntarista del juez.

La regulación expresa de este tipo de potestades puede realizarse por medio de normas específicas para casos concretos, o bien, por medio de autorizaciones genéricas. En nuestra opinión, la regulación más adecuada se logra por medio de una combinación de ambos tipos de normas. Normas expresas para aquellos casos más relevantes en el devenir del proceso o más delicados en relación con las garantías de las partes. Como por ejemplo, la posibilidad de omitir la audiencia preparatoria o reunir en una sola la audiencia preparatoria y de juicio. Pero además, siempre será necesario algún tipo de autorización genérica que permita cubrir una amplia gama de situaciones posibles. De esta manera se logra alcanzar un adecuado equilibrio entre las necesidades de certeza y flexibilidad¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁷ El art. 19 N° 3 inc. 6 de la Constitución Política de Chile establece que: “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

¹⁰¹⁸ NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, p. 231; BORDALÍ SALAMANCA, “El debido proceso civil”, en FERRADA BÓRQUEZ (coord.), *La constitucionalización del Derecho Chileno*, 2003, pp. 259 y 260; MOSQUERA RUIZ, “Seguridad jurídica y Derecho procesal”, *Revista de Derecho Procesal*, 1994, p. 83.

¹⁰¹⁹ En un sentido similar, en relación con la discrecionalidad judicial, véase, HESS, “Judicial discretion”, en STORME; HESS, *Discretionary power of the judge: limits and control*, 2003, p. 48. Véase también, SEGURA ORTEGA, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, 2006, pp. 50 y ss.

¹⁰²⁰ Sobre esta tensión entre certeza y flexibilidad en relación con el *case management*, véase SCOTT, “Caseflow management in the Trial Court”, en ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.),

Este segundo tipo de autorización legal de carácter genérico, en alguna medida disminuye la seguridad jurídica de las partes en el proceso. Pues en ciertos casos marginales no sabrán de antemano qué determinaciones procedimentales puede adoptar el juez. Respecto de esta situación es posible formular cinco comentarios: (1) Esta afectación a la seguridad jurídica se justifica en los fines que este mecanismo flexibilizador persigue, y en definitiva, se sustenta en los fundamentos de la flexibilidad procesal (eficacia y eficiencia). (2) Además, este tipo de potestades no implican necesariamente que las partes litigantes se verán sorprendidas por actos procesales extravagantes e inéditos. Estas potestades no autorizan al juez a inventar cualquier tipo de procedimientos. Pues, como explicamos en el apartado anterior, el ejercicio de estas potestades siempre estará dirigido a lograr una adecuada tramitación del proceso, de manera de poder alcanzar el imperativo de eficiencia (discrecionalidad judicial en sentido débil o discrecionalidad calificada o guiada). (3) Este tipo de potestades debería siempre ser comunicada a las partes con la debida antelación y permitirse su impugnación. (4) Esta pequeña afectación a la seguridad jurídica sería una manifestación de un proceso más general a nivel de Derecho comparado, consistente en el decaimiento y pérdida de primacía de la legalidad procesal¹⁰²¹. (5) Por último, como afirma Gianmarco Gometz, la certeza jurídica no es algo absoluto. No implica un conocimiento exacto de las normas jurídicas ni una previsibilidad exacta de los actos de aplicación del Derecho. Desde el momento que se toma conciencia del carácter indeterminado y dinámico del Derecho, así como el carácter creativo y discrecional de los actos de aplicación jurídica, se entiende que la seguridad jurídica es simplemente una cuestión de grado que implica la previsibilidad de una gama o conjunto de consecuencias jurídicas posibles¹⁰²².

Reform of civil procedure. Essays on "Access to Justice", 1995, pp. 21 y 22; GARCÍA ODGERS, Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado, 2018, p. 100.

¹⁰²¹ GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, p. 95 y ss.; BERIZONCE, "El principio de legalidad formal bajo el prisma de la constitución 'normatizada'", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 2014, pp. 65 – 85; PRIORI POSADA, "El proceso dúctil", en *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2015, pp. 93 y ss.

¹⁰²² GOMETZ, "Grados y dimensiones de la certeza jurídica", en CRUZ MORATONES; FERNÁNDEZ BLANCO; FERRER BELTRÁN (eds.), *Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica*, 2015, pp. 32 y ss.; ÁVILA, *Certainty in law*, 2016, pp. 173 y ss. Destacando también el carácter graduable de la seguridad jurídica, véase, LIFANTE VIDAL, "Seguridad Jurídica y previsibilidad", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2013, pp. 93 y ss.

Atendida la relevancia de este tipo de potestades para el desarrollo del proceso y las garantías de las partes, y atendido los límites que imponen el principio de legalidad, la seguridad jurídica y el debido proceso, estimamos que este tipo de potestades deberían siempre regularse expresamente, por medio de normas para casos específicos y normas genéricas.

(5) Al finalizar este apartado sobre los límites a las potestades del juez es necesario referirse a la motivación de las resoluciones o sentencias¹⁰²³. En el contexto de los poderes del juez en general, así como de las potestades para modificar y/o determinar el procedimiento en particular, especialmente si se trata de poderes discrecionales¹⁰²⁴, la motivación de la sentencia constituye un elemento fundamental.

En términos generales la motivación de las resoluciones o sentencias es relevante en materia procesal porque constituye una obligación básica de los jueces¹⁰²⁵ ampliamente compartida por la mayoría de los ordenamientos procesales (cuya única excepción significativa es Estados Unidos)¹⁰²⁶. Además, la motivación constituye una de las garantías fundamentales de carácter procesal, sea que se consagre expresamente como tal, o bien, que se desprenda de alguna cláusula general como el debido proceso¹⁰²⁷. Por último, la motivación constituye un elemento de legitimación del poder que ejercen los jueces, cumpliendo una función político institucional, que permite el control de estos por la sociedad. Es lo que se conoce como la

¹⁰²³ Sobre el tema véase, por todos, TARUFFO, *La motivación de la sentencia civil*, 2001. Véase también, TARUFFO, “La motivación de la sentencia”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 515 – 526; HERNÁNDEZ MARÍN, *Las obligaciones básicas de los jueces*, 2005, pp. 143 – 254; NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, pp. 155 – 158. En Chile, ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo VI. De los actos procesales y sus efectos*, 2017, pp. 81 – 87; BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 43 – 45.

¹⁰²⁴ Sobre la motivación y la discrecionalidad véase SEGURA ORTEGA, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, 2006, pp. 75 y ss.

¹⁰²⁵ HERNÁNDEZ MARÍN, *Las obligaciones básicas de los jueces*, 2005, pp. 15 y 143.

¹⁰²⁶ TARUFFO, “La motivación de la sentencia”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 515 y 516; TARUFFO, *La motivación de la sentencia civil*, 2001, pp. 318 y ss.

¹⁰²⁷ TARUFFO, “La motivación de la sentencia”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 515 y 516; TARUFFO, *La motivación de la sentencia civil*, 2001, pp. 318 y ss.; BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, p. 43; ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo VI. De los actos procesales y sus efectos*, 2017, p. 82.

función extraprocesal de la motivación de la sentencia¹⁰²⁸. Es decir, la motivación de la sentencia es importante jurídicamente pues constituye tanto una obligación básica de los jueces, una garantía fundamental para las personas y un principio fundamental para el correcto ejercicio y cumplimiento de la función jurisdiccional.

Específicamente en relación con lo que nos interesa en este punto, la motivación de la sentencia cumple una doble función de control. Por un lado, constituye ella misma un límite a las potestades del juez y, al mismo tiempo, es un mecanismo que permite el control de los demás límites a los poderes del juez.

(1) En primer lugar, en la medida que el juez sabe que debe motivar sus decisiones al ejercer sus potestades procesales, sobre todo en caso de potestades discrecionales, esto lo induce a ejercerlas dentro del conjunto de posibilidades, más o menos amplias, que sean legalmente legítimas. La obligación del juez de motivar sus decisiones limita o restringe la aparente libertad que este tiene en el ejercicio de sus potestades.

(2) En segundo lugar, como la motivación tiene una naturaleza justificatoria¹⁰²⁹ sobre el ejercicio de alguna potestad, ella permite controlar que no se hayan infringido los demás límites a los poderes del juez. La motivación de la sentencia exige que el juez dé los argumentos o razones que permiten considerar su decisión, en este caso, el ejercicio de una determinada potestad procesal, como racional y jurídicamente correcta. En el desarrollo de esta justificación se podrá observar si el juez transgredió o no algún tipo de límites al ejercicio de sus potestades. Esto permitirá a las partes conocer cuales fueron estas razones y, eventualmente, impugnar esta decisión ante un tribunal superior. Esta motivación permitirá, además, que el órgano de control de la decisión pueda revisar y eventualmente controlar si el ejercicio de la potestad procesal infringió alguno de sus límites. Esto es lo que se conoce como la función endoprocesal de la motivación de la sentencia¹⁰³⁰.

En principio, la doctrina entiende que, dada la relevancia antes explicada de la motivación, ella es exigible siempre, sin que puedan existir

¹⁰²⁸ TARUFFO, "La motivación de la sentencia", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 517 y 518.

¹⁰²⁹ TARUFFO, "La motivación de la sentencia", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 519 – 522; HERNÁNDEZ MARÍN, *Las obligaciones básicas de los jueces*, 2005, pp. 144 – 146.

¹⁰³⁰ TARUFFO, "La motivación de la sentencia", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 516 – 517.

casos en que esta obligación pueda ser dispensada o eliminada. Esto debe ser entendido de la misma manera en respecto de las potestades del juez en materia procesal. Sin embargo, atendidas las diversas actividades que el juez pueda desarrollar al interior del proceso, principalmente aquellas potestades referidas a la conducción del mismo, esta motivación, siempre necesaria, será más o menos extensa dependiendo de la naturaleza del acto de que se trate¹⁰³¹. Así por ejemplo, la fijación del día y hora para la celebración de una audiencia no requiere más justificación que la norma legal que habilita al juez para fijarla y la disponibilidad en la agenda de trabajo del tribunal. En otros casos, en cambio, cuando se trate de cuestiones más complejas o más relevantes para el desarrollo del juicio, como puede ser la determinación del procedimiento aplicable o la decisión de separar o reunir procesos, la motivación deberá ser mucho más extensa.

2. Acuerdos procesales

El presente apartado tiene por objeto analizar y explicar ciertos aspectos generales de los acuerdos procesales con especial énfasis en su aptitud para conferir flexibilidad al procedimiento. Sin embargo, el tema de los acuerdos procesales es especialmente complejo y presenta diversas dificultades y desafíos. Por este motivo, será necesario comenzar formulando algunas explicaciones de carácter previo (apartados 2.1; 2.2 y 2.3); luego recurriremos al método histórico (apartado 2.4) y al método comparado (apartado 2.5) para poder tener una imagen general del tema; a partir de esta imagen general formularemos algunas clasificaciones y distinciones relevantes (apartado 2.6); luego enunciaremos algunas premisas y lineamientos generales (apartado 2.7); a continuación analizaremos la relación de los acuerdos procesales y la flexibilidad del procedimiento (apartado 2.8); y por último, concluiremos haciendo referencia a los límites generales que los acuerdos procesales deberían respetar (apartado 2.9).

2.1 Concepto, denominación y distinciones

Los acuerdos procesales como mecanismo de flexibilidad procesal son aquellos pactos o convenios celebrados por dos o más sujetos, en forma previa o durante el juicio, cuyo contenido está destinado a producir efectos

¹⁰³¹ En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte general*, 2013, p. 152.

en el proceso, consistentes en crear, modificar o derogar normas procesales, así como, crear obligaciones de comportamiento para las partes en un proceso actual o futuro¹⁰³².

Desde el punto de vista terminológico, no parece existir consenso en la doctrina procesal en el término más adecuado para nombrar a este tipo de acuerdos¹⁰³³. Los autores utilizan diversas denominaciones, muchas de ellas influenciadas por la teoría del acto jurídico civil. Así por ejemplo, se habla de hechos o actos procesales, de contratos procesales, convenciones procesales, negocios jurídicos procesales, etc¹⁰³⁴. Desde luego la elección de alguno de estos términos no es equivalente pues, a partir de la teoría del acto jurídico de Derecho privado, la utilización de estos términos supone importantes consecuencias y distinciones.

En la doctrina extranjera también se utilizan diversas expresiones: en Alemania se utiliza la expresión “*prozessverträge*” (contrato procesal); en Francia se les denomina “*contract de procédure*”; en Italia se usa la denominación de “*accordi processual*”¹⁰³⁵. En Brasil, por su parte, hablan indistintamente “convenciones” y “negocios” procesales¹⁰³⁶.

En los límites de nuestra investigación no nos resulta posible y para los objetivos de la misma tampoco parece mayormente provechoso,

¹⁰³² Didier Jr. y Nogueira definen el negocio procesal como “el hecho jurídico voluntario, en cuyo soporte fáctico se confiere al sujeto el poder de escoger la categoría jurídica o establecer, dentro de los límites fijados en el propio ordenamiento jurídico, ciertas situaciones jurídicas procesales”. Cfr. DIDIER JR., “Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, p. 162; NOGUEIRA, “La cláusula general del acuerdo de procedimiento en el nuevo Código de proceso civil brasileño”, *Ibidem*, p. 279. Carneiro los define como “... todos los actos bilaterales practicados en el curso del proceso o para producir efectos en él, que disponen sobre cuestiones del proceso, substrayéndolas de la apreciación judicial o condicionando el contenido de las resoluciones judiciales posteriores”. Cfr. GRECO, “Os atos de disposição procesal – primeiras reflexões”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2007, p. 8.

¹⁰³³ CABRAL, “Convenciones en materia procesal”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 306 y ss.; BARBOSA MOREIRA, “Convenções das partes sobre materia procesal”, en *Temas de direito processual. Tercera Série*, 1984, pp. 88 y ss.

¹⁰³⁴ Distinguiendo estos diversos términos véase DA CUNHA, “Negocios jurídicos procesales en el proceso civil brasileño”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 224 y ss.

¹⁰³⁵ CABRAL, “Convenciones en materia procesal”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, p. 307.

¹⁰³⁶ Véase NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, *passim*; DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coord.), *Negócios processuais*, 2015, *passim*.

profundizar en la más correcta denominación para este tipo de concurso de voluntades, ni determinar de qué manera y en qué medida la teoría del acto jurídico civil resulta útil o adecuada para analizar este tipo de acuerdos en materia procesal. Por este motivo, en lo que sigue de esta investigación, preferimos utilizar la expresión más neutra de “acuerdos procesales”.

Como señalamos anteriormente, los acuerdos procesales que aquí analizaremos son aquellos cuyo contenido está destinado a producir efectos en el proceso consistentes en crear, modificar o derogar normas procesales, así como, crear obligaciones de comportamiento para las partes en un proceso actual o futuro. Por este motivo, se deben diferenciar y distinguir de aquellos acuerdos celebrados por las partes antes o durante el juicio, destinados a resolver total o parcialmente el asunto controvertido entre ambas, es decir, aquellos acuerdos que afectan el objeto del juicio¹⁰³⁷. Desde luego existirán casos límite en los cuáles la distinción sea difícil de determinar, o bien, en que el acuerdo produzca efectos sobre ambos tipos de cuestiones y en consecuencia presente un doble carácter. Sin embargo, estos no dejan de ser casos límite de manera que la distinción sigue siendo útil para la mayoría de los demás casos.

Por último, se debe tener presente que para algún autor los contratos procesales constituyen una manifestación o expresión de movimientos o tendencias sociales más generales: la tendencia a la contractualización de las relaciones sociales y el movimiento generalizado de promoción y fomento a los ADR (*alternative dispute resolution*)¹⁰³⁸. Sin embargo, los límites de nuestra investigación no nos permiten cuestionar ni analizar en extenso esta afirmación. Por este motivo, no profundizaremos en este contexto más general, y nos centraremos exclusivamente en los acuerdos procesales.

¹⁰³⁷ Formulando esta distinción véase CAPONI, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, p. 100; DIDIER JR., “Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, p. 163.

¹⁰³⁸ CADIET, “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, *Civil Procedure Review*, 2012, pp. 4 y ss. En un sentido similar, para el caso de Estados Unidos, véase DAVIS; HERSHKOFF, “Contracting for procedure”, *William and Mary Law Review*, 2011, pp. 507 – 566. Para el caso europeo, véase LHUILLIER, “Contractualisation (consensus oriented approach) and judicial process in Europe (situation in 2009)”, 2010. Disponible en red: <https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-contractualisa/1680747658> (última visita 11 de septiembre de 2018).

2.2 Acuerdos en el desacuerdo

Una de las dificultades que presenta este tema es la aparente contradicción que supone. En principio, parece contra intuitivo y paradójico hablar de acuerdos procesales. Por regla general, el proceso supone una situación de conflicto que no ha sido posible solucionar por las propias partes involucradas. Es precisamente esta falta de entendimiento el que hace necesario recurrir al proceso judicial para que el juez le ponga término¹⁰³⁹. Por lo tanto, en principio parece contradictorio y paradójico suponer la existencia de acuerdos entre dos partes que se encuentran en desacuerdo. Esta intuición se corrobora fácilmente en la práctica litigiosa en donde, por regla general, las partes que han llegado a juicio suelen estar férreamente enfrentadas sin mayor cooperación entre ambas.

Sin embargo, aunque estas afirmaciones son ciertas, esta contradicción y paradoja de los acuerdos procesales merece relativizarse por varias razones. (1) En primer lugar, la idea de acuerdo relacionado con el proceso ha existido desde antiguo. Instituciones como el arbitraje, la transacción, la modificación de la competencia territorial o los acuerdos para reducir plazos se conocen desde hace mucho tiempo¹⁰⁴⁰. De hecho, en el Derecho romano el proceso civil tenía un origen contractual¹⁰⁴¹. Por lo tanto, desde siempre el proceso se ha desarrollado y entendido vinculado a ciertos acuerdos procesales.

(2) En segundo lugar, los acuerdos procesales pueden celebrarse en forma previa al juicio y, más importante aún, en forma previa al conflicto. Una de las formas que puede adoptar el acuerdo procesal consiste en reglas o cláusulas insertas en actos o contratos que regulan relaciones de Derecho privado. Cláusulas procesales que están destinadas precisamente a prever y regular algunos aspectos de un posible conflicto futuro¹⁰⁴². Este es el mejor

¹⁰³⁹ Sobre esta contradicción véase CADIET, “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, *Civil Procedure Review*, 2012, pp. 3 y ss.

¹⁰⁴⁰ CADIET, “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, *Civil Procedure Review*, 2012, p. 4; MUÑOZ SABATÉ, *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, 1988, pp. 21 y ss. Sobre el arbitraje como acuerdo procesal en España véase, por ejemplo, LÓPEZ ORTIZ, “Los contratos procesales”, *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, 1954, pp. 63 y ss.

¹⁰⁴¹ MUÑOZ SABATÉ, *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, 1988, p. 22; TOPASIO FERRETTI, *Procedimiento civil romano*, 1992, pp. 14, 19 y 20; AYLWIN AZÓCAR, *El juicio arbitral*, 2014, pp. 66 y 67.

¹⁰⁴² CADIET, “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, *Civil Procedure Review*, 2012,

momento para celebrar el acuerdo procesal pues se efectúa cuando nace la relación de Derecho privado entre las partes, cuando éstas tienen disposición cooperativa y antes de cualquier conflicto.

(3) Por último, la paradoja o contradicción que mencionamos al comienzo de este apartado solo deja en evidencia la dificultad que existan acuerdos en el proceso pero no su imposibilidad. Los acuerdos procesales durante el juicio, aunque son poco probables, no son imposibles. Aunque son muy infrecuentes en la práctica, existen y pueden existir casos en los cuales las partes, a pesar de estar en desacuerdo sobre la cuestión de fondo, logren llegar a acuerdo sobre algunas cuestiones procesales. El desarrollo del arbitraje tanto a nivel nacional como internacional es una buena prueba de ello. Además, estos acuerdos procesales pueden ser favorecidos por una buena gestión de los abogados participantes en el proceso quienes, al no estar personalmente involucrados, pueden recomendar acuerdos procesales que sean de beneficio mutuo para ambas partes.

(4) Además, en la actualidad existen diferentes factores que permiten estimar que los acuerdos procesales pueden ser cada vez más frecuentes. Así por ejemplo, la oralidad de los procedimientos y el contacto directo de las partes ante el juez, un activo *case management* judicial, el abandono de la cultura absolutamente adversarial y la introducción de una concepción más cooperativa del proceso, así como el reconocimiento de fines sociales que van más allá de la sola resolución de conflictos son todos factores que permiten presumir que los acuerdos procesales serán cada vez más habituales en los procesos civiles.

2.3 Principio legalidad y acuerdos procesales

Cualquier aproximación o análisis de los acuerdos procesales debe comenzar y tomar como referencia, necesariamente, el principio de legalidad en materia procesal. En términos simples, el principio de legalidad procesal¹⁰⁴³, en lo que aquí nos interesa, prescribe que el procedimiento

pp. 6 y ss.; MUÑOZ SABATÉ, *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, 1988, pp. 7 y ss.

¹⁰⁴³ NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, pp. 87 y 88; BORDALÍ SALAMANCA, "El debido proceso civil", en FERRADA BÓRQUEZ (coord.), *La constitucionalización del Derecho Chileno*, 2003, pp. 259 y 260; DÍAZ URIBE, *Curso de Derecho Procesal Civil*, 2017, pp. 87 y 88; LÓPEZ PESCIO, *Nociones generales de Derecho Procesal. Derecho Procesal orgánico. Primera parte*, 1987, pp. 214 y ss.; NIEVA FENOLL,

debe estar establecido por la ley¹⁰⁴⁴. Esta misma idea se suele expresar también bajo la etiqueta de “legalidad de las formas procesales”¹⁰⁴⁵. Es decir, quien debe establecer las normas de procedimiento y las formas procesales es el legislador. En consecuencia, las partes no tienen, en principio, potestades para crear o modificar las normas del procedimiento.

La doctrina procesal es relativamente uniforme en reconocer la posición y relevancia del principio de legalidad procesal como mecanismo para asegurar la seguridad jurídica y la aplicación uniforme de las normas procesales¹⁰⁴⁶. Por esta razón, se concluye que la voluntad de las partes solo tiene eficacia procesal respecto de los casos expresamente autorizados por la ley. No existe autonomía de la voluntad en la aplicación de las normas procesales¹⁰⁴⁷.

Por esta razón, cualquier intento por introducir, desarrollar o expandir los acuerdos en un determinado sistema normativo, debe comenzar por autorizarlos expresamente. Ya sea por medio de autorizaciones para casos específicos, por medio de autorizaciones generales, o una combinación de ambos tipos. Una regulación expresa nos permitirá sortear de buena manera las diversas dificultades de este mecanismo. Como explicaremos al final de esta sección, uno de los aspectos más problemáticos de los acuerdos procesales es el tema relativo a sus límites. En este sentido, una regulación expresa de este tipo de acuerdos

Derecho Procesal I. Introducción, 2014, pp. 24 – 26; CASARINO VITERBO, *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho Procesal Orgánico*, 2015, pp. 54 – 56.

¹⁰⁴⁴ El art. 63 N° 3 de la Constitución Política de Chile establece que son materias de ley, aquellas que sean objeto de codificación procesal. Por su parte, el art. 1 LEC establece expresamente el principio de legalidad procesal: “Artículo 1. Principio de legalidad procesal. En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”.

¹⁰⁴⁵ Por ejemplo, BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 63 – 65; LÓPEZ PESCIO, *Nociones generales de Derecho Procesal. Derecho Procesal orgánico. Primera parte*, 1987, pp. 47 y 48; GOZAÍNI, “El principio de legalidad de las formas”, *Revista Derecho y Sociedad*, 2009, pp. 248 y ss.

¹⁰⁴⁶ NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, p. 24; MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 292 y 293; BORDALÍ SALAMANCA, “El debido proceso civil”, en FERRADA BÓRQUEZ (coord.), *La constitucionalización del Derecho Chileno*, 2003, pp. 259 y 260; BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, 2013, p. 52;

¹⁰⁴⁷ NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, p. 25; DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte general*, 2013, pp. 327 – 328; BERIZONCE, “Ideologías y proceso”, en DOS SANTOS LUCÓN *et al.*, (coords.), *Proceso em Jornadas*, 2016, p. 870; GOZAÍNI, “El principio de legalidad de las formas”, *Revista Derecho y Sociedad*, 2009, pp. 251 y ss.

entrega mayor certeza sobre el lugar donde se encuentra la frontera de lo jurídico y procesalmente aceptable.

2.4 Un poco de historia: un desarrollo lleno de dificultades y desafíos

El desarrollo científico de los acuerdos procesales no ha sido fácil y ha estado lleno de dificultades. Aunque existen algunos acuerdos procesales específicos que se conocen desde hace mucho tiempo (por ejemplo el arbitraje), el desarrollo dogmático de este tipo de convenciones en materia procesal es relativamente escaso. De hecho, en la actualidad puede afirmarse que es una materia respecto a la cual todavía no se alcanza el grado de madurez que han alcanzado otras materias propias de esta disciplina. En este sentido, para comprender el estado actual de la teoría de los acuerdos procesales vale la pena mencionar someramente alguna de estas dificultades:

(1) El primer factor, de carácter político y jurídico, es el nacimiento del Estado moderno durante el siglo XVIII, el cual asume el monopolio de la función de impartir justicia en la sociedad. Este cambio en la distribución de funciones tuvo diversos fines: limitación del poder, terminar con los problemas del proceso romano-canónico, etc¹⁰⁴⁸. Pero, además produjo como consecuencia la exclusión, por regla general, de la intervención privada en el ejercicio de la función judicial.

(2) Un segundo factor, estrechamente relacionado con el anterior, es el proceso de codificación del Derecho que se inicia en el siglo XVIII. Nuevamente, el Estado asume en forma exclusiva la función de dictar normas jurídicas mediante códigos¹⁰⁴⁹. Y lo hace con la convicción (que será refutada con el tiempo) que estos cuerpos normativos son completos, plenos y suficientes. Esta circunstancia, produce en materia procesal la creencia que el proceso legal tipo era el modelo ideal y que la norma procesal solo podía ser creada por ley¹⁰⁵⁰. Circunstancias que en su conjunto, llevaron, por regla general, a excluir o reducir cualquier otra forma de creación de normas jurídicas procesales.

¹⁰⁴⁸ CAPONI, "Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali", en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, p. 101.

¹⁰⁴⁹ DO PASSO CABRAL, "Prólogo", en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 8.

¹⁰⁵⁰ *Ídem*.

(3) Un tercer factor, relativo al pensamiento jurídico, es el cambio de orientación hacia la concepción pública de la justicia civil¹⁰⁵¹. El publicismo surge en Europa en la segunda mitad del siglo XIX en Alemania, primero en el ámbito del Derecho público. Luego pasa al ámbito del Derecho procesal con la obra de Adolf Wach¹⁰⁵² en relación con el rol de la justicia civil. Este cambio de orientación se materializaría posteriormente en la *ZPO* austriaca de Franz Klein¹⁰⁵³, desde ahí se extendería a los demás países europeos, y por influencia de España e Italia llegaría incluso a Sudamérica¹⁰⁵⁴.

Como señalamos anteriormente, esta nueva perspectiva deja atrás la concepción liberal clásica existente del proceso civil como libre competición de sujetos privados. Ahora la justicia civil se concibe como una de las funciones del estado donde no solo se persigue la resolución de conflictos sino también la actuación de la ley. Al tratarse de una función pública, comienzan a reconocerse otros valores como la rapidez, los costos o la eficiencia, y la autonomía de las partes deja de ser el único valor relevante¹⁰⁵⁵.

El surgimiento del publicismo, que fue un verdadero avance científico en materia procesal, y que sería la fuente de diversos avances posteriores, produjo también consecuencias negativas en relación con los acuerdos procesales. En palabras de Greco:

“La concepción publicista del proceso relegó a segundo plano la reflexión académica sobre los límites de la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a la multiplicidad de cuestiones que pueden suscitarse en el proceso o, simplemente, a considerarla siempre dependiente de la aprobación u

¹⁰⁵¹ CAPONI, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, pp. 101 y 102; DE CUNHA, “Negocios jurídicos procesales en el proceso civil brasileño”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 235 y ss.; DO PASSO CABRAL, “Prólogo”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coord.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, p. 8.

¹⁰⁵² WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 1977, pp. 21 y ss.; 170 y ss.

¹⁰⁵³ TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, pp. 156 y 157.

¹⁰⁵⁴ Véase FRODL, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 - 1896”, *Civil Justice Quarterly*, 2012, p. 64; TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, pp. 157 y 158.

¹⁰⁵⁵ TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, pp. 156 y 157. Véase también PÉREZ RAGONE, “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Revista de Derecho*, 2014, pp. 536 y ss.

homologación del juez, guardián vigilante de los fines sociales y del interés público a ser alcanzados y preponderantemente tutelados”¹⁰⁵⁶.

Por su parte, do Passo Cabral sostiene que “históricamente, el tema (de los negocios jurídicos procesales) fue sofocado por la victoria del publicismo procesal, que fijó las premisas inquebrantables que inviabilizaron –cuando no demonizaron– la expresión <<proceso convencional>>”¹⁰⁵⁷.

(4) Por último, también relacionado con los apartados anteriores, la lucha por la autonomía científica del Derecho Procesal, y el intento por construir instituciones y categorías propias llevó a un alejamiento del Derecho material y a recelar de cualquier institución que pareciera tomada del Derecho privado¹⁰⁵⁸. En este sentido, se entiende que una noción como “acuerdo”, que se encuentra en el núcleo del Derecho privado, fuera recelada y olvidada por la doctrina procesal. Como señala Caponi citando a Stolleis: “... esta polaridad (entre Derecho privado y Derecho público) es como la luz de una estrella que irradia, aun mucho tiempo después de que su fuente se ha agotado”¹⁰⁵⁹.

Como se puede apreciar, todos estos factores de alguna manera van a contracorriente de la lógica que subyace a los acuerdos procesales. Todos ellos en su conjunto han dificultado enormemente el desarrollo dogmático y científico de los acuerdos procesales. Sin embargo, estas dificultades no han impedido que en diversos países y con diversas velocidades hayan surgido algunos desarrollos, normativos y/o teóricos, sobre esta clase de acuerdos¹⁰⁶⁰. Sobre los diversos desarrollos que han tenido los acuerdos

¹⁰⁵⁶ “A concepção publicística do processo relegou a segundo plano a reflexão acadêmica sobre os limites da autonomia da vontade das partes a respeito da multiplicidade de questões que podem ser suscitadas no processo ou, simplesmente, a considerá-la sempre dependente da aprovação ou homologação do juiz, vigilante guardião dos fins sociais e do interesse público a serem atingidos e preponderantemente tutelados”. GRECO, “Os atos de disposição procesal – primeiras reflexões”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2007, p. 7.

¹⁰⁵⁷ DO PASSO CABRAL, “Prólogo”, en NOGUEIRA; CAVANI (CoordS.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 8.

¹⁰⁵⁸ *Ídem*; CAPONI, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, pp. 114 y ss. Véase también, DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso*, 2009, p. 19 y ss.; MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2009, p. 43 y ss.

¹⁰⁵⁹ CAPONI, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, pp. 116 y 117.

¹⁰⁶⁰ Algún autor incluso ha llegado a considerar los acuerdos procesales como tendencia: “Prescindiendo de – o quizás conjugando – las ideologías que cruzan el proceso civil, se evidencia una tendencia orientada a la búsqueda de un equilibrio razonable entre el

procesales en los países de tradición más próxima nos referiremos en el apartado siguiente referido al Derecho comparado.

2.5 Los acuerdos procesales en el Derecho comparado

A. Alemania

En materia de acuerdos procesales Alemania destaca especialmente en el ámbito comparado. Esta temática ha estado presente en la discusión doctrinaria por décadas¹⁰⁶¹. De hecho, es a la doctrina alemana de finales del siglo XIX a quien se le atribuye la elaboración del concepto de “negocio procesal”, principalmente a partir de los trabajos de Wach y Kohler^{1062 - 1063}. Aunque también es posible encontrar referencias a esta materia en obras de autores como Rosenberg¹⁰⁶⁴ o Goldschmidt¹⁰⁶⁵. Más recientemente destaca la monografía de Wagner¹⁰⁶⁶.

principio de legalidad que lo gobierna y las concesiones a la libertad de las partes, para enriquecer con su aporte el propio sistema procesal y su eficacia. Sin dejar de subrayar la vigencia del sistema normativo procesal que se asienta en la legalidad, se posibilita a los protagonistas, a las propias partes, participar, bajo ciertas reglas, en el quehacer procedimental”. BERIZONCE, “Ideologías y proceso”, en DOS SANTOS LUCON *et al.*, (coords.), *Processo em Jornadas*, 2016, p. 870.

¹⁰⁶¹ KERN, “Procedural contracts in Germany”, en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 181.

¹⁰⁶² DENTI, “Negozio processuale”, en *Enciclopedia del Diritto*, v. XXVIII, 1978, p. 138; NOGUEIRA, “La cláusula general del acuerdo de procedimiento en el nuevo Código de proceso civil brasileño”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 271 – 291.

¹⁰⁶³ Los trabajos originales son: WACH, ADOLF, “Das Geständniß. Ein Beitrag zur Lehre von den processualischen Rechtsgeschäften”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 64, N° H, 2/3, 1881, pp. 201 – 255; KOHLER, JOSEPH, “Über prozessrechtliche Verträge und Kreationen”, *Gruchot Beiträge*, vol. 31, 1887, s/p, a los cuales no hemos tenido acceso por limitaciones de idioma. Véase también, WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 1977, pp. 28 y 29, citas 8 y 9.

¹⁰⁶⁴ ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 1955, pp. 35 – 37; 360; 368 y 369.

¹⁰⁶⁵ GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho penal y proceso. Vol. II. Derecho procesal civil*, 2010, pp. 228, 377; *Derecho, Derecho penal y proceso. Vol. III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*, 2015, pp. 171 y ss., 473 y 474, 476 y 477, 488.

¹⁰⁶⁶ FABBI, “New ‘sources’ of civil procedure law: first notes for a study”, en CADIET; HESS; REQUEJO ISIDRO, *Procedural science at the crossroads of different generations, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for international, european and regulatory procedural law*, 2015, p. 77. La monografía es: WAGNER, GERHARD, *Processverträge. Privatautonomie im verfahrensrecht*, Jus Privatum 33, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, a la cual no hemos tenido acceso por limitaciones de idioma.

En general, tanto la doctrina como los tribunales han sostenido una posición relativamente liberal en torno a la procedencia de este tipo de acuerdos. Se distingue entre contratos procesales en sentido estricto, esto es, aquellos que tienen un efecto inmediato sobre las normas procesales, modificándolas, excluyéndolas o creándolas; y los contratos que crean obligaciones de comportamiento para las partes en un proceso actual o futuro. Los primeros se tienden a aceptar siempre que no se trate de normas legales de carácter imperativo u obligatorio. Los segundos, al no afectar normas procesales, se aceptan sin problemas. Se entiende que rige el principio de libertad contractual (sin perjuicio de las limitaciones propias del Derecho material)¹⁰⁶⁷.

B. Francia

En Francia la reflexión sobre los acuerdos procesales es más reciente. Se inicia cuando surge este tipo de acuerdos en la práctica judicial durante la década de los años ochenta¹⁰⁶⁸. Solo en el año 2005 reciben una consagración formal mediante la modificación del art. 764 del *Nouveau Code de Procédure Civile* que autoriza la fijación de calendarios procesales¹⁰⁶⁹. Sin embargo, en la actualidad este tema constituye una de las grandes

¹⁰⁶⁷ KERN, "Procedural contracts in Germany", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 181 y ss.; CAPONI, "Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali", en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, pp. 102 y 103. En sentido contrario, exigiendo autorización expresa, véase HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, p. 205.

¹⁰⁶⁸ REZENDE DE ALMEIDA, "As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 247 y 248; FERRAND, "The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France", en TROCKER; VARANO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, 2005, p. 21; FABBI, "New 'sources' of civil procedure law: first notes for a study", en CADIET; HESS; REQUEJO ISIDRO, *Procedural science at the crossroads of different generations, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for international, european and regulatory procedural law*, 2015, p. 78.

¹⁰⁶⁹ REZENDE DE ALMEIDA, "As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 249; CABRAL, "Reflexos das convenções em matéria procesal nos atos judiciais", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 222. Sobre el tema de la calendarización procesal en Francia véase también: JEULAND, "Case management in France", en VAN RHEE; YULIN (eds.), *Civil litigation in China and Europe. Essays on the role of the judge and the parties*, 2014, pp. 349 – 358.

tendencias en materia procesal en aquel sistema jurídico y ha logrado un grado de desarrollo encomiable¹⁰⁷⁰.

En opinión de Cadiet las “convenciones relativas al proceso se inscriben en Francia dentro de una tendencia muy clara, la contractualización contemporánea de las relaciones sociales, ligadas a la decadencia del centralismo estatal y de su corolario en la categoría de la producción normativa, el legicentrismo”¹⁰⁷¹. Por su parte, Rezende entiende que los contratos procesales en Francia se insertan en una tendencia mundial de flexibilización de los procedimientos¹⁰⁷².

Cadiet distingue: (1) los acuerdos previos al proceso destinados a regular su solución, los cuales son favorecidos tanto en la legislación como en la jurisprudencia¹⁰⁷³ y; (2) acuerdos una vez que el conflicto ha surgido, dentro del contexto judicial, como instrumento destinado a gestionar el proceso, en los cuales la libertad de las partes está más limitada¹⁰⁷⁴.

Según el autor “existe una progresión en la neutralización de la libertad contractual: *grosso modo*, cuanto más grande es el poder del juez en el litigio, menos determinado está el juicio, lo que anula las cláusulas previas que deberían determinar dicho juicio”¹⁰⁷⁵.

Los tribunales, por su parte, exigen la aceptación del acuerdo por el juez cuando este afecta sus atribuciones. En los demás casos, aceptan este

¹⁰⁷⁰ FABBI, “New ‘sources’ of civil procedure law: first notes for a study”, en CADIET; HESS; REQUEJO ISIDRO, *Procedural science at the crossroads of different generations, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for international, european and regulatory procedural law*, 2015, p. 78;

¹⁰⁷¹ CADIET, “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, *Civil Procedure Review*, 2012, pp. 4 y 5.

¹⁰⁷² REZENDE DE ALMEIDA, “As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC”, en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 246 y 247.

¹⁰⁷³ CADIET, “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, *Civil Procedure Review*, 2012, pp. 6 y ss.

¹⁰⁷⁴ CADIET, “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, *Civil Procedure Review*, 2012, pp. 16 y ss.

¹⁰⁷⁵ CADIET, “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, *Civil Procedure Review*, 2012, p. 13.

tipo de acuerdos sin problemas¹⁰⁷⁶, en la medida que no afecten a leyes de orden público¹⁰⁷⁷.

C. Italia

A diferencia de Francia o Alemania, los acuerdos procesales no han tenido buena acogida en Italia. Aunque la referencia sobre ellos no es reciente, pues pueden encontrarse alusiones desde el surgimiento de la escuela italiana¹⁰⁷⁸, en la actualidad la reflexión suele ser escasa¹⁰⁷⁹ y referida normalmente a ciertos tipos de acuerdo en particular¹⁰⁸⁰. Caponi estima que este olvido de la doctrina tiene como causa, la contraposición radical y sin matices entre arbitraje (privado) y jurisdicción (estatal); y la inspiración marcadamente publicista del Código de 1942¹⁰⁸¹.

La doctrina tradicionalmente ha estado dividida en torno a su legitimidad, lo que ha dificultado un mayor desarrollo y recepción de este tipo de acuerdos¹⁰⁸². Sin embargo, recientemente la situación parece comenzar a cambiar con la introducción del calendario procesal al estilo

¹⁰⁷⁶ REZENDE DE ALMEIDA, “As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC”, en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 254.

¹⁰⁷⁷ CADIET, “La qualification juridique des accords processuels”, en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 95.

¹⁰⁷⁸ CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 1928, pp. 775 y 776; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 1936, pp. 78 y 79; 81 y ss.; CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo III, Actos del proceso*, 1944, pp. 86 – 89, 122 – 136. Para un estudio sobre los acuerdos en materia de prueba y ejecución, véase DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, 1959, *passim*.

¹⁰⁷⁹ Excepcionalmente, véase VV. AA, *Accordi di parte e processo, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, *passim*.

¹⁰⁸⁰ Caponi se refiere a un silencio generalizado de la doctrina sobre la materia roto sólo esporádicamente. Cfr. CAPONI, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, en VV. AA, *Accordi di parte e processo, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, p. 105. El texto también está disponible en CAPONI, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, *Civil Procedure Review*, 2010, pp. 42 – 57.

¹⁰⁸¹ CAPONI, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, en VV. AA, *Accordi di parte e processo, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, pp. 105 – 107.

¹⁰⁸² FABBI, “New ‘sources’ of civil procedure law: first notes for a study”, en CADIET; HESS; REQUEJO ISIDRO, *Procedural science at the crossroads of different generations, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for international, european and regulatory procedural law*, 2015, pp. 78 – 80. Para una postura favorable, véase CAPONI, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, en VV. AA, *Accordi di parte e processo, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, pp. 107 y ss.

francés, por medio de una reforma legislativa del año 2009 al *Codice di Procedura Civile*¹⁰⁸³.

D. Brasil

La situación de los acuerdos procesales en el sistema procesal brasileño es especialmente relevante y digna de destacar en el actual contexto comparado.

Durante mucho tiempo los acuerdos procesales no tuvieron mayor relevancia. El *Código de Processo Civil* de 1973 dejó poco espacio para esta figura, pues solo regulaba unos pocos tipos de acuerdos particulares, tales como, los acuerdos referidos a competencia territorial, plazos, audiencias y a la carga de la prueba¹⁰⁸⁴. Esta escasa regulación produjo como consecuencia que, salvo algunas excepciones¹⁰⁸⁵, la doctrina no prestara mayor atención a la figura de los acuerdos procesales¹⁰⁸⁶. La opinión generalizada era que, fuera de los casos expresamente regulados, los acuerdos procesales atípicos eran improcedentes¹⁰⁸⁷. Algunos autores consideran que esta escasa relevancia de los acuerdos procesales era consecuencia del marcado carácter publicista del *Código de Processo Civil* de 1973¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸³ Ley N° 69/2009. Véase CONSOLO (dir.), *Código di Procedura Civile*, 2013, pp. 2040 y ss.; LUISO, *Diritto Processuale Civile, V. II, Il Processo di Cognizione*, 2015, pp. 49 y 50; CAPONI, "Italian civil justice reform 2009", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2009, p. 153; CABRAL, "Convenciones en materia procesal", NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, p. 300.

¹⁰⁸⁴ REDONDO, "Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 271;

¹⁰⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, "Convenções das partes sobre materia procesual", en *Temas de direito procesual, Tersera Série*, 1984, pp. 87 – 98; GRECO, "Os atos de disposição procesual – primeiras reflexões", *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2007, pp. 7 – 28.

¹⁰⁸⁶ PEDROSA NOGUEIRA, "Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 83; REDONDO, "Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 271.

¹⁰⁸⁷ *Ídem*; MÜLLER, "Convenciones procesales", pp. 191 y 192; DE CUNHA, "Negocios jurídicos procesales en el proceso civil brasileño", pp. 232 y ss., ambos en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015.

¹⁰⁸⁸ *Ídem*, GRECO, "Os atos de disposição procesual – primeiras reflexões", *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2007, p. 7.

Sin embargo, esta situación ha cambiado completamente¹⁰⁸⁹ con la dictación del nuevo *Código de Processo Civil* de 2015¹⁰⁹⁰ (Ley 13.105/2015, de 17 de marzo). Uno de los cambios más relevantes introducidos por este nuevo código es el establecimiento de una cláusula general que autoriza expresamente la celebración de acuerdos procesales¹⁰⁹¹:

Art. 190. Versando el proceso sobre derechos que admitan autocomposición, es lícito a las partes plenamente capaces estipular cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y acordar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales antes o durante el proceso.

Parágrafo único. De oficio o a requerimiento, el juez controlará la validez de las convenciones previstas en este artículo, negándoles aplicación solamente en los casos de nulidad o de inserción abusiva en un contrato de adhesión o en que alguna parte se encuentre en manifiesta situación de vulnerabilidad¹⁰⁹².

Como se puede apreciar, este nuevo código establece una autorización amplia para que las partes puedan acordar cambios de procedimiento con el objetivo de ajustarlo a las particularidades del caso concreto. La norma establece como límite el tratarse de un proceso que verse sobre derechos disponibles (que admitan autocomposición). Se faculta al juez para controlar su validez tratándose de nulidad, cláusula abusiva, o vulnerabilidad de una

¹⁰⁸⁹ Para una aproximación al estado de la cuestión en la doctrina actual véase los trabajos contenidos en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, *passim*; NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, *passim*.

¹⁰⁹⁰ Sobre el proceso de discusión y tramitación de la norma que regula los acuerdos procesales véase NOBLAT; MEIRELLES, “De ‘poder do juiz’ a ‘convensação das partes’: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2014, pp. 200 – 228.

¹⁰⁹¹ FEIJÓ; KOHEM, “What to expect from new Brazilian Civil Procedure Code of 2015”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2015, p. 379. Sobre la regulación de los acuerdos procesales en el nuevo código, véase DIDIER JR., “Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo Código de Proceso civil brasileño”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 159 – 186.

¹⁰⁹² Art. 190. *Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, facultades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.*

de las partes¹⁰⁹³. Además, de acuerdo al art. 200 del nuevo Código, el juez está vinculado a estos acuerdos los que producen efectos inmediatos¹⁰⁹⁴.

A partir de esta cláusula general del art. 190 se pueden distinguir dos tipos de acuerdos, de forma muy similar a la distinción existente en la doctrina alemana. Aquellos destinados a regular los poderes, facultades, deberes y cargas procesales, y aquellos destinados a cambiar el procedimiento.

Por su parte, el nuevo código regula expresamente el calendario procesal:

Art. 191. De común acuerdo, el juez y las partes pueden fijar calendario para práctica de los actos procesales, en su caso.

§ 1º El calendario vincula a las partes y al juez, y los plazos en el previstos solamente serán modificados en casos excepcionales, debidamente justificados.

§ 2º Se dispensa de intimación a las partes para la práctica del acto procesal o la realización de la audiencia cuyas fechas hubieran sido designadas en el calendario¹⁰⁹⁵.

Es decir, establece la posibilidad de que las partes y el juez puedan organizar y acordar las fechas para realizar ciertas actividades procesales.

E. Inglaterra

En Inglaterra, la posibilidad de las partes de celebrar acuerdos procesales se encuentra más limitada, pues está sujeta al control judicial previo por parte del juez¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹³ Véase DIDIER JR., “Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo código de proceso civil brasileño”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 166 y ss.

¹⁰⁹⁴ Art. 200. *Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.* Cfr. PEDROSA NOGUEIRA, “Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro”, en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 90.

¹⁰⁹⁵ Art. 191. *De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1o O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2o Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.* Véase DIDIER JR., “Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño”, pp. 182 y ss.; MÜLLER, “Convenciones procesales”, pp. 187 – 219, ambos en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015.

La nueva legislación procesal inglesa constituye un cambio de paradigma con la tradición procesal anterior¹⁰⁹⁷. Con este cambio se intentó, entre otras cosas, dejar atrás la cultura adversarial a ultranza, estableciendo un proceso más cooperativo entre las partes y el juez. Además, se trasladó la responsabilidad por el desarrollo del proceso desde las partes al tribunal. De esta manera, el *case management* judicial se convierte en la pieza clave del nuevo proceso civil¹⁰⁹⁸. Esta nueva forma de entender la relación entre las partes y el juez queda reflejada en la regla 1.3, según la cual las partes están obligadas a ayudar al tribunal a promover el objetivo predominante¹⁰⁹⁹.

Estas ideas matrices explican que los acuerdos procesales de las partes no son obligatorios para el juez. Por el contrario, cualquier pacto en relación con el desarrollo del proceso está sujeto a control judicial. El cual solo producirá efecto si el juez lo autoriza¹¹⁰⁰.

F. España

El sistema procesal español, siguiendo el ejemplo de Italia, ha sido tradicionalmente reacio y reticente respecto de los acuerdos procesales¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁶ ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 554 – 558; ANDREWS, “A new civil procedural code por England: party-control ‘going, going, gone’”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1999, pp. 13, 18 y 19; EINHAUS, “The introductory phase and the procedural contract – England and Wales”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, p. 249.

¹⁰⁹⁷ Es necesario mencionar que en los años previos este giro de orientación ya se encontraba presente y se manifestó en algunos cambios legislativos particulares. Véase ZUCKERMAN, “English civil procedure - the shift away from party control and orality”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1996, pp. 65 – 87. Sin embargo, el cambio de paradigma se consolida definitivamente con la dictación de las CPR de 1999.

¹⁰⁹⁸ ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 36 y 337; ZUCKERMAN, “The Woolf Report on Access to Justice – An Overview”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1997, p. 32; ANDREWS, “A new civil procedural code por England: party-control ‘going, going, gone’”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1999, pp. 9 y 11.

¹⁰⁹⁹ CPR. *Duty of the parties. 1.3. The parties are required to help the court to further the overriding objective.*

¹¹⁰⁰ ANDREWS, “A new civil procedural code por England: party-control ‘going, going, gone’”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1999, pp. 13, 18 y 19; EINHAUS, “The introductory phase and the procedural contract – England and Wales”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, p. 249.

¹¹⁰¹ LÓPEZ ORTIZ, “Los contratos procesales”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1954, pp. 52 – 85; MUÑOZ SABATÉ, *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, 1988, pp. 27 y ss.;

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 no contempla una norma general que admita este tipo de acuerdos. Tampoco lo hacía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹¹⁰². Solo se admiten ciertos acuerdos específicos, como el convenio arbitral o las modificaciones de competencia territorial¹¹⁰³.

La doctrina, por su parte, entiende que los acuerdos procesales solo pueden tener una aceptación excepcional en aquellos casos expresamente autorizados por la ley. Se suelen esgrimir como argumentos tanto el carácter público de las normas procesales como el principio de legalidad en materia procesal, los cuales excluyen, por regla general, la posibilidad de acuerdos sobre el proceso (art. 1 LEC)¹¹⁰⁴. En forma excepcional, en una monografía especialmente dedicada a la materia, Muñoz Sabaté argumenta a favor de ampliar el ámbito de procedencia de lo que él llama “previsiones procesales contractuales”¹¹⁰⁵.

G. Chile

Siguiendo muy de cerca la tradición española a italiana, en Chile los acuerdos procesales constituyen una cuestión muy excepcional. No existe ninguna norma que permita o autorice los acuerdos procesales en términos amplios. Solo se regulan algunos casos especiales¹¹⁰⁶.

De acuerdo a la legislación procesal chilena las partes solo están autorizadas para prorrogar la competencia relativa (arts. 181 y ss. COT)¹¹⁰⁷;

¹¹⁰² López ORTIZ, “Los contratos procesales”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1954, pp. 56 y ss.

¹¹⁰³ Véase MUÑOZ SABATÉ, *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, 1988, pp. 35 y ss.

¹¹⁰⁴ DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte general*, 2013, pp. 327 – 328; MONTERO AROCA *et. al.*, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 2014, pp. 296 y 297; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, *Derecho Procesal Civil*, 1989, pp. 45 – 47; MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, 2011, pp. 22 y 23; NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, p. 25; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Introducción al Derecho Procesal*, 2010, p. 439; ASENSIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, 2010, p. 32.

¹¹⁰⁵ MUÑOZ SABATÉ, *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, 1988, *passim*.

¹¹⁰⁶ Para algunos ejemplos, ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, pp. 44 y 45.

¹¹⁰⁷ Véase por ejemplo, NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, pp. 283 – 286; ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil. Tomo II. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional*, 2009, pp. 60 – 63; BORDALÍ, SALAMANCA, *Derecho jurisdiccional*, 2016, p. 324.

para recurrir al arbitraje (arts. 222 y ss. COT)¹¹⁰⁸; para determinar el procedimiento en el caso del arbitraje de equidad (arts. 636 CPC y 222 inc. 3 COT)¹¹⁰⁹ y en el arbitraje comercial internacional (art. 19 N° 1 de la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional)¹¹¹⁰; para acortar ciertos plazos legales (art. 328 inc. 2 CPC); para suspender el procedimiento (art. 64 inc. 2 CPC) o la vista de los recursos (art. 165 N° 5 CPC). Una hipótesis relevante, que no ha sido mayormente analizada desde este punto de vista, es la facultad que el inc. 2° del art 313 del CPC le confiere a las partes para solicitar al juez que falle el pleito sin más trámite¹¹¹¹. En este caso el juez omitirá el trámite de dúplica, la audiencia de conciliación y la etapa de prueba, pasando directamente a la etapa de sentencia, por medio del trámite de la citación para oír sentencia.

Atendido este carácter excepcional de los acuerdos procesales, la investigación y análisis dogmático sobre los mismos es inexistente, y las pocas referencias a ellos son superficiales¹¹¹².

En la doctrina prevalece la idea que, fuera de los casos expresamente autorizados por la ley, los acuerdos procesales no son admisibles. Esta postura se funda en dos ideas relacionadas entre sí. (1) Por una parte, se sustenta en el principio de legalidad procesal en materia funcional¹¹¹³ o el principio de legalidad de las formas procesales¹¹¹⁴, según los cuales las normas procesales deben estar establecidas en la ley. Por esta razón, la posibilidad de las partes de determinar normas de procedimiento sólo

¹¹⁰⁸ Véase por ejemplo, ROMERO SEGUEL; DÍAZ VILLALOBOS, *El arbitraje interno y comercial internacional (Parte general)*, 2016, pp. 25 y ss., en especial, p. 33; NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, pp. 328 - 337; BORDALÍ, SALAMANCA, *Derecho jurisdiccional*, 2016, pp. 282 y ss.

¹¹⁰⁹ ROMERO SEGUEL; DÍAZ VILLALOBOS, *El arbitraje interno y comercial internacional (Parte general)*, 2016, pp. 25 y ss., en especial, pp. 121 - 123, 136; NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, pp. 88, 328 - 337.

¹¹¹⁰ ROMERO SEGUEL; DÍAZ VILLALOBOS, *El arbitraje interno y comercial internacional (Parte general)*, 2016, pp. 25 y ss., en especial, pp. 121 - 123, 140.

¹¹¹¹ BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 158 y 225; CAROCCA PÉREZ, *Manual de Derecho procesal. Tomo II. Los procesos declarativos*, 2003, p. 185.

¹¹¹² Por ejemplo, COLOMBO CAMPBELL, *Los actos procesales*, 2014, p. 88.

¹¹¹³ NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, pp. 87 y 88; CASARINO VITERBO, *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho Procesal Orgánico*, 2015, pp. 54 - 56.

¹¹¹⁴ BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 63 - 65; LÓPEZ PESCIÓ, *Nociones generales de Derecho Procesal. Derecho Procesal orgánico. Primera parte*, 1987, pp. 47 y 48.

puede permitirse en los casos expresamente autorizados por la ley. Esta postura encuentra su sustento en el art. 63 N° 3 de la *CPR* que establece que son materias de ley las que son objeto de codificación procesal. Y además, el art. 19 N° 3 inc. 6 segunda parte, que establece que corresponderá al legislador establecer siempre la garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. (2) En segundo lugar, esta postura se sustenta en la idea de que cada proceso debe tramitarse de acuerdo a las normas legalmente establecidas¹¹¹⁵. De esta manera, no podría tramitarse de acuerdo a normas creadas o establecidas por las partes o el juez. Se trataría de una de las garantías del debido proceso según lo establece el art. 19 n°3 inc. 6 primera parte: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

H. Otros países

De acuerdo a los informes nacionales presentados al congreso organizado por la Asociación Internacional de Derecho procesal, celebrado en Valencia el año 2008¹¹¹⁶, en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica; en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 1981¹¹¹⁷, en el Código Procesal Civil colombiano 1970 y en el Código Procesal Civil del Perú de 1992 no se contempla la posibilidad de celebrar acuerdos entre las partes y el tribunal tendientes a determinar las reglas del procedimiento¹¹¹⁸. De acuerdo a estos informes, además, los acuerdos procesales carecen de una autorización general, tienen un carácter limitado, están referidos a casos

¹¹¹⁵ NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, p. 87; BORDALÍ SALAMANCA, “El debido proceso civil”, en FERRADA BÓRQUEZ, (coord.), *La constitucionalización del Derecho Chileno*, 2003, pp. 259 y 260; LÓPEZ PESCIO, *Nociones generales de Derecho Procesal. Derecho Procesal orgánico. Primera parte*, 1987, pp. 214 y ss.

¹¹¹⁶ Véase CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, pp. 53 – 92; 225 – 309.

¹¹¹⁷ Según Hiralde y Causse en Argentina solo se permite el acuerdo de las partes para abreviar plazos. Cfr. HIRALDE VEGA; CAUSSE, “La celeridad procesal a cargo de las partes (invitación del propio juez de la causa)”, en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 378.

¹¹¹⁸ TAVOLARI GOYCOOLEA, “La fase introductiva y el contrato procesal en el proceso civil latinoamericano”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, pp. 285 – 293; en especial p. 293.

concretos y sujetos a control judicial en Japón¹¹¹⁹ y Estados Unidos¹¹²⁰. Por su parte, la opinión predominante en Grecia estima que los acuerdos procesales solo están permitidos sujetos a dos condiciones: (1) siempre que versen sobre normas facultativas y no obligatorias y (2) en caso de abdicación a derechos o facultades, debe de tratarse de renunciaciones en situaciones específicas y no renunciaciones generales¹¹²¹. En China, en cambio, los acuerdos procesales no están permitidos¹¹²².

2.6 Clasificaciones y distinciones

A partir de esta imagen general de los acuerdos procesales, expuesta en los apartados anteriores referidos al ámbito histórico y comparado, y antes de entrar a analizar la relación entre este tipo de acuerdos y la flexibilidad, es posible formular algunas distinciones y clasificaciones útiles que es conveniente tener presente:

(1) En primer lugar, y como indicamos anteriormente, es necesario distinguir los acuerdos procesales a los que aquí hacemos referencia de aquellos acuerdos celebrados en el contexto del proceso que están referidos al asunto controvertido entre las partes, es decir, aquellos que recaen sobre el objeto del proceso. Por el contrario, con la expresión “acuerdos procesales” en esta investigación nos referimos a aquellos acuerdos celebrados en el contexto procesal, ya sea antes o durante su desarrollo, cuyo contenido está destinado a producir efectos en el proceso, consistentes en crear, modificar o derogar normas procesales, así como, crear

¹¹¹⁹ HONMA, “The preliminary phase and the trial agreement in Japan”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, pp. 251 – 261.

¹¹²⁰ REINHARD, “Civil procedure in the USA”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, pp. 279 – 284, en especial p. 283. En sentido contrario, destacando la amplia aplicación de este tipo de acuerdos, véase AVRAHAM; HUBBARD; LIPSCHITS, “Procedural flexibility in three dimensions”, *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper Series*, 2018, pp. 7 – 12; DAVIS; HERSHKOFF, “Contracting for procedure”, *William and Mary Law Review*, 2011, pp. 507 – 566.

¹¹²¹ MANIOTIS, “Some remarks concerning the pre-trial stadium and the proceeding before the court according to the greek code of civil procedure”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, p. 275.

¹¹²² WANG, “Civil pre-trial procedure in China”, en CARPI; ORTELLS (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, 2008, p. 301.

obligaciones de comportamiento para las partes en un proceso actual o futuro¹¹²³.

Resulta relevante formular esta distinción pues es a propósito de los acuerdos procesales propiamente tales que han existido y existen actualmente una serie de desafíos y dificultades de carácter científico y dogmático. Son los acuerdos procesales los que han suscitado mayores problemas y rechazos. Los acuerdos sobre el objeto del juicio, en cambio, se suelen aceptar sin mayores complicaciones, fundándose en el carácter privado de los derechos involucrados en el conflicto. Con la única salvedad de aquellas materias en que se ventilan derechos de carácter indisponibles.

En segundo lugar, a diferencia de los acuerdos sobre el objeto del proceso que podrían regularse indistintamente por normas materiales y/o normas procesales, los acuerdos procesales deberían estar regulados en sus presupuestos, contenidos y efectos exclusivamente por normas procesales. Desde luego esta materia es contingente y dependerá de la regulación existente en cada sistema procesal. Pero atendido a que el acuerdo procesal está destinado a producir consecuencias en el proceso, este debería regularse por las normas procesales.

Además, esta primera distinción tiene relevancia delimitadora respecto del objeto de estudio de esta investigación. Pues son los acuerdos procesales propiamente tales, esto es, aquellos que no se refieren al objeto del proceso, los que están relacionados más directamente con la flexibilidad procesal. Desde luego la posibilidad de realizar acuerdos autocompositivos entre las partes entrega algún grado de flexibilidad y la ausencia de esta posibilidad supone algún grado de rigidez procesal. Sin embargo, son los acuerdos procesales los que más propiamente y en mayor magnitud entregan flexibilidad al procedimiento. En la medida que el acuerdo procesal versa sobre cuestiones procesales permite que el proceso se pueda adaptar de mejor manera a las diversas circunstancias concretas. Es mediante la modificación, derogación o creación de reglas, o la creación de obligaciones de comportamiento en el proceso que las partes podrán adaptar de mejor

¹¹²³ Formulando esta distinción, véase CAPONI, "Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali", en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, p. 100; DIDIER JR., "Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño", en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, p. 163.

manera el proceso a las circunstancias del caso concreto objeto de la controversia.

Desde luego existirán casos límite en los cuáles la distinción sea difícil de determinar, o bien, en que el acuerdo produzca efectos sobre el objeto del proceso y también sobre cuestiones procesales y en consecuencia presente un doble carácter. Sin embargo, estos no dejan de ser casos límite de manera que la distinción sigue siendo útil para la mayoría de los demás casos.

(2) En segundo lugar, a partir de los efectos del acuerdo procesal, es necesario distinguir entre aquellos acuerdos que crean, modifican o derogan normas procesales de aquellos que crean obligaciones de comportamiento para las partes en un proceso actual o futuro.

Es útil tener en cuenta esta distinción, pues ha sido formulada en la doctrina y jurisprudencia alemana en donde los acuerdos procesales han tenido un mayor desarrollo¹¹²⁴. Además, la nueva legislación procesal civil brasileña establece en su artículo 190 una autorización general para celebrar acuerdos procesales la cual parece distinguir, aunque con una nomenclatura poco afortunada, ambos tipos de acuerdos¹¹²⁵.

La doctrina alemana entiende que solo el primer tipo de acuerdo corresponde propiamente a un “contrato procesal”. Por el contrario, el segundo tipo de acuerdo sería simplemente un acuerdo de derecho privado con efectos procesales. Por esta razón, además, entiende que la libertad contractual está excluida del primer tipo de acuerdo pero no del segundo¹¹²⁶. En esta investigación incluiremos a ambos tipos bajo la denominación “acuerdos procesales”.

Esta distinción es relevante, pues el objeto de ambos tipos de acuerdos es diferente. El primer tipo de acuerdo tiene por objeto las normas procesales mismas. Las partes mediante el acuerdo modifican o derogan las

¹¹²⁴ KERN, “Procedural contracts in Germany”, en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 181 y ss.; CAPONI, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, pp. 102 y 103.

¹¹²⁵ Art. 190. Versando el proceso sobre derechos que admitan autocomposición, es lícito a las partes plenamente capaces estipular cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y acordar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales antes o durante el proceso. Sobre estos dos tipos de acuerdos véase MÜLLER, “Convenciones procesales”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 195 y ss.

¹¹²⁶ KERN, “Procedural contracts in Germany”, en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 182, 184 y 185.

normas existentes o crean una nueva norma. En cambio, el segundo tipo deja intactas las normas aplicables. En este caso las partes acuerdan una obligación para alguna de ellas de realizar o no una determinada conducta el interior del proceso, pero sin alterar la reglas procesales existentes. Es decir, las partes mediante el acuerdo hacen obligatoria una de las múltiples conductas que la norma procesal permite¹¹²⁷. Así por ejemplo, mediante un acuerdo del segundo tipo las partes pueden acordar que una de ellas se obligue a no interponer recurso de apelación. Sin embargo, las normas que regulan la apelación no han sido modificadas y, por lo tanto, sigue existiendo para la parte no obligada las mismas posibilidades de apelar o no, en caso de una sentencia desfavorable.

Además, el segundo tipo de acuerdo, en la medida que obliga a una de las partes, no impone una obligación de conducta al tribunal (sin perjuicio que, de ser procedente el acuerdo, el tribunal debe respetarlo). En cambio, el primer tipo de acuerdo, al referirse a las normas procesales, tiene la potencialidad de afectar las normas aplicables al tribunal y con ello la función del juez, con todos los problemas que ello implica.

En tercer lugar, la distinción es relevante desde el punto de vista de la procedencia o aceptabilidad de este tipo de acuerdos. En Alemania el primer tipo de acuerdos se tienden a aceptar siempre que no se trate de normas legales de carácter imperativo u obligatorio. El segundo tipo de acuerdos al no afectar normas procesales, se aceptan sin problemas. Se entiende que rige el principio de libertad contractual (sin perjuicio de las limitaciones propias del Derecho material)¹¹²⁸.

Además, esta distinción es especialmente relevante en relación con los efectos que producen ambos tipos de acuerdos y a las consecuencias del incumplimiento. El primer tipo de acuerdo, de ser procedente, creará, modificará una norma que será aplicable a la conducta de las partes y eventualmente del juez, o bien, derogará una norma procesal que dejará de ser aplicable a las partes y/o al juez. En este sentido, el primer tipo de acuerdo, regulará la conducta de las partes y eventualmente del juez al

¹¹²⁷ KERN, "Procedural contracts in Germany", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 181, 182, 184 y 185.

¹¹²⁸ KERN, "Procedural contracts in Germany", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 181 y ss.; CAPONI, "Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali", en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, pp. 102 y 104; En sentido contrario, exigiendo autorización expresa véase HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, p. 205.

interior del proceso para el cual fue acordado¹¹²⁹. El incumplimiento de estas normas creadas, modificadas o derogadas por el acuerdo deberá tener el mismo tratamiento de cualquier otro incumplimiento de normas procesales.

Tratándose del segundo tipo de acuerdo, de ser procedente, la parte obligada deberá cumplir con la obligación positiva o negativa que el acuerdo le impone y el juez deberá tener en cuenta esta obligación. Frente al incumplimiento de una obligación negativa, es decir, si alguna parte ejecuta un acto el cual se había obligado a omitir el juez deberá declararlo ineficaz. En cambio, si se incumple una obligación positiva, es decir, si no se realiza un acto que la parte se había obligado a ejecutar, parece ser que la única solución es el resarcimiento de perjuicios en un juicio diferente¹¹³⁰.

Sin embargo, aunque desde un punto de vista teórico los efectos de ambos tipos de acuerdo son diversos, desde un punto de vista práctico, la distinción puede ser menos relevante si el acuerdo requiere autorización u homologación judicial para producir efectos. Pues en este caso, sea cual fuere el tipo de acuerdo, para que este produzca efectos en el proceso, se requiere que el juez revise los términos del mismo y lo autorice u homologue.

(3) Otra clasificación que es necesario tener en cuenta se refiere a la forma en que los acuerdos procesales pueden producir efectos en el proceso. Independientemente como un determinado sistema procesal regule la forma de perfeccionamiento del acuerdo procesal, los efectos de este pueden o no estar sujetos a la autorización u homologación del tribunal. En este sentido se distingue entre acuerdos procesales que requieren autorización judicial de aquellos que no. Los primeros producen efectos directamente en el proceso sin necesidad de una resolución judicial. Los segundos, en cambio, para producir sus efectos en el proceso, requieren ser examinados y autorizados previamente por el juez que conoce del juicio¹¹³¹. Se debe tener en cuenta que la autorización judicial se refiere a la producción de los efectos del acuerdo en el proceso, y no al perfeccionamiento del mismo.

¹¹²⁹ KERN, "Procedural contracts in Germany", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 181 y 182.

¹¹³⁰ KERN, "Procedural contracts in Germany", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 184 – 186.

¹¹³¹ Refiriéndose a esta distinción véase DIDIER JR., "Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo código de proceso civil brasileño", en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 164 y 165.

La distinción es relevante desde el punto de vista del grado de libertad que se le entrega a las partes en relación con los acuerdos procesales. La distinción se refiere a si ellas pueden o no, con su acuerdo, obligar al tribunal.

(4) En cuarto lugar, desde el punto de vista de su consagración y regulación expresa, se debe distinguir entre acuerdos procesales típicos y atípicos¹¹³². En la medida que los acuerdos típicos se encuentran regulados expresamente por la ley procesal los problemas teóricos sobre su procedencia desaparecen quedando solamente los problemas derivados de su operatividad práctica. El verdadero problema lo suponen los acuerdos procesales atípicos, fundamentalmente lo relativo a su procedencia, pues al no estar regulados expresamente surge la duda legítima de en qué medida ellos pueden pasar por sobre la norma procesal de carácter legal. Es precisamente en el campo de los acuerdos atípicos donde se juega la disputa sobre la procedencia general de los acuerdos procesales.

(5) Por último, desde un punto de vista temporal, se debe distinguir entre acuerdos procesales celebrados en forma previa al conflicto, acuerdos celebrados en forma previa al proceso y acuerdos celebrados durante el juicio.

La distinción parece tener una relevancia más teórica que práctica. Así por ejemplo, en la doctrina francesa Cadiet ha utilizado esta distinción para su análisis de los acuerdos en Francia¹¹³³. En España, por su parte, la monografía de Muñoz Sabaté está dedicada especialmente a difundir y defender lo que él llama “previsiones procesales contractuales”¹¹³⁴, es decir, acuerdos procesales previos al conflicto y al proceso.

Como mencionamos anteriormente, desde un punto de vista fáctico, parece ser que en principio, los acuerdos procesales son más probables que ocurran en forma previa al conflicto, pues cuando este ha surgido y las partes llegan a juicio suelen adoptar posiciones opuestas que dificultan cualquier tipo de acuerdo. Sin embargo, también sostuvimos que en la actualidad existen una serie de factores y tendencias que permiten formular

¹¹³² DIDIER JR., “Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo código de proceso civil brasileño”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 165 y ss.

¹¹³³ CADIET, “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, *Civil Procedure Review*, 2012, pp. 6 y ss.

¹¹³⁴ MUÑOZ SABATÉ, *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, 1988, *passim*.

como hipótesis que los acuerdos procesales serán cada vez más comunes en la práctica.

En segundo lugar, podrían resultar más problemáticos aquellos acuerdos celebrados en forma previa al proceso, sobre todo aquellos que supongan renunciar previamente a derechos procesales. Sin embargo, esta problemática podría solucionarse si los acuerdos se encuentran sujetos a control judicial para producir efectos en el proceso.

2.7 Premisas y lineamientos generales

Como hemos visto en los apartados anteriores, el tema de los acuerdos procesales es contingente, pues varía según la regulación que pueda existir en cada ordenamiento procesal. Desafortunadamente, las legislaciones de referencia más próximas, España y Chile no regulan de forma sistemática los acuerdos procesales. Estas legislaciones solo regulan algunos acuerdos especiales. Sin embargo, no existen normas de carácter general sobre la materia. Tampoco es el objetivo de este apartado desarrollar y explicar en extenso todos y cada uno de los acuerdos procesales típicos regulados en las legislaciones de referencia.

Por estas circunstancias, para poder terminar de presentar un marco general de los acuerdos procesales como mecanismos de flexibilización procesal, a continuación formularemos algunas premisas y lineamientos generales tomados a partir de las explicaciones formuladas en los apartados introductorios de esta sección y adoptaremos posición sobre algunos puntos problemáticos de este tipo de acuerdos:

A. Fundamento de los acuerdos procesales

En un estudio reciente de carácter multidisciplinario se considera que, entre otras cosas, la participación de los sujetos en la decisión sobre los niveles de formalidad del proceso y la elección de las reglas de procedimiento, constituyen uno de los valores de la justicia civil, desde el punto de vista de la satisfacción de las partes¹¹³⁵. También se ha identificado a la

¹¹³⁵ GÉLINAS, *et al*, *Foundations of civil justice. Toward a value-based framework for reform*, 2015, p. 112.

instrumentalidad¹¹³⁶, la eficacia¹¹³⁷ y la eficiencia¹¹³⁸ como una razón para aceptar este tipo de acuerdos en materia procesal.

En nuestra opinión, y como advertimos al comienzo de este capítulo, en la medida que los acuerdos procesales son mecanismos que permiten conferir flexibilidad al procedimiento, sus fundamentos o justificaciones están de alguna manera alineados o son coincidentes con los fundamentos de la flexibilidad procesal. De esta manera, consideramos que los acuerdos procesales se fundamentan en la instrumentalidad del Derecho procesal y la eficiencia de la justicia civil.

Si las normas procesales no son un fin en sí mismas sino un medio para alcanzar otros fines u objetivos, esto permite justificar que ambas partes acuerden, en forma autónoma o con la autorización del juez, aquellas normas que mejor se adapten al conflicto y que permitan alcanzar de mejor manera los fines del proceso. Del mismo modo, si el proceso y la justicia civil en general deben perseguir el imperativo de eficiencia, los acuerdos procesales constituyen un mecanismo que puede ser utilizado para que la relación entre los medios empleados y los fines perseguidos (eficiencia) sea la más correcta posible. Es decir, los acuerdos procesales constituyen un mecanismo que no solo permite conferir flexibilidad al procedimiento, sino que a su vez, permite alcanzar los objetivos de la justicia civil (eficacia) de manera eficiente.

B. Acuerdos procesales y derechos indisponibles

Una parte de la doctrina entiende que los acuerdos procesales solo son admisibles cuando los derechos objeto del proceso tienen el carácter de disponibles. Por el contrario, tratándose de procesos que versan sobre derechos indisponibles los acuerdos procesales serían improcedentes, y cualquier acuerdo en este sentido debería declararse ineficaz¹¹³⁹.

¹¹³⁶ DAVIS; HERSHKOFF, "Contracting for procedure", *William and Mary Law Review*, 2011, p. 532.

¹¹³⁷ BERIZONCE, "Ideologías y proceso", en DOS SANTOS LUCON, *et al.* (coords.), *Processo em Jornadas*, 2016, p. 870.

¹¹³⁸ DAVIS; HERSHKOFF, "Contracting for procedure", *William and Mary Law Review*, 2011, pp. 526 y ss.

¹¹³⁹ GRECO, "Os atos de disposição processual – primeiras reflexões", *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2007, pp. 10 y 11.

En Brasil este límite ha sido consagrado por la reciente legislación procesal civil de 2015 que establece como límite a los acuerdos procesales el que se trate de un proceso que verse sobre derechos disponibles:

Art. 190. Versando el proceso sobre derechos que admitan autocomposición, es lícito a las partes plenamente capaces estipular cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y acordar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales antes o durante el proceso¹¹⁴⁰.

A partir de esta norma la doctrina brasilera ha reiterado este límite¹¹⁴¹.

Sin embargo, excluir los acuerdos procesales en caso de procesos que versan sobre derechos indisponibles es incorrecto. Por definición el acuerdo procesal versa sobre cuestiones procesales y no sobre el objeto del proceso. De esta manera, el carácter indisponible de los derechos involucrados no debe trasladarse automáticamente a las normas procesales¹¹⁴². En este sentido, la doctrina alemana que se ha pronunciado sobre el punto acierta completamente cuando afirma que las características de los derechos objeto del proceso son irrelevantes para la procedencia de los “contratos procesales”¹¹⁴³.

Desde un punto de vista práctico, esta postura se confirma fácilmente. En caso de un proceso sobre derechos indisponibles, como por ejemplo, un proceso de familia o un proceso sobre capacidad ¿por qué las partes no podrían acordar un calendario procesal para presentar documentos y/o pruebas? ¿Por qué las partes no podrían acordar realizar una audiencia cuando el proceso no lo contempla? ¿Qué razones derivadas del carácter

¹¹⁴⁰ Art. 190. *Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, facultades e deveres processuais, antes ou durante o processo.*

¹¹⁴¹ DIDIER JR., “Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo código de proceso civil brasileño”, p. 174; MÜLLER, “Convenciones procesales”, pp. 195, 197 y ss.; CABRAL, “Convenciones en materia procesal”, pp. 316 y 317, todos en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015.

¹¹⁴² Se podría afirmar que este error es en alguna manera la contrapartida o es equivalente a la idea existente en los comienzos de la historia moderna del Derecho procesal según la cual del carácter disponible de los derechos involucrados en el juicio se concluía el carácter también disponible del proceso. Idea que posteriormente fue rechazada cuando se afirmó el carácter público del Derecho procesal. Sobre el punto véase TARUFFO, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 154, 155 – 158.

¹¹⁴³ KERN, “Procedural contracts in Germany”, en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, pp. 188 y 189.

indisponible de los derechos impide que en este tipo de procesos las partes puedan acordar una modificación de la competencia territorial?

Desde luego, un acuerdo procesal puede ser considerado improcedente. Pero esta consideración debe efectuarse por afectar los límites propios de este tipo de acuerdos dentro de los cuáles no se encuentra el carácter indisponible de los derechos objeto del proceso.

Sin embargo, esta postura que aquí rechazamos es expresión de una preocupación porque los derechos indisponibles no se vean afectados o burlados mediante un acuerdo procesal, preocupación que es completamente atendible. Es decir, si bien en principio los acuerdos procesales sí son procedentes en caso de procesos sobre derechos indisponibles, se debe tomar especial atención y evitar que mediante un acuerdo procesal (destinado por definición a afectar cuestiones procesales) se pueda burlar la indisponibilidad de los derechos en disputa. El juez que conoce del juicio debiese rechazar cualquier acuerdo procesal que indirectamente implique afectar derechos indisponibles. En este sentido, en la doctrina alemana se estima que en casos como este, un contrato procesal que va en detrimento de alguna de las partes puede ser considerado inválido por ir en contra de las buenas costumbres¹¹⁴⁴.

C. Acuerdos procesales y autorización (homologación) judicial

Algunos autores entienden que la regla general es que los acuerdos procesales no requieren y no debieran requerir autorización judicial. Ellos estiman que la regla general debiese ser que los acuerdos procesales produzcan efectos en el proceso y se impongan al juez sin requerir su autorización u homologación. Esta parece ser la situación en Brasil según la actual regulación de los acuerdos procesales en nuevo Código de Proceso civil de 2015 de acuerdo a los artículos 190 y 200¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁴ KERN, "Procedural contracts in Germany", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 189.

¹¹⁴⁵ Véase también DIDIER JR., "Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo código de proceso civil brasileño", en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 164 y 165, 178; REDONDO, "Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015", en DO PASSO CABRAL; NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, 2015, p. 273. En relación con el Código de Proceso Civil de 1973 véase GRECO, "Os atos de disposição procesual - primeiras reflexões", *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2007, pp. 12 y ss.

Por nuestra parte, sin embargo, somos de la opinión contraria. Estimamos que la regla debe ser que los acuerdos procesales requieren autorización u homologación judicial. Independientemente del momento de su perfeccionamiento, por regla general el acuerdo procesal solo debiese producir efectos en el proceso por medio de una resolución judicial que lo autorice¹¹⁴⁶. Existen varias razones para sostener esta posición:

(1) En primer lugar, esta postura es coherente con la regla general existente en materia procesal según la cual los actos de parte, por regla general, solo producen efectos en el proceso por medio de resolución judicial previa que lo autorice¹¹⁴⁷. Siendo esta la regla general en materia de actos procesales unilaterales, no vemos razón para utilizar una regla diferente cuando el acto de parte tiene la forma de un acuerdo procesal. El establecimiento de dos regímenes diferentes no conlleva ninguna ventaja adicional, y solo trae consigo las dificultades propias de una doble regulación innecesaria.

(2) En segundo lugar, el control judicial previo nos permite afrontar de mejor manera el principal problema que suponen los acuerdos procesales, esto es, el problema de sus límites. En el apartado final de esta sección intentaremos dar algunos lineamientos generales en relación con los límites de los acuerdos procesales. Sin embargo, independientemente de los esfuerzos que se efectúen por establecer estos límites, lo cierto es que determinarlos con precisión y de manera general es extremadamente difícil. Siempre existirá (y tal vez es conveniente que exista) algún grado de indeterminación sobre la frontera que separa los acuerdos procesales que pueden aceptarse de aquellos que deben rechazarse. Por esta razón, la mejor manera de afrontar las dificultades propias de los límites a los acuerdos procesales es la exigencia de autorización u homologación judicial previa. De esta manera nos aseguramos que sea el juez quien determine esta procedencia en forma previa, de acuerdo a las características de cada proceso en particular. En cambio, si por regla general los acuerdos

¹¹⁴⁶ CABRAL, “Convenciones en materia procesal”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 311 y 312, 315, 322 y 328.

¹¹⁴⁷ GORIGOITÍA ABBOTT, “La inadmisión de los recursos en los sistemas procesales español y chileno”, en *Actas del Congreso Internacional de Derecho en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Tomo IV, Derecho procesal y Derecho penal*, 2012, p. 164; CARRASCO POBLETE, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 2012, pp. 165 y 166; 299 y 300; 303 y 304. En sentido similar, de la Oliva entiende que no es posible que existan actos procesales sin intervención alguna del juez. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS; Díez-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, 2013, pp. 238 y 244.

procesales no requieren autorización previa y en consecuencia se imponen al juez, este no podrá controlar sus límites, cuestión que solo podría ser revisable a *posteriori* en vía recursiva.

(3) En tercer lugar, y más importante aún, la autorización judicial previa permite afrontar el problema del régimen jurídico aplicable en caso de invalidez del acuerdo procesal.

Si después que el acuerdo procesal ha producido efectos en el proceso alguna de las partes o un tercero quiere impugnar el acuerdo y solicitar su ineficacia alegando algún tipo de vicio, surge el problema de determinar el régimen jurídico aplicable a esta disputa. Normalmente el acuerdo procesal tendrá un doble carácter, o bien, estará regulado por normas procesales y materiales. Por lo tanto, surge la duda sobre qué se puede reclamar, fundado en qué tipo de normas, y qué efectos producirá esta ineficacia. ¿Se deberá ejercer una nueva acción en un juicio aparte o una nueva acción en el mismo juicio? La invalidez procesal procede respecto de resoluciones judiciales por lo tanto no podría pedirse respecto del acuerdo procesal. ¿Se deberá pedir, entonces, la nulidad civil del acuerdo? ¿Esta posible declaración de nulidad civil producirá efectos en el proceso? etc.

Si el acuerdo procesal requiere autorización previa, el camino para reclamar el vicio es más fácil y predeterminado. En este caso se debe impugnar la resolución que autoriza el acuerdo, en el sentido de que no se debió autorizar el acuerdo procesal por adolecer de determinados vicios, regulados en determinadas normas materiales o procesales. De esta manera, de acogerse la reclamación se dejará sin efecto la resolución que autoriza el acuerdo y todos los demás actos que fueran consecuencia de ella, entre estos, los efectos del acuerdo procesal.

2.8 Acuerdos procesales y flexibilidad procesal

Una de las hipótesis formuladas al comienzo de este capítulo sostiene que las facultades de las partes para determinar o modificar las reglas procesales constituye un mecanismo que confiere flexibilidad al procedimiento. A lo largo de los apartados anteriores, y de acuerdo a lo que explicaremos a continuación, esta hipótesis se confirma claramente.

Como hemos advertido ya varias veces, en materia arbitral la flexibilidad se suele reducir e identificar con las facultades conferidas al juez

y las partes para modificar y/o determinar el procedimiento¹¹⁴⁸. No existe discusión y es prácticamente unánime considerar a estas facultades la genuina expresión de la flexibilidad arbitral.

En segundo lugar, entre los pocos autores que de alguna manera se han referido a este tema, la consideración de los acuerdos de las partes para determinar o modificar el procedimiento como una “especie de flexibilización” es prácticamente unánime¹¹⁴⁹. Otros autores, sin distinguir diferentes especies o mecanismos, relacionan los acuerdos procesales con la idea de adaptabilidad¹¹⁵⁰.

Pero además, de la estructura y características mismas del acuerdo procesal resulta evidente su aptitud para permitir adaptar el procedimiento a las diversas características propias del caso particular. Por definición los acuerdos procesales son aquellos pactos o convenios celebrados por dos o más sujetos, en forma previa o durante el juicio, cuyo contenido está destinado a producir efectos en el proceso consistentes en crear, modificar o derogar normas procesales, así como, crear obligaciones de comportamiento para las partes en un proceso actual o futuro. Por lo tanto, en la medida que los acuerdos procesales buscan crear, modificar o derogar normas

¹¹⁴⁸ RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2013, p. 55; NIEVA FENOLL, “Las excepciones en el arbitraje”, en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, 2009, pp. 861 y 862; del mismo autor, “La oralidad en el arbitraje”, *Ibidem*, pp. 953 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral”, en *Estudios de Derecho judicial. La nueva ley de arbitraje*, 2006, pp. 372 y 373; GUZMÁN FLUJA, “Artículo 25. Determinación del procedimiento”, en BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, 2011, pp. 1158 y ss. En Chile, ROMERO SEGUEL, “Nociones generales sobre la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho*, 1999, p. 406; GONZÁLEZ, “Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas ‘decisoriae’ y ‘ordinatoriae litis’ vinculantes en el arbitraje irritual y en la jurisdicción de equidad”, *Revista de Derecho*, 2013, p. 557; VÁSQUEZ PALMA, “La nueva ley de arbitraje comercial internacional de Chile y su análisis comparativo con la ley española”, *Revista de Derecho*, 2005, p. 542.

¹¹⁴⁹ DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilidad procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual)*, 2007, pp. 157 - 159; CABRAL, “Flexibilização procedimental”, *Revista eletrônica de direito procesual*, 2016, p. 157; del mismo autor, “Convenciones en materia procesal”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 303 - 305; NOBLAT; MEIRELLES, “De ‘poder do juiz’ a ‘convensação das partes’: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de proceso civil”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2014, pp. 219 y ss.; AVRAHAM; HUBBARD; LIPSCHITS, “Procedural flexibility in three dimensions”, *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper Series*, 2018, pp. 1 - 39; DAVIS; HERSHKOFF, “Contracting for procedure”, *William and Mary Law Review*, 2011, p. 515.

¹¹⁵⁰ MÜLLER, “Convenciones procesales”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 195 - 209.

procesales, o bien, crear obligaciones de comportamiento para alguna de las partes en el proceso ellos pueden utilizarse para adaptar las normas procesales al caso concreto.

Desde luego el acuerdo procesal puede ser pactado por las partes con un objeto diferente, lícito o no. Pero ello no excluye la posibilidad de que el acuerdo sea celebrado con el fin de adaptar el procedimiento. Dicho de otra manera, independientemente de los diversos fines para los cuales puede ser utilizado el acuerdo procesal, estos tienen la aptitud para permitir a las partes adaptar las normas procesales. Es decir, son mecanismos procesales que permiten conferir flexibilidad al procedimiento.

2.9 Límites a los acuerdos procesales

Al finalizar esta sección es necesario referirse al delicado y complejo tema de los límites de los acuerdos procesales¹¹⁵¹. Este tema es contingente y depende de la regulación existente en cada sistema procesal. Lamentablemente, como ya hemos advertido, las legislaciones de referencia no regulan de forma orgánica y sistemática los acuerdos procesales. Por este motivo tampoco hay una referencia expresa y general a sus límites. Por esta razón, nos limitaremos a hacer referencia a algunas ideas y directrices generales sobre los límites de los acuerdos procesales, las cuales se pueden tener en cuenta, ya sea para una futura regulación, o bien, para su aplicación práctica.

(1) Una forma tradicional en que los autores abordan este problema es utilizando la distinción entre leyes dispositivas y leyes imperativas (obligatorias o de *ius cogenes*)¹¹⁵². Se trata de una distinción que ha sido tomada desde el derecho privado. De esta manera, los acuerdos procesales solo serían procedentes tratándose de leyes dispositivas. El límite de los acuerdos procesales, por lo tanto, serían las leyes imperativas.

¹¹⁵¹ Sobre el tema véase GRECO, “Os atos de disposição procesual – primeiras reflexões”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2007, pp. 10 y ss.; BARBOSA MOREIRA, “Convenções das partes sobre materia procesual”, en *Temas de direito procesual, Terceira Série*, 1984, p. 91 y 92; MÜLLER, “Convenciones procesales”, pp. 197 y ss.; DE CUNHA, “Negocios jurídicos procesales en el proceso civil brasileño”, pp. 221 – 270, ambos en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015.

¹¹⁵² Cfr. CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, 1977, pp. 136 y ss.; BARBOSA MOREIRA, “Convenções das partes sobre materia procesual”, en *Temas de direito procesual, Terceira Série*, 1984, p. 91; DIDIER JR., “Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo código de proceso civil brasileño”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, 2015, p. 176.

Sin embargo, aunque esta distinción resulta familiar y bastante intuitiva, lo cierto es que no resuelve el problema sino simplemente pospone su respuesta. Pues ella nos exige establecer un criterio para distinguir entre una ley dispositiva y una imperativa. Como se puede apreciar, esta distinción es útil y permite conseguir certeza respecto a los límites de los acuerdos procesales solo en la medida que establezcamos con claridad un criterio para distinguir entre leyes dispositivas e imperativas. Sin embargo, la distinción entre estos dos tipos de leyes, al menos en la doctrina procesal, no parece estar claramente determinada¹¹⁵³.

(2) En materia arbitral, en donde la flexibilidad procesal se reduce a las facultades conferidas a las partes y al árbitro para modificar o determinar el procedimiento, se reconoce como límite el derecho de defensa y el derecho a la igualdad. Estos límites son consagrados normativamente tanto a nivel nacional¹¹⁵⁴ como internacional¹¹⁵⁵, y además, son reconocidos en forma prácticamente unánime por la doctrina¹¹⁵⁶.

En nuestra opinión, estos dos límites que se suelen invocar en materia arbitral, el derecho de defensa y el derecho a la igualdad, son correctos y razonables. En consecuencia no parece existir ningún problema en trasladarlos al proceso civil y concluir que los acuerdos procesales deben tener como límite los derechos de defensa e igualdad¹¹⁵⁷.

(3) Aunque en materia arbitral se suelen invocar como límites a los acuerdos de las partes solamente los dos derechos mencionados en el numeral anterior, no parece existir motivo para restringir los límites únicamente a estos dos derechos. Es decir, se puede concluir sin problemas que los acuerdos procesales deben reconocer como límite los derechos y garantías

¹¹⁵³ BARBOSA MOREIRA, “Convenções das partes sobre materia procesal”, en *Temas de direito procesal, Tersera Série*, 1984, p. 91.

¹¹⁵⁴ Véase el art. 24 de la Ley de arbitraje española, Ley 60/2003 y el art. 18 de la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional de Chile.

¹¹⁵⁵ Véase el art. 18 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional.

¹¹⁵⁶ DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 2005, p. 625; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar litigios civiles*, 2008, p. 482; ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, 2014, p. 71; HESS; JAUERNIG, *Manual de Derecho Procesal civil*, 2015, p. 531; ROMERO SEGUEL; DÍAZ VILLALOBOS, *El arbitraje interno y comercial internacional (Parte general)*, 2016, pp. 141 – 143.

¹¹⁵⁷ Mencionando a la igualdad de las partes como límite véase GRECO, “Os atos de disposição procesal – primeiras reflexões”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2007, pp. 10 y 11.

procesales de carácter constitucional¹¹⁵⁸. Estos derechos y garantías procesales constituyen los valores más relevantes para el sistema procesal. Esta relevancia justifica que excluyan, o al menos restrinjan, la libertad de las partes para celebrar acuerdos procesales.

Sin embargo, en relación con los límites señalados en los dos numerales anteriores, es necesario hacer un comentario adicional. La consideración de los derechos fundamentales de carácter procesal como límite a los acuerdos procesales supone algún grado de complejidad y requiere relativizarse y/o matizarse en alguna medida, por dos razones:

En primer lugar, la gran mayoría de los acuerdos procesales, al referirse a cuestiones procesales, en mayor o menor medida, pueden ser considerados como afectaciones a garantías procesales. Así por ejemplo, un acuerdo procesal que establezca un calendario procesal en un plazo menor al establecido en la ley podría considerarse que limita en alguna medida el derecho de defensa de la parte, en el sentido que ahora dispondrá de menos tiempo para hacer alegaciones y probar sus derechos. Si este calendario establece un plazo superior al plazo legal puede considerarse que se afecta el derecho a un juzgamiento dentro de un plazo razonable. Del mismo modo, el acuerdo para la renuncia a alguna facultad procesal, como un recurso o un medio de prueba puede considerarse una afectación al derecho de defensa.

En segundo lugar, muchos de los acuerdos procesales que se aceptan actualmente sin problemas suponen o pueden suponer afectación a ciertos derechos y garantías procesales. Así por ejemplo, el arbitraje implica en alguna medida una renuncia voluntaria a acceder a la jurisdicción. El acuerdo para modificar la competencia territorial puede implicar limitar o dificultar el acceso a la justicia. El acuerdo para suspender una audiencia o para suspender la tramitación del proceso puede afectar el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Sin embargo, estas constataciones no llevan a concluir que las garantías constitucionales de carácter procesal deben dejar de considerarse un límite a los acuerdos procesales. Simplemente dejan en evidencia la complejidad que ellas suponen y nos muestran que este límite no puede

¹¹⁵⁸ Refiriéndose a las garantías procesales como límite a los acuerdos procesales véase GRECO, "Os atos de disposição processual – primeiras reflexões", *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2007, pp. 11 y 12; MÜLLER, "Convenciones procesales", en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, pp. 198 y 199.

aplicarse en forma absolutamente rígida. Frente a estas dificultades no nos queda más que entregar la decisión de cada caso concreto a la apreciación del juez.

En nuestra opinión, las garantías fundamentales de carácter procesal debiesen constituir, en principio, un límite a los acuerdos procesales. Sin embargo, este límite puede ser matizado o relativizado por el juez atendiendo las circunstancias de cada caso concreto. En otras palabras, cuando los valores perseguidos por los acuerdos procesales, y en definitiva por la flexibilidad (antiformalismo, eficacia y eficiencia), entren en conflicto con los valores protegidos por los derechos y garantías fundamentales, en principio, este conflicto debiese resolverse a favor de estos últimos. Sin embargo, también habrá casos en los cuales el conflicto pueda resolverse a favor de la eficacia o eficiencia del sistema procesal. Si el acuerdo no supone una lesión propiamente tal, si solo existe una restricción menor, o se trata de una restricción consentida, o bien, esta afectación es un perjuicio menor en relación con los beneficios que el acuerdo supone en términos de eficacia y eficiencia, no vemos motivos por los cuales el juez no pueda aceptar y autorizar el acuerdo procesal.

Así por ejemplo, si las partes acuerdan celebrar dos o tres audiencias en lugar de una, nadie razonablemente negaría valor a ese acuerdo procesal por afectar el derecho a un juzgamiento en un plazo razonable. Del mismo modo si las partes deciden realizar el juicio en una sola audiencia cuando la ley contempla dos, difícilmente podría privarse de valor al acuerdo por afectar el derecho de defensa de las partes. Desde luego habrá casos límite en los cuales la respuesta no sea tan sencilla. Así por ejemplo, el juez deberá ser especialmente cuidadoso con aquellos acuerdos procesales previos al surgimiento del conflicto y al inicio proceso que supongan una renuncia anticipada a derechos procesales, los cuales en nuestra opinión deberían rechazarse. Del mismo modo, se debería ser especialmente cauteloso con aquellos acuerdos procesales celebrados mediante contratos de adhesión.

En todos estos casos corresponderá al juez decidir de acuerdo a las circunstancias particulares de caso concreto, teniendo como guía el criterio enunciado: las garantías fundamentales de carácter procesal constituyen, en principio, un límite a los acuerdos procesales, pero es un límite que debe matizarse y/o relativizarse atendido los diferentes valores involucrados en el caso concreto.

(4) En cuarto lugar, se debe considerar como límite el ejercicio de la función jurisdiccional. Se trata de respetar el carácter público de la función que desempeñan los jueces la cual no puede verse afectada por cualquier acuerdo de las partes. Este límite podría encuadrarse en lo que tradicionalmente se invoca como interés público.

Este límite implica varias cuestiones relacionadas entre sí. Así por ejemplo, se debe rechazar cualquier acuerdo procesal que de alguna manera afecte o limite las prerrogativas y poderes propios de la función de juez¹¹⁵⁹. Del mismo modo, se debe rechazar cualquier acuerdo que de alguna manera afecte el correcto y justo cumplimiento de la función jurisdiccional. En doctrina existe bastante acuerdo en rechazar, por ejemplo, acuerdos que modifiquen la competencia absoluta u objetiva del juez, o bien, que creen un recurso nuevo no previsto por la ley.

(5) Por último, y muy relacionado con el límite anterior, debe considerarse como límite a los acuerdos procesales la eficiencia de la justicia civil. Es decir, solo deberían admitirse los acuerdos procesales en la medida que faciliten o simplifiquen el desarrollo del proceso y el cumplimiento de sus fines¹¹⁶⁰. En cambio, deberían rechazarse aquellos acuerdos procesales que de alguna manera supongan el gasto innecesario de medios y/o dificulten la persecución de los fines de la justicia civil.

¹¹⁵⁹ En sentido similar véase MÜLLER, “Convenciones procesales”, en NOGUEIRA; CAVANI (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, 2015, p. 201.

¹¹⁶⁰ La idea nos fue sugerida por el profesor Michelle Taruffo en una reunión que sostuvimos en la Universidad de Girona en Marzo de 2016. En sentido similar, véase también, CAPONI, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2008, pp. 102, 108, 117.

CAPÍTULO QUINTO

NORMAS Y CRITERIOS QUE DETERMINAN EL PROCEDIMIENTO APLICABLE

Este último capítulo tiene por objeto analizar dogmática y comparativamente las normas y criterios que determinan el procedimiento aplicable en las legislaciones procesales civiles de España, Chile e Inglaterra. Y de esta manera poder determinar si estas confieren, de qué manera y en qué medida, mayores o menores grados de flexibilidad al procedimiento.

La justificación de este capítulo así como elección de esta institución particular y la elección de las legislaciones de referencia merece ser explicada con algún grado de detenimiento.

En los capítulos anteriores de esta investigación analizamos y desarrollamos los aspectos más generales de la flexibilidad procedimental. En el primer capítulo analizamos el concepto de flexibilidad y construimos una definición a partir de la idea de adaptabilidad. En el tercer capítulo, identificamos y analizamos los fundamentos de la flexibilidad. Por una parte, la instrumentalidad del Derecho procesal, en su aspecto negativo o antiformalismo y en su aspecto positivo o eficacia. Y en segundo lugar, la eficiencia de la justicia civil. Advertimos que en ambos casos, los fundamentos de la flexibilidad procesal tomaban como referencia los fines u objetivos de la justicia civil. Por esa razón, dedicamos una parte de la investigación a desarrollar en extenso esos objetivos de la justicia civil en el mundo contemporáneo. De esta manera pretendimos alcanzar una mejor comprensión de dichos fundamentos. En el cuarto capítulo identificamos y explicamos los diferentes mecanismos e instituciones jurídicas que permiten

conferir flexibilidad al procedimiento y, además, intentamos construir un sistema conceptual que permitiera clasificarlos y exponerlos en forma ordenada y sistemática.

Estos cuatro capítulos tomados en su conjunto constituyen un intento por identificar los diferentes aspectos de la flexibilidad procedimental, reunirlos y reconstruir con ellos una explicación teórica coherente y con suficiente potencia explicativa. Nuestra pretensión es que esta construcción teórica tenga una validez general por sobre una o más legislaciones procesales particulares.

Como se puede apreciar, esta construcción teórica se caracteriza por su alto grado de abstracción y generalidad, y además, por no tener como referencia un ordenamiento jurídico específico y determinado (sin perjuicio de las alusiones a los ordenamientos procesales español, chileno, inglés y las referencias al Derecho comparado). Desde luego que adoptar una aproximación como esta en una tesis doctoral constituye un riesgo, pues la investigación puede verse expuesta a la crítica de no encontrar proyección y aplicación a un ordenamiento concreto. Sin embargo, es un riesgo que se ha asumido conscientemente y que tiene una explicación.

La razón para adoptar una aproximación más general como ésta, deriva del objeto mismo de la investigación, la flexibilidad procedimental, y de su escaso desarrollo normativo y teórico. Como hemos mencionado en cada uno de los capítulos anteriores, las menciones a la flexibilidad en los ordenamientos jurídicos procesales son prácticamente inexistentes. Por su parte, desde un punto de vista teórico, aunque las referencias a la flexibilidad como algo deseable son cada vez más recurrentes, los desarrollos y explicaciones teóricas de la flexibilidad procedimental son todavía incipientes y aislados¹¹⁶¹. Un intento de investigar la flexibilidad procesal tomando como referencia la doctrina y legislación de un solo país encontraría como dificultad esta escasez de insumos legales y doctrinarios. Por esta razón, se optó por adoptar un enfoque un poco más general y se amplió el espectro de referencias legales y doctrinarias a otros sistemas

¹¹⁶¹ Excepcionalmente, DA FONSECA GAJARDONI, FERNANDO, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual)*, 2007; DA FONSECA GAJARDONI, *Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual*, 2008; CAPONI, "Rigidità e flessibilità del processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, 2016, pp. 1442 - 1458; CADIET, "L'équilibre entre la rigidité et la flexibilité dans le proces", en DOS SANTOS LUCÓN *et al.*, (coords.), *Processo em Jornadas. XI Jornadas brasileiras de Direito processual. XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*, 2016, pp. 596 - 606.

jurídicos y a la doctrina comparada. En otras palabras, para lograr obtener mayor substancia y contundencia teórica y explicativa se ha sacrificado una referencia más directa a un ordenamiento específico.

En nuestra opinión, esta forma más abstracta y general de acercarse al estudio de la flexibilidad procedimental ha sido acertada y ha dado sus frutos pues nos ha permitido, en los capítulos anteriores, elaborar una construcción teórica robusta y con suficiente potencia explicativa y que, estimamos, tiene validez general por sobre una o más legislaciones procesales particulares. En este sentido, estimamos que los capítulos anteriores constituyen los pilares básicos para entender la flexibilidad procesal. Sin embargo, la posible crítica de ausencia de proyección o aplicación práctica a un ordenamiento determinado subsiste.

Por esta razón, este último capítulo de la investigación tiene por objeto precisamente intentar de alguna manera salvar este posible vacío o falencia de la investigación. Para ello es necesario tomar la construcción teórica de la flexibilidad desarrollada en los capítulos anteriores y aplicarla al análisis dogmático de instituciones procesales de un país determinado. En este punto las posibilidades son muchas.

Una opción podría ser analizar en detalle la legislación procesal civil en sus diferentes instituciones y explicar de qué manera esta presenta mayores o menores grados de flexibilidad. Sin embargo, atendido lo vasto y extenso de las legislaciones procesales, esta opción excedería con creces nuestras posibilidades. Una segunda opción, sería analizar comparativamente dos legislaciones procesales en sus aspectos fundamentales y explicar de qué manera y respecto de qué instituciones ellas permiten mayores o menores grados de flexibilidad. Esta opción es más atractiva pues incluye el método comparado pero sigue significando un esfuerzo que puede superar las posibilidades de esta tesis doctoral. Otra opción posible sería analizar una o más instituciones procesales particulares en dos o más ordenamientos específicos y desarrollar de qué manera y en qué medida ellas permiten mayores o menores grados de flexibilidad procesal. Este enfoque resulta atractivo pues permite enriquecer el análisis al incorporar más legislaciones al análisis comparado y además permite mayores grados de profundidad al restringir el análisis a una o más instituciones procesales. En nuestra opinión esta es la opción más acertada y más atractiva desde un punto de vista teórico y por ello es la que adoptaremos en este capítulo final.

El paso siguiente consiste en elegir la o las posibles instituciones procesales para analizar comparativamente desde el punto de vista de la flexibilidad y elegir las posibles legislaciones de referencia. En relación con el primer punto, las posibilidades son muchas, desde los diversos caminos que abre la audiencia preparatoria, pasando por los diversos tipos de preclusión, hasta la rigidez de los recursos. Como señalamos anteriormente, nuestra elección en este capítulo son las normas y criterios que determinan el procedimiento aplicable. Es decir, se analizarán las reglas que, de acuerdo a las distintas legislaciones de referencia, permiten a las partes y al juez poder determinar cuál, de los diversos procedimientos posibles, es el que debe aplicarse para el conocimiento y resolución de un determinado asunto. La razón es que, en nuestra opinión, y desde el punto de vista de la flexibilidad, es una de las instituciones prototípicas. Es una de las instituciones que refleja y por ello permite comprender de mejor manera los mayores o menores grados de flexibilidad que confiere un determinado sistema procesal.

En relación con las legislaciones de referencia, se ha elegido la legislación chilena por ser el país de origen del autor. Se ha elegido a España por ser el lugar donde se ha realizado la mayor parte de esta investigación, porque durante mucho tiempo fue y todavía es la legislación modelo para los diferentes países latinoamericanos entre ellos Chile y, además, porque tiene una legislación relativamente reciente y moderna. Por último, se ha elegido la legislación inglesa por dos razones fundamentales: En primer lugar, pues se trata de una legislación reciente y especialmente relevante a nivel teórico. Actualmente, y posiblemente por mucho tiempo más, será la legislación de referencia para muchos estudios procesales en el ámbito comparado. Pero además, existe una razón aún más fuerte relacionada con la institución que se analizará. Pues esta legislación tiene una regulación interesante y en alguna medida novedosa sobre los criterios para determinar el procedimiento aplicable, que contrastan con los criterios más tradicionales de algunas legislaciones procesales como la chilena o española. Las nuevas *CPR* inglesas son, en este aspecto, un ejemplo de flexibilidad procedimental.

Resumiendo lo dicho hasta este punto, en el presente capítulo se desarrollará fundamentalmente un análisis dogmático y comparado de las reglas y criterios que definen el procedimiento aplicable en España, Chile e Inglaterra y, de esta manera, se intentará comprender los mayores o menores grados de flexibilidad de estas legislaciones. Para lograr este

objetivo, y para poder contextualizar el tema será necesario referirnos previamente a las tendencias normativas y doctrinarias existentes actualmente en materia de regulación procedimental. De esta manera nos referiremos, en primer lugar, al mito y la ilegitimidad del procedimiento único (apartado I); y a la utopía de los procedimientos diferenciados (apartado II). A continuación, y en lo que constituye el núcleo central del capítulo, compararemos los criterios y normas para identificar el procedimiento aplicable en España, Chile e Inglaterra (apartado III). A continuación, y por estar estrechamente vinculados al objeto de estudio de este capítulo, nos referiremos también al presupuesto procesal del procedimiento adecuado, e intentaremos una reconstrucción de éste a partir del prisma de la flexibilidad (apartado IV). Para finalizar, utilizaremos las conclusiones a las cuales se arribó en el análisis comparado e intentaremos una posible hipótesis de la mejor manera de regular los procedimientos, según la cual se debe avanzar desde los procedimientos diferenciados y rígidos al procedimiento flexible (apartado V).

I. El mito y la ilegitimidad del procedimiento único

Históricamente han existido dos maneras o formas de abordar la labor de regulación procedimental¹¹⁶². Una de estas estrategias consiste en la regulación de un procedimiento único. El segundo enfoque consiste en regular, junto a un procedimiento “ordinario”, diversos procedimientos especiales¹¹⁶³.

La primera estrategia busca que todos los posibles conflictos de relevancia jurídica sean tramitados a través de un único procedimiento, cualesquiera sea la materia o normas jurídicas invocadas y cualesquiera sea la identidad, condiciones o características de los sujetos que intervienen¹¹⁶⁴. Esta idea se funda en la creencia de que este único procedimiento tiene la capacidad y aptitud para canalizar de manera justa y adecuada cualquier tipo de reclamación jurídica posible. Por esta razón, se establecen procedimientos de lato conocimiento, desconcentrados, rígidos, con diversas

¹¹⁶² PÉREZ RAGONE, “Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: misión y visión en Latinoamérica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2017, pp. 140 y ss.

¹¹⁶³ Aunque a primera vista la primera estrategia puede tener algún grado de precedencia o prioridad teórica, lo cierto es que se trata de enfoques o estrategias que han coexistido paralelamente.

¹¹⁶⁴ BERIZONCE, “Ideologías y proceso”, en DOS SANTOS LUCON *et al.*, (coords.), *Processo em Jornadas*, 2016, p. 864.

fases o etapas y con diversas oportunidades para que las partes utilizaran sus mecanismos defensivos¹¹⁶⁵.

En la historia reciente del Derecho procesal es posible identificar al menos dos razones que explican este tipo de enfoque para la regulación procesal. La primera de ellas es la ideología de tipo “liberal clásica” existente al momento de las primeras codificaciones procesales, la cual contribuyó a una concepción fundamentalmente privada de la justicia civil¹¹⁶⁶. En esta concepción liberal del proceso civil propia del siglo XIX, se destacaba como un valor fundamental la igualdad de las partes. Pero se trataba de una igualdad simplemente formal, sin considerar las diversas identidades, características o condiciones de las partes, ni las particularidades de los diversos tipos de conflicto¹¹⁶⁷. En el contexto de una igualdad exclusivamente formal la idea de un único procedimiento para cualquier tipo de materia o sujetos resulta plausible y coherente.

La segunda circunstancia que contribuyó a este primer enfoque fue la lucha por la autonomía científica de la ciencia procesal. Tan pronto como se tomó conciencia de la autonomía del Derecho procesal respecto del Derecho material, los autores comenzaron a desplegar una serie de esfuerzos por construir los pilares fundamentales y propios de una nueva ciencia jurídica, la ciencia procesal. Sin embargo, en esta noble tarea de construir un conocimiento jurídico con categorías propias, los esfuerzos se excedieron. De la necesaria autonomía del Derecho procesal se concluyó erróneamente una neutralidad o indiferencia de las normas procesales respecto del Derecho de fondo¹¹⁶⁸. Este desprecio por las necesidades del Derecho

¹¹⁶⁵ FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; su causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, 1953, p. 53; “Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo”, en *Temas del ordenamiento procesal*, 1969, pp. 825 y 826; MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, 2001, pp. 18 - 21; MONTERO AROCA et al., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 2015, p. 40.

¹¹⁶⁶ BERIZONCE, “Ideologías y proceso”, en DOS SANTOS LUCON et al., (coords.), *Processo em Jornadas*, 2016, p. 864.

¹¹⁶⁷ MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 7 y 8; 11; PÉREZ RAGONE, “Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: misión y visión en Latinoamérica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2017, p. 141; MARINONI, *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, 2010, pp. 7 y 8; del mismo autor, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2009, pp. 49 y 50; “Derecho a la tutela judicial de los derechos”, en PRIORI POSADA (coord.), *Derecho material y proceso. El modo como el proceso se adecúa a la tutela del derecho material*, 2017, pp. 26 y 27.

¹¹⁶⁸ MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 384 y 385; MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2009, pp. 43 - 49; del mismo autor, “Derecho a la tutela judicial de

material fue el ambiente propicio para que la idea del procedimiento único se aceptara sin problemas.

La idea del procedimiento único, desde luego, no surge con las codificaciones procesales¹¹⁶⁹. En la tradición española se encontraba presente ya en las Partidas¹¹⁷⁰. Sin embargo, y como se puede apreciar, es en el contexto de los primeros códigos procesales y de los primeros desarrollos de la ciencia procesal que se afianza o consolida la idea de un procedimiento “ordinario”, “común” o “universal”. De hecho, los primeros procedimientos especiales que fueron surgiendo fueron acusados de ser resquicios de una época en que el proceso era considerado como mero rito. Y además fueron etiquetados de “anormales” o “desviaciones”¹¹⁷¹.

Como resulta evidente, el problema de este enfoque es que un procedimiento único de estas características, neutro al Derecho material e indiferente a las circunstancias concretas del conflicto y las partes involucradas, difícilmente puede ser el más adecuado para todas y cada una de las diversas controversias posibles¹¹⁷². En este sentido, la creencia en la capacidad del procedimiento ordinario o común para canalizar de manera adecuada y justa cualquier reclamación es errónea, es simplemente un mito. Por el contrario, esta falta de capacidad para tramitar de manera apropiada los conflictos que está llamado gestionar lo convierte en un procedimiento ilegítimo. Ambas cuestiones permiten comprender el mito y la ilegitimidad del procedimiento único¹¹⁷³.

los derechos”, en PRIORI POSADA (coord.), *Derecho material y proceso. El modo como el proceso se adecúa a la tutela del derecho material*, 2017, p. 29.

¹¹⁶⁹ Esta era la situación, por ejemplo, en el Derecho común. Cfr. MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, 2001, pp. 18 – 21.

¹¹⁷⁰ MONTERO AROCA, *et al*, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 2015, p. 40.

¹¹⁷¹ MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 385 y 386.

¹¹⁷² MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, p. 386.

¹¹⁷³ PÉREZ RAGONE, “Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: misión y visión en Latinoamérica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2017, p. 141; MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2009, pp. 41 – 59; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 384 - 386.

II. La utopía de los procedimientos especiales o diferenciados

La insuficiencia del procedimiento único produjo una reacción en sentido contrario. Esta insuficiencia facilita el desarrollo de una segunda estrategia de regulación consistente en el establecimiento de procedimientos especiales o diferenciados¹¹⁷⁴. En términos simples esta estrategia consiste en que, junto al procedimiento ordinario o común, las legislaciones establecen (cada vez más) diversos procedimientos especiales, con una regulación diferente y, la mayoría de las veces, más concentrada y más rápida que la del primero¹¹⁷⁵. Normalmente se trata de procedimientos destinados al conocimiento de ciertos tipos de conflictos que por su naturaleza o por las características de los sujetos que en ellos intervienen, merecerían estas reglas especiales de tramitación.

La razón oficial que tradicionalmente se invoca para explicar esta estrategia es que las características y particularidades del conflicto y las partes involucradas exigen un procedimiento con una tramitación especial y diferente al procedimiento ordinario. Sin embargo, se trata de una justificación aparente o al menos muy marginal. Pues si se observan estos procedimientos especiales, lo cierto es que muchas de estas reglas procesales diferentes no tienen mayor justificación. Normalmente las particularidades del caso o de las partes involucradas no justifican la diferente regulación¹¹⁷⁶. O bien, si existe una buena justificación, no se ve motivo para que esta nueva regulación solo se aplique en este procedimiento especial y no a la generalidad de los procedimientos. Desde luego que existen circunstancias concretas que exigen una regulación diferente, como puede ser las normas sobre la legitimación o cosa juzgada en materia de procesos colectivos, o bien, la existencia de un consejo técnico especializado en asuntos familiares como ocurre en Chile con los Tribunales

¹¹⁷⁴ FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; su causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, 1953, pp. 41 y ss.; 78 y ss.; “Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo”, en *Temas del ordenamiento procesal*, 1969, pp. 826 y ss.; MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, 2001, pp. 21 y ss.; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 386 y 387.

¹¹⁷⁵ TARUFFO, “Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización”, *AFDUAM*, 1999, pp. 64 y ss.; “Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 271 y 272.

¹¹⁷⁶ RAMOS MÉNDEZ, “La reforma de los procesos civiles especiales”, en *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004, p. 85; NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, p. 30; del mismo autor, “Reformas pasadas y reformas pendientes al proceso civil español”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, p. 617.

de Familia¹¹⁷⁷. Sin embargo, en realidad, estos casos son marginales y probablemente solo justificarían algunas normas especiales y no todo un procedimiento especial.

La verdadera e inconfesada razón que explica por qué se recurre a procedimientos especiales normalmente consiste en los problemas y deficiencias de los procedimientos comunes y ordinarios¹¹⁷⁸. Normalmente un procedimiento especial es el resultado del activismo de algún conjunto de individuos que ha podido organizarse como grupo de presión y que ha logrado que sus conflictos típicos puedan evitar los problemas del proceso común por medio de un procedimiento especial.

Recientemente, tratando de explicar las razones ideológicas que existen detrás de esta estrategia, Berizonce ha sostenido que esta forma de regulación es más propia del Estado de Derecho contemporáneo y de la corriente teórica publicista, de acuerdo a los cuales se debe superar la ideología liberal clásica del proceso civil como competición entre sujetos privados. De acuerdo al autor, los procedimientos diferenciados se explican por una consideración de la igualdad que va más allá de lo meramente formal. Se explican por un respeto de la igualdad real, que toma en consideración la situación y las condiciones de los sujetos involucrados y las diversas características de las situaciones de Derecho material¹¹⁷⁹.

Los ejemplos de procedimientos especiales o diferenciados son muchos y han existido siempre. Desde los procedimientos especiales del

¹¹⁷⁷ Artículo 5 de la LTF: "Funciones. La función de los profesionales del consejo técnico será la de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad".

¹¹⁷⁸ FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; su causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, 1953, pp. 41 y ss. y 78 y ss.; "Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo", en *Temas del ordenamiento procesal*, 1969, p. 826; MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, 2001, p. 21; NIEVA FENOL, "La desburocratización de los procedimientos judiciales. (Reflexiones a propósito del Código Procesal Modelo para Iberoamérica)", en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, p. 631; del mismo autor, "Reformas pasadas y reformas pendientes al proceso civil español", *Ibidem*, p. 617; *Derecho procesal II. Proceso civil*, 2015, pp. 357 y 358; TARUFFO, "Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización", *AFDUAM*, 1999, p. 65; del mismo autor, "Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria", en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 272; ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, p. 165.

¹¹⁷⁹ BERIZONCE, "Ideologías y proceso", en DOS SANTOS LUCON, *et al*, (coords.), *Processo em Jornadas*, 2016, p. 864.

Derecho romano¹¹⁸⁰, pasando por los procedimientos plenarios rápidos surgidos en las ciudades medievales por las necesidades del comercio¹¹⁸¹; los procedimientos sumarios¹¹⁸²; las *juridictions d' exception* francesas; los procedimientos civiles especiales en materia laboral, familia, arrendamiento o consumidores; la distinción entre “*small claims*” y “*complex litigation*”¹¹⁸³, hasta las tutelas procesales diferenciadas del Derecho italiano y brasileño¹¹⁸⁴. Igual situación puede apreciarse en la regulación procesal histórica y actual en España¹¹⁸⁵ y Chile¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁰ MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 349 y ss.; NIEVA FENOL, “La desburocratización de los procedimientos judiciales. (Reflexiones a propósito del Código Procesal Modelo para Iberoamérica)”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, p. 631; TOPASIO FERRETTI, *Procedimiento civil romano*, 1992, pp. 22 y ss., 51 y ss., 109 y ss.

¹¹⁸¹ FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; su causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, 1953, pp. 53 y ss. y 79 y ss.; “Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo”, en *Temas del ordenamiento procesal*, 1969, pp. 827 y ss.; MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, 2001, pp. 18 y ss.; MONTERO AROCA et al., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 2015, pp. 41 y ss.

¹¹⁸² PÉREZ RAGONE, “Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: misión y visión en Latinoamérica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2017, pp. 137 – 182; FAIRÉN GUILLÉN, “Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo”, en *Temas del ordenamiento procesal*, 1969, pp. 827 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, *Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, 2006, *passim*; BERIZONCE; FUCITO (coords.), *Los procesos sumarios y la efectividad de la justicia*, 2011, *passim*; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 352 y ss.

¹¹⁸³ TARUFFO, “Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización”, *AFDUAM*, 1999, pp. 62 – 66.

¹¹⁸⁴ MARINONI, “Derecho a la tutela judicial de los derechos”, en PRIORI POSADA (coord.), *Derecho material y proceso. El modo como el proceso se adecúa a la tutela del derecho material*, 2017, pp. 21 – 55; *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, 2010, *passim*; BERIZONCE, “Un ‘nuevo’ tipo procesal sumario: hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia”, en BERIZONCE; FUCITO (coords.), *Los procesos sumarios y la efectividad de la justicia*, 2011, pp. 15 – 18; 30 – 33. Más ejemplos, en TARUFFO, “Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, pp. 271 – 273.

¹¹⁸⁵ RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, 2013, pp. 285 – 287; *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, 2008, pp. 1539 – 1548; NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, 2015, pp. 357 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*, 2016, pp. 541 y ss.; MONTERO AROCA et al., *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, 2015, pp. 744 y ss.; ORTELLS RAMOS (dir.), *Derecho procesal civil*, 2014, pp. 765 y ss. En relación con la situación existente antes de la nueva LEC, véase FAIRÉN GUILLÉN, “La sistematización de los procedimientos declarativos españoles”, en *Temas del ordenamiento procesal*, 1969, pp. 752 – 753; FAIRÉN GUILLÉN, *Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, 2006, pp. 575 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, “La reforma de los procesos civiles especiales”, en *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004, pp. 81 – 87.

Sin embargo, lo que es necesario destacar es que actualmente la creación de procedimientos y técnicas procesales especiales ha dejado de ser una cuestión excepcional, constituye una tendencia generalizada y cada vez más común en los diversos países¹¹⁸⁷. “Pareciera ser que toda ley quisiera ser reina postulando a tener en su feudo su propio procedimiento”¹¹⁸⁸. Este fenómeno de proliferación de procesos especiales corresponde a lo que Montero Aroca llama “los fenómenos de huída”¹¹⁸⁹ y que Taruffo denomina el problema de “la fragmentación y diferenciación interna” de los modelos nacionales del proceso civil¹¹⁹⁰. En Chile, Alejandro Romero denomina a este proceso como la “sumarización de la función declarativa”¹¹⁹¹.

La regulación de procedimientos especiales en forma paralela al procedimiento ordinario o común, es una tendencia relativamente consolidada. Sin embargo, la doctrina se ha preguntado si esta forma de regulación es realmente inevitable o si es posible una mejor respuesta desde un punto de vista teórico¹¹⁹². Pues se trata de una forma de regulación procedimental que no resuelve todos los problemas y que además genera otros problemas adicionales. En primer lugar, parece utópico creer que el legislador pueda crear diversos procedimientos para todos y cada uno de las

¹¹⁸⁶ Sobre el punto, véase CAROCCA PÉREZ, *Manual de Derecho procesal. Tomo II. Los procesos declarativos*, 2003, pp. 12 – 14; ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, pp. 139 – 140; 143 – 144; 165 – 166; BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 121 – 123.

¹¹⁸⁷ TARUFFO, “Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 272. Criticando la situación en España con anterioridad a la nueva LEC, véase FAIRÉN GUILLÉN, “La sistematización de los procedimientos declarativos españoles”, en *Temas del ordenamiento procesal*, 1969, pp. 752 – 753; RAMOS MÉNDEZ, “La reforma de los procesos civiles especiales”, en *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004, pp. 81 – 87.

¹¹⁸⁸ MATURANA MIQUEL; RIVERO HURTADO, “Un nuevo sistema procesal civil: una necesidad social impostergable o un antojo académico”, en AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012, p. 32.

¹¹⁸⁹ MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, 2001, pp. 42 – 45; MONTERO AROCA et al., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 2015, pp. 49 – 51.

¹¹⁹⁰ TARUFFO, “Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización”, *AFDUAM*, 1999, pp. 65 y 66; del mismo autor, “La justicia civil”, en *Páginas sobre justicia civil*, 2009, p. 181.

¹¹⁹¹ ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, p. 166.

¹¹⁹² TARUFFO, “Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización”, *AFDUAM*, 1999, pp. 66 y 67; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, p. 387.

situaciones de derecho material que presenten alguna particularidad relevante. Además, nunca podría anticipar todos y cada una de las complejidades de los diversos casos concretos¹¹⁹³. Por último, la sociedad evoluciona de forma cada vez más rápida y vertiginosa, de manera que siempre podrá existir algún déficit de regulación adecuada. Esto es la utopía de los procedimientos diferenciados¹¹⁹⁴.

En segundo lugar, esta estrategia produce una serie de problemas adicionales. Así por ejemplo, se produce un aumento de volumen, dispersión e incoherencia normativa. Por un lado, esta tendencia legislativa aumenta el número de regulaciones y legislaciones procesales aumentando el volumen normativo en un determinado estado. Muchas veces, estas regulaciones se encuentran en diferentes fuentes normativas lo que genera mayor dispersión de las normas procesales¹¹⁹⁵. A diferencia de lo que se intentaba con el ideal codificador, el Derecho procesal ya no se encuentra en pocos códigos de procedimiento sino que disperso en una serie de normativas aisladas. A su vez, estas distintas regulaciones suelen ser muy distintas entre sí y no siempre son de la mejor calidad legislativa. Normalmente se trata de reformas aisladas que buscan solucionar problemas contingentes las cuales se realizan sin considerar las consecuencias y contradicciones que generan en el sistema en su conjunto. Es lo que suele denominarse el problema de coherencia del sistema procesal¹¹⁹⁶.

Todos estos problemas dificultan el estudio, sistematización, interpretación y aplicación de las normas procesales por parte de estudiantes, abogados, jueces y demás operadores jurídicos. ¿Por qué los plazos para contestar la demanda deben ser diferentes en materia laboral, de arrendamiento o familia?, ¿por qué las formas de ofrecer o presentar los medios de prueba debe ser diferente en materia de familia, laboral o

¹¹⁹³ MARINONI, "Derecho a la tutela judicial de los derechos", en PRIORI POSADA (coord.), *Derecho material y proceso. El modo como el proceso se adecúa a la tutela del derecho material*, 2017, p. 46.

¹¹⁹⁴ MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, p. 387.

¹¹⁹⁵ TARUFFO, "Racionalidad y crisis de la ley procesal", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1999, pp. 313 y 314. Sobre el aumento de volumen normativo para el Derecho en general y los problemas que esto genera para la seguridad jurídica, véase PALMA FERNÁNDEZ, *La seguridad Jurídica ante la abundancia de normas*, 1997, pp. 37 y ss.

¹¹⁹⁶ TARUFFO, "Racionalidad y crisis de la ley procesal", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1999, p. 314.

civil?¹¹⁹⁷ ¿Por qué las cortes deben vestirse con una regulación para conocer de un recurso ordinario en materia de familia y luego cambiarse el traje normativo para conocer de un recurso ordinario en materia laboral? ¿Existe realmente una justificación racional detrás de estas diferencias normativas? Como mencionamos anteriormente, estimamos que la mayoría de las diferencias en las regulaciones procesales no están justificadas racionalmente¹¹⁹⁸ y solo contribuyen a aumentar el volumen, la dispersión e incoherencia de la regulación procesal y a lesionar la seguridad jurídica.

Además, y directamente relacionado con el objeto de este capítulo, muchas veces las disposiciones legales que regulan la determinación del procedimiento aplicable se establecen con criterios rígidos y abstractos olvidando las particularidades de cada controversia. Esto produce como consecuencia que muchas veces los procedimientos terminen siendo demasiado complejos para asuntos de escasa complejidad o, al contrario, demasiado breves y concentrados atendida la complejidad de la materia.

Pero además, esta tendencia legislativa a la especialización de los procedimientos produce dos peligros adicionales. En primer lugar, puede ser peligroso la proliferación de “estatutos privilegiados” para ciertos sujetos. Aunque puedan compartirse las razones de fondo para proteger a ciertos individuos mediante mecanismos procesales más eficaces no es posible desconocer que los demás sujetos que no forman parte de ese grupo solo cuentan con el procedimiento común. Se trata muchas veces de sujetos que no han podido organizarse o no han tenido la fuerza suficiente para reclamar y conseguir algún estatuto privilegiado. Por esta razón, aun cuando un procedimiento especial pueda significar un avance, se olvida el hecho que todas las personas, y no solo algunas, tienen derecho a mecanismos procesales eficaces. Esta circunstancia se relaciona con un segundo peligro aun más grave consistente en la afectación de la igualdad ante la ley. En el

¹¹⁹⁷ En este aspecto la legislación chilena es un buen ejemplo. En el procedimiento ante los Tribunales de Familia la prueba se ofrece oralmente en la audiencia preparatoria (ART. 61 N° 8 LTF). Igual regla opera en el procedimiento laboral, pero los documentos deben exhibirse en la audiencia preparatoria (art. 454 n° 2 CT). El Proyecto de Código de Procedimiento Civil, por su parte, exige que la prueba sea ofrecida en la demanda (Art. 254 PCPC).

¹¹⁹⁸ RAMOS MÉNDEZ, “La reforma de los procesos civiles especiales”, en *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004, p. 85; NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, 2014, p. 30; del mismo autor, “Reformas pasadas y reformas pendientes al proceso civil español”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, p. 617.

sentido de que no todos los sujetos cuentan con mecanismos procesales igualmente eficaces para proteger sus derechos e intereses legítimos¹¹⁹⁹.

III. Análisis comparado de las normas que determinan el procedimiento aplicable: España, Chile e Inglaterra

A partir de los dos apartados anteriores se puede apreciar que, actualmente, la estrategia de regulación procesal en la mayoría de los países consiste en establecer un procedimiento ordinario o común y paralelamente regular diversos procedimientos especiales o diferenciados. También explicamos que esta estrategia produce una serie de problemas y peligros. Uno de estos problemas es que muchas veces las reglas y criterios que determinan cuál de los diversos procedimientos debe aplicarse suelen ser muy abstractas y rígidas, sin considerar las características y particularidades de cada conflicto particular. Con ello puede ocurrir que, en algunos casos, el procedimiento termine siendo muy complejo y sofisticado para asuntos relativamente simples, o bien, demasiado concentrado y breve para asuntos especialmente complejos. Esto puede producir una infrutilización o sobreutilización de recursos procesales, y con ello, un ineficiente ejercicio de la jurisdicción.

Este aspecto es, precisamente, el objeto de estudio central de este capítulo: las normas y criterios que determinan cuál de los diversos procedimientos posibles debe aplicarse a un caso concreto. A continuación expondremos un análisis dogmático y comparado de este tipo de normas y criterios tratándose de los procedimientos civiles en las legislaciones procesales civiles de España, Chile e Inglaterra.

Sin embargo, antes de comenzar es necesario formular, desde el comienzo, algunas precisiones y restricciones metodológicas. (1) Atendido la extensión del análisis comparado nos restringiremos solamente al análisis de los procesos civiles en sentido estricto, sin considerar otro tipo de procesos civiles, como por ejemplo, los procesos en materias comerciales, laborales, o de familia. (2) En segundo lugar, limitaremos nuestro análisis únicamente a las legislaciones procesales generales de estos tres países, sin analizar leyes especiales. (3) Por último, limitaremos nuestra atención a los procesos declarativos y excluirémos el análisis los procedimientos ejecutivos.

¹¹⁹⁹ TARUFFO, "Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización", *AFDUAM*, 1999, pp. 67 y 68.

1. España: nueva distribución procedimental bajo viejos criterios de aplicación

1.1 Procedimientos declarativos: procedimiento ordinario, verbal y procedimientos especiales

El proceso civil español se encuentra regulado en extenso y en sus aspectos fundamentales por la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (sin perjuicio de ciertas garantías y principios generales establecidos en la Constitución de 1978).

En el Libro II de la LEC denominado “De los procesos declarativos” se contemplan dos procedimientos ordinarios o de aplicación general, el procedimiento ordinario y el procedimiento verbal (art. 248 LEC). En términos simples, el procedimiento ordinario es un procedimiento civil, contencioso, declarativo, de primera instancia, predominantemente oral, que se aplica a ciertas materias señaladas en la ley, y que es de aplicación general tratándose de casos cuya cuantía exceda de los 6.000 euros o sea imposible de determinar, y siempre que no tengan señalada en la ley una tramitación especial. Por su parte, el procedimiento verbal, es un procedimiento civil, contencioso, declarativo, de primera instancia, predominantemente oral y concentrado, que se aplica a ciertas materias señaladas en la ley, y que es de aplicación general tratándose de casos cuya cuantía no exceda de 6.000 euros, y siempre que no tengan señalada en la ley una tramitación especial.

Luego, en el Libro IV “De los procesos especiales”, la LEC establece procedimientos especiales respecto de algunas clases de conflictos, como por ejemplo, los procedimientos relativos a la capacidad, filiación, matrimonio, menores (los llamados proceso no dispositivos), los procedimientos sucesorios, de liquidación de herencias y de liquidación los bienes del matrimonio, el proceso monitorio, el proceso cambiario, etc. (Arts. 748 y ss. LEC)¹²⁰⁰. Y además regula lo que los autores denominan

¹²⁰⁰ Sobre estos procedimientos especiales, véase NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, 2015, pp. 357 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS; Díez-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*, 2016, pp. 541 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, 2008, pp. 1548 y ss.; MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, 2015, pp. 744 y ss.; ORTELLS RAMOS (dir.), *Derecho procesal civil*, 2014, pp. 765 y ss.

especialidades procedimentales¹²⁰¹. Ciertas normas procesales especiales aplicables a la tramitación de los procedimientos declarativos ordinarios, cuando se trate de cierto tipo de conflictos. Es decir, se trata de procedimientos con una tramitación correspondiente al los juicios ordinario o verbal, en la cual se establecen ciertas normas especiales de tramitación para cierta clase de asuntos. Tales como el procedimiento para la tutela de derechos fundamentales; el procedimiento de rectificación, ciertos procedimientos en materia de bienes inmuebles, procedimientos en materia de propiedad intelectual e industrial, procedimientos en materia societaria, de consumo, etc¹²⁰².

Esta forma de distribución procedimental constituye una reacción, un intento de mejora y racionalización respecto de la situación existente con la anterior LEC de 1881¹²⁰³, que se caracterizaba por ser compleja, confusa y caótica¹²⁰⁴. En la LEC de 1881 se regulaban cuatro procedimientos de aplicación general, los juicios de mayor cuantía, menor cuantía, de cognición y verbal, además de varios procedimientos de aplicación especial. Pero además, con el tiempo se fueron creando paralelamente una diversidad de procedimientos especiales¹²⁰⁵. Es el fenómeno que Montero Aroca denominó

¹²⁰¹ DE LA OLIVA SANTOS; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, 2013, p. 195; NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, 2015, pp. 391 y ss. Véase también, ORTELLS RAMOS (dir.), *Derecho procesal civil*, 2014, pp. 482 y 483. Utilizando la nomenclatura de procedimientos plenarios, plenarios rápidos y sumarios, véase MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, 2015, pp. 200 - 204.

¹²⁰² NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, 2015, pp. 391 y ss.

¹²⁰³ GONZÁLEZ GARCÍA, "Los procesos declarativos y el régimen de su adecuación", en ORTELLS RAMOS (dir.), *Los procesos declarativos*, 2000, pp. 120 - 124; MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, 2015, pp. 203, 774 - 775. En Chile, Véase PALOMO VÉLEZ, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, 2008, pp. 93 - 95.

¹²⁰⁴ Criticando la situación en España con anterioridad a la nueva LEC, véase FAIRÉN GUILLÉN, "La sistematización de los procedimientos declarativos españoles", en *Temas del ordenamiento procesal*, 1969, pp. 752 - 753; FAIRÉN GUILLÉN, *Lo "sumario" y lo "plenario" en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, 2006, pp. 575 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, "La reforma de los procesos civiles especiales", en *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004, pp. 81 - 87. Véase también, MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, 2001, pp. 44 y 45. Sobre el aumento de volumen normativo para el Derecho en general y los problemas que esto genera para la seguridad jurídica, véase PALMA FERNÁNDEZ, *La seguridad Jurídica ante la abundancia de normas*, 1997, pp. 37 y ss.

¹²⁰⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, "Los procesos declarativos y el régimen de su adecuación", en ORTELLS RAMOS (dir.), *Los procesos declarativos*, 2000, pp. 132 y 133; MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, 2015, p. 201; PALOMO VÉLEZ, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, 2008, pp. 93 y 94.

como la “huida del juicio de mayor cuantía” y “la huída de la Ley de Enjuiciamiento Civil”¹²⁰⁶.

Tanto las razones como las finalidades perseguidas con este cambio se aprecian en la misma Exposición de Motivos de la LEC:

“En consecuencia, como ya se apuntó, sólo es conveniente acudir a la máxima concentración de actos para asuntos litigiosos desprovistos de complejidad o que reclamen una tutela con singular rapidez. En otros casos, la opción legislativa prudente es el juicio ordinario, con su audiencia previa dirigida a depurar el proceso y a fijar el objeto del debate.

Con estas premisas, la Ley articula con carácter general dos cauces distintos para la tutela jurisdiccional declarativa: de un lado, la del proceso que, por la sencillez expresiva de la denominación, se da en llamar "juicio ordinario" y, de otro, la del "juicio verbal".

Estos procesos acogen, en algunos casos gracias a disposiciones particulares, los litigios que hasta ahora se ventilaban a través de cuatro procesos ordinarios, así como todos los incidentes no regulados expresamente, con lo que cabe suprimir también el procedimiento incidental común. Y esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil permite también afrontar, sin merma de garantías, los asuntos que eran contemplados hasta hoy en más de una docena de leyes distintas de la procesal civil común. Buena prueba de ello son la disposición derogatoria y las disposiciones finales.

Así, pues, se simplifican, con estos procedimientos, los cauces procesales de muchas y muy diversas tutelas jurisdiccionales. Lo que no se hace, porque carecería de razón y sentido, es prescindir de particularidades justificadas, tanto por lo que respecta a presupuestos especiales de admisibilidad o procedibilidad como en lo relativo a ciertos aspectos del procedimiento mismo.

Lo exigible y deseable no es unificar a ultranza, sino suprimir lo que resulta innecesario y, sobre todo, poner término a una dispersión normativa a todas luces excesiva. No cabe, por otra parte, ni racional ni constitucionalmente, cerrar el paso a disposiciones legales posteriores, sino sólo procurar que los preceptos que esta Ley contiene sean, por su previsión y flexibilidad, suficientes para el tratamiento jurisdiccional de materias y problemas nuevos”¹²⁰⁷.

¹²⁰⁶ MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, 2001, pp. 42 – 45; MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, 2015, p. 744.

¹²⁰⁷ Párrafo XII, Exposición de motivos, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. No podemos dejar de destacar la frase final del párrafo citado que contiene el deseo que esta regulación procesal sea lo suficientemente “flexible” para servir de cauce a cualquier nuevo tipo de conflicto. En la parte final de este apartado cuestionaremos si esta regulación tiene una flexibilidad suficiente que permita lograr aquel objetivo.

1.2 Normas y criterios de aplicación de los procedimientos ordinario, verbal y de los procedimientos especiales

La LEC establece dos criterios para determinar cuál, entre los diversos procedimientos posibles, debe aplicarse para conocer de un determinado asunto: la materia y la cuantía. La materia consiste en el asunto o conflicto que se somete al conocimiento del tribunal. Más correctamente, la pretensión que se formula en el proceso. La cuantía en cambio, es el valor económico o pecuniario de la pretensión formulada.

Entre estos dos criterios prevalece el criterio de la especialidad. Es decir, no concurren conjuntamente sino que el criterio de la materia prima y excluye al criterio de la cuantía. Las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía sólo se aplican en defecto de norma por razón de la materia (art. 248.3 LEC).

La idea detrás de estas normas de distribución es que existen ciertos asuntos que, atendida su naturaleza y particularidades, merecen estar sometidos a un procedimiento especial (del Libro IV de la LEC). Luego, entre los demás asuntos que no tengan señalada una tramitación especial, la idea es que aquellos de mayor simplicidad y menor valor económico se tramiten conforme al procedimiento verbal, mientras que el resto de los asuntos de mediana o mayor complejidad se tramitan conforme al procedimiento ordinario. Como explica el mensaje de la LEC:

“la Ley, en síntesis, reserva para el juicio verbal... aquellos litigios caracterizados, en primer lugar, por la singular simplicidad de lo controvertido y, en segundo término, por su pequeño interés económico. El resto de litigios han de seguir el cauce del juicio ordinario, que también se caracteriza por su concentración, inmediación y oralidad. De cualquier forma, aunque la materia es criterio determinante del procedimiento en numerosos casos, la cuantía sigue cumpliendo un papel no desdeñable y las reglas sobre su determinación cambian notablemente, con mejor contenido y estructura, conforme a la experiencia, procurándose, por otra parte, que la indeterminación inicial quede circunscrita a los casos verdaderamente irreductibles a toda cuantificación, siquiera sea relativa”¹²⁰⁸.

A. Materia como criterio especial

(1) La LEC establece una serie de normas dispersas, la mayoría en el Libro IV, de acuerdo a las cuales determinados asuntos o pretensiones deben ser tramitadas de acuerdo a un procedimiento especial o regido por principios

¹²⁰⁸ Párrafo X, Exposición de motivos, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil.

especiales (Arts. 748 y ss. LEC). En algunos casos se trata de ciertas pretensiones que tienen alguna particularidad especial, como por ejemplo, en el caso del juicio monitorio (liquidez, vencimiento, exigibilidad, constancia documental, Art. 812 LEC); en otros casos se trata de la participación de una persona con determinadas características, como en el caso de menores (Arts. 756 y ss.; 769 y ss.); en otros, se entiende que en el conflicto intervienen intereses públicos, como en los juicios matrimoniales y de filiación (arts. 764 y ss.), etc¹²⁰⁹.

(2) Luego la LEC establece taxativamente una serie de pretensiones que necesariamente deben ser tramitadas de acuerdo al procedimiento ordinario. De acuerdo al art. 249 LEC se conocerán en el juicio ordinario, cualesquiera sea su cuantía: 1) Las demandas relativas a derechos honoríficos de la persona. 2) Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. 3) Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles. 4) Las demandas en materia de competencia desleal, defensa de la competencia, en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame. No obstante, se estará a lo dispuesto en el punto 12 del apartado 1 del artículo 250 de esta Ley cuando se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad. 5) Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12º del apartado 1 del artículo 250. 6) Las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo

¹²⁰⁹ Sobre estos distintos procedimientos especiales y su aplicación, véase NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, 2015, pp. 357 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, 2008, pp. 1548 y ss.; MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, 2015, pp. 739 y ss.; ORTELLS RAMOS (dir.), *Derecho procesal civil*, 2014, pp. 765 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS; Díez-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*, 2016, pp. 541 y ss.

que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia. 7) Las que ejerciten una acción de retracto de cualquier tipo. 8) Cuando se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda.

(3) Por su parte, de acuerdo al art. 250 LEC, se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, ciertas demandas: 1) Las que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca. 2) Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca. 3) Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario. 4) Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. 5) Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva. 6) Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande. 7) Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación. 8) Las que soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título. 9) Las que supongan el ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales. 10) Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, al objeto de obtener una sentencia condenatoria que permita dirigir la ejecución exclusivamente

sobre el bien o bienes adquiridos o financiados a plazos. 11) Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, de arrendamiento de bienes muebles, o de un contrato de venta a plazos con reserva de dominio, siempre que estén inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al arrendador financiero, al arrendador o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de éste, en su caso. 12) Las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. 13) Las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil. En estos casos el juicio verbal se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I del título I del libro IV de esta ley¹²¹⁰.

Como se puede apreciar, todas estas normas identifican una serie de pretensiones y las distribuyen, para su tramitación, entre los procedimientos ordinario, verbal y los procedimientos especiales. Estas normas fundadas en el criterio de la materia prevalecen por sobre el criterio de la cuantía. Por esta razón, estas pretensiones enumeradas anteriormente se distribuirán de acuerdo a este criterio sin que sea relevante la cuantía del asunto. En la medida que alguna pretensión sea de aquellas enumeradas en los artículos anteriores, ella deberá, necesariamente y por disposición imperativa de la ley, tramitarse de acuerdo al procedimiento al cual ha sido atribuida para su tramitación.

B. Cuantía como criterio residual

La cuantía como criterio de distribución procedimental es residual pues, en palabras de la LEC, solo se aplican en defecto de norma por razón de la materia (art. 248.3 LEC). Solo en la medida que una pretensión cualquiera no encuentre en la ley una norma que disponga expresamente que deba tramitarse de acuerdo a un procedimiento determinado, se podrá utilizar el

¹²¹⁰ Sobre estos criterios para la aplicación de los procedimientos ordinario y verbal, véase MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, 2015, pp. 207, 744 – 766; DE LA OLIVA SANTOS; Díez-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*, 2016, pp. 23 – 27; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, 2008, pp. 1539 – 1548; En Chile, Véase PALOMO VÉLEZ, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, 2008, pp. 98 – 101.

criterio de la cuantía. Este criterio de la cuantía es el que distribuye entre el procedimiento ordinario y verbal todas aquellas pretensiones que no tienen señalada en la ley una tramitación especial¹²¹¹.

De acuerdo a la LEC deberán tramitarse de acuerdo al procedimiento ordinario aquellas pretensiones cuya cuantía exceda de los seis mil euros y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo, siempre que no tengan señalada en la ley una tramitación especial (art. 249.2 LEC). Por su parte, deberán tramitarse de acuerdo a las reglas del procedimiento verbal aquellas pretensiones cuya cuantía no exceda de los seis mil euros, siempre que la ley no les asigne expresamente una tramitación especial (art. 250.2 LEC).

Luego la LEC establece una serie de normas y reglas bastante detalladas para la determinación de la cuantía, con el objeto de prever y resolver anticipadamente cualquier posible dificultad en su aplicación (arts. 251 LEC):

Artículo 251. *Reglas de determinación de la cuantía.* La cuantía se fijará según el interés económico de la demanda, que se calculará de acuerdo con las reglas siguientes: 1.^ª Si se reclama una cantidad de dinero determinada, la cuantía de la demanda estará representada por dicha cantidad, y si falta la determinación, aun en forma relativa, la demanda se considerará de cuantía indeterminada. 2.^ª Cuando el objeto del proceso sea la condena de dar bienes muebles o inmuebles, con independencia de que la reclamación se base en derechos reales o personales, se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase. Para este cálculo podrá servirse el actor de cualesquiera valoraciones oficiales de los bienes litigiosos, si no es posible determinar el valor por otros medios, sin que se pueda atribuir a los inmuebles un valor inferior al que conste en el catastro. 3.^ª La anterior regla de cálculo se aplicará también: 1.^º A las demandas dirigidas a garantizar el disfrute de las facultades que se derivan del dominio. 2.^º A las demandas que afecten a la validez, nulidad o eficacia del título de dominio, así como a la existencia o a la extensión del dominio mismo. 3.^º A aquellas otras peticiones, distintas de las establecidas en los dos casos anteriores, en que la

¹²¹¹ Sobre la cuantía como criterio de distribución, véase GONZÁLEZ GARCÍA, “Los procesos declarativos y el régimen de su adecuación”, en ORTELLS RAMOS (dir.), *Los procesos declarativos*, 2000, pp. 137 y ss.; NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, 2015, pp. 127 - 132; MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, 2015, pp. 204 - 206; DE LA OLIVA SANTOS; Díez-PICAZO GIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*, 2016, pp. 29 - 33; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, 2008, pp. 1539 - 1548. En Chile, Véase PALOMO VÉLEZ, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, 2008, pp. 98 - 101.

satisfacción de la pretensión dependa de que se acredite por el demandante la condición de dueño. 4.º A las demandas basadas en el derecho a adquirir la propiedad de un bien o conjunto de bienes, ya sea por poseer un derecho de crédito que así lo reconoce, ya sea por cualquiera de los modos de adquisición de la propiedad, o por el derecho de retracto, de tanteo o de opción de compra ; cuando el bien se reclame como objeto de una compraventa, tiene preferencia como criterio de valoración el precio pactado en el contrato, siempre que no sea inferior en el caso de los inmuebles a su valor catastral. 5.º Cuando el proceso verse sobre la posesión, y no sea aplicable otra regla de este artículo. 6.º A las acciones de deslinde, amojonamiento y división de la cosa común. 4.ª En los casos en que la reclamación verse sobre usufructo o la nuda propiedad, el uso, la habitación, el aprovechamiento por turnos u otro derecho real limitativo del dominio no sujeto a regla especial, el valor de la demanda se fijará atendiendo a la base imponible tributaria sobre la que gire el impuesto para la constitución o transmisión de estos derechos. 5.ª El valor de una demanda relativa a una servidumbre será el precio satisfecho por su constitución si constare y su fecha no fuese anterior en más de cinco años. En otro caso, se estimará por las reglas legales establecidas para fijar el precio de su constitución al tiempo del litigio, cualquiera que haya sido el modo de adquirirla, y, a falta de ellas, se considerará como cuantía la vigésima parte del valor de los predios dominante y sirviente, teniendo en cuenta lo dispuesto en la regla segunda de este artículo sobre bienes muebles e inmuebles. 6.ª En las demandas relativas a la existencia, inexistencia, validez o eficacia de un derecho real de garantía, el valor será el del importe de las sumas garantizadas por todos los conceptos. 7.ª En los juicios sobre el derecho a exigir prestaciones periódicas, sean temporales o vitalicias, se calculará el valor por el importe de una anualidad multiplicado por diez, salvo que el plazo de la prestación fuera inferior a un año, en que se estará al importe total de la misma. 8.ª En los juicios que versen sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional, su valor se calculará por el total de lo debido, aunque sea pagadero a plazos. Este criterio de valoración será aplicable en aquellos procesos cuyo objeto sea la creación, modificación o extinción de un título obligacional o de un derecho de carácter personal, siempre que no sea aplicable otra regla de este artículo. 9.ª En los juicios sobre arrendamientos de bienes, salvo cuando tengan por objeto reclamaciones de las rentas o cantidades debidas, la cuantía de la demanda será el importe en el contrato. 10.ª En aquellos casos en que la demanda verse sobre valores negociados en Bolsa, la cuantía vendrá determinada por la media del cambio medio ponderado de los mismos, determinado conforme a la legislación aplicable durante el año natural anterior a la fecha de interposición de la demanda, o por la media del cambio medio ponderado de los valores durante el período en que éstos se hubieran negociado en Bolsa, cuando dicho período fuera inferior al año. Si se trata de valores negociados en otro mercado secundario, la cuantía vendrá determinada por el tipo medio de negociación de los mismos durante el año natural anterior a la interposición de la demanda, en el mercado secundario en el que se estén negociando, o por el tipo medio de negociación durante el tiempo en que se hubieran negociado en el mercado secundario, cuando los valores se hayan

negociado en dicho mercado por un período inferior al año. El tipo medio de negociación o, en su caso, la media del cambio medio ponderado, se acreditará por certificación expedida por el órgano rector del mercado secundario de que se trate. Si los valores carecen de negociación, la cuantía se calculará de acuerdo con las normas de valoración contable vigentes en el momento de interposición de la demanda. 11.^a Cuando la demanda tenga por objeto una prestación de hacer, su cuantía consistirá en el coste de aquello cuya realización se inste o en el importe de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, sin que en este caso sean acumulables ambas cantidades, salvo si además de instarse el cumplimiento, se pretende también la indemnización. El importe o cálculo de los daños y perjuicios habrá de ser tenido en cuenta cuando la prestación sea personalísima o consista en un no hacer, y ello incluso si lo que se insta con carácter principal es el cumplimiento. 12.^a En los pleitos relativos a una herencia o a un conjunto de masas patrimoniales o patrimonios separados, se aplicarán las reglas anteriores respecto de los bienes, derechos o créditos que figuren comprendidos en la herencia o en el patrimonio objeto del litigio¹²¹².

¹²¹² Por su parte: Artículo 252. *Reglas especiales en casos de procesos con pluralidad de objetos o de partes.* Cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, la cuantía de la demanda se calculará de acuerdo con las reglas siguientes: 1.^a Cuando en la demanda se acumulen varias acciones principales, que no provengan de un mismo título, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la cuantía de la acción de mayor valor. Idéntico criterio se seguirá para el caso de que las acciones estén acumuladas de forma eventual. 2.^a Si las acciones acumuladas provienen del mismo título o con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. Pero si el importe de cualquiera de las acciones no fuera cierto y líquido, sólo se tomará en cuenta el valor de las acciones cuyo importe sí lo fuera. Para la fijación del valor no se tomarán en cuenta los frutos, intereses o rentas por correr, sino sólo los vencidos. Tampoco se tomará en cuenta la petición de condena en costas. Sin perjuicio de lo anterior, si las acciones acumuladas fueran la de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, y la de reclamación de rentas o cantidades debidas, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la acción de mayor valor. 3.^a Cuando en una misma demanda se acumulen varias acciones reales referidas a un mismo bien mueble o inmueble, la cuantía nunca podrá ser superior al valor de la cosa litigiosa. 4.^a Cuando se reclamen varios plazos vencidos de una misma obligación se tomará en cuenta como cuantía la suma de los importes reclamados, salvo que se pida en la demanda declaración expresa sobre la validez o eficacia de la obligación, en que se estará al valor total de la misma. Si el importe de alguno de los plazos no fuera cierto, se excluirá éste del cómputo de la cuantía. 5.^a No afectarán a la cuantía de la demanda, o a la de la clase de juicio a seguir por razón de la cuantía, la reconvencción ni la acumulación de autos. 6.^a La concurrencia de varios demandantes o de varios demandados en una misma demanda en nada afectará a la determinación de la cuantía, cuando la petición sea la misma para todos ellos. Lo mismo ocurrirá cuando los demandantes o demandados lo sean en virtud de vínculos de solidaridad. 7.^a Cuando la pluralidad de partes determine también la pluralidad de las acciones afirmadas, la cuantía se determinará según las reglas de determinación de la cuantía que se contienen en este artículo. 8.^a En caso de ampliación de la demanda, se estará también a lo ordenado en las reglas anteriores.

Como norma de cierre del sistema de distribución procedimental, la LEC establece que cuando no se pueda determinar la cuantía ni siquiera en forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquélla al momento de interponer la demanda, la pretensión deberá sustanciarse conforme a las reglas del juicio ordinario.

La adecuación del procedimiento debe ser controlada de oficio el secretario judicial quien en caso de error puede ordenar que se dé al asunto la tramitación que corresponda. Esta decisión es susceptible de recurso directo de revisión ante el tribunal (art. 254 LEC). Pero Además, la adecuación del procedimiento puede ser controlada a iniciativa del demandado quien puede reclamarla por medio de la excepción de inadecuación del procedimiento (art. 255 LEC).

C. Comentarios: criterios de aplicación rígidos e inadecuados

A partir de la lectura de esta gran cantidad de normas de distribución procedimental que desarrollan los criterios de la materia y la cuantía en la LEC es posible concluir algunas ideas:

(1) La idea que estas normas revelan es que la decisión de asignar un determinado asunto a un procedimiento específico es una decisión del legislador, que debe adoptarse *a priori*, en forma abstracta y antes de que surja el conflicto. Es la ley la que determina en forma anticipada el procedimiento que debe seguirse para conocer de una determinada pretensión.

Además, la cantidad de reglas de distribución, así como la cantidad de reglas de determinación de la cuantía muestra que la intención es que esta decisión previa de la ley se respete a cabalidad. Esta gran variedad de normas revela la idea de que estas normas deben aplicarse correctamente, de manera que para cada pretensión se utilice el procedimiento que, de acuerdo a la distribución de la ley, es el correcto. De hecho, también se regula la forma de controlar e impugnar la correcta aplicación de estas reglas (arts. 254 y 255 LEC).

(2) Llama la atención que la LEC califique a uno de estos procedimientos como ordinario y pero además indique expresamente pretensiones que

deban aplicarse conforme a este. Por definición un procedimiento ordinario es de aplicación residual. Es decir, se aplica a pretensiones que no tengan señalada en la ley una tramitación especial. Esto es lo que lo diferencia de los procedimientos especiales que son aquellos que se aplican a ciertas y determinadas materias indicadas en la ley. Por esa razón, este procedimiento “ordinario” de la LEC, se comporta respecto de algunas pretensiones como un procedimiento ordinario y respecto de otras como un procedimiento especial¹²¹³. En nuestra opinión, esta estrategia también revela la intención que la distribución procedimental fijada anticipadamente por la ley se respete en forma plena y sin excepción.

(3) Adicionalmente, de esta gran cantidad de normas así como del texto de las mismas se puede concluir la gran rigidez de esta regulación. Se trata de innumerables normas, que prevén una diversidad de hipótesis diferentes, de manera de regular cualquier posible situación a través de reglas específicas. Estas normas están redactadas de forma especialmente estricta, sin que puedan apreciarse normas que entreguen algún margen al aplicador. Las únicas excepciones son la determinación de la cuantía en forma relativa, si el actor justifica debidamente que el interés económico del litigio al menos iguala la cuantía mínima correspondiente al juicio ordinario, o que no rebasa la máxima del juicio verbal, norma que flexibiliza la exigencia de claridad y precisión en la expresión de la cuantía que el mismo artículo establece (art. 253.2 LEC) y, además, algunas pocas expresiones abiertas que permiten un mínimo margen de movilidad (“cualquier otro”) (arts. 250.1 N° 1, 2, 6).

Tampoco se entregan facultades a las partes para acordar las normas de tramitación¹²¹⁴ ni tampoco se le confieren al juez potestades para establecer o modificar el procedimiento aplicable. De hecho, la LEC establece que: “La alteración del valor de los bienes objeto del litigio que sobrevenga después de interpuesta la demanda, no implicará la modificación de la cuantía ni la de la clase de juicio”. (Art. 253.1 LEC). Es decir, no solo las normas son especialmente rígidas sino que una vez fijado el procedimiento esta determinación es inmodificable.

¹²¹³ En sentido similar GONZÁLEZ GARCÍA, “Los procesos declarativos y el régimen de su adecuación”, en ORTELLS RAMOS (dir.), *Los procesos declarativos*, 2000, pp. 125 y 128.

¹²¹⁴ Excepcionalmente, el art. 422.1 LEC establece que el Tribunal, al momento de resolver en la audiencia previa sobre la impugnación de la cuantía formulada por el demandado en la contestación, debe atenerse al acuerdo al que pudieran llegar las partes sobre el valor de la cosa litigiosa. Sobre el punto, véase GONZÁLEZ GARCÍA, “Los procesos declarativos y el régimen de su adecuación”, en ORTELLS RAMOS (dir.), *Los procesos declarativos*, 2000, p. 170.

Adicionalmente, dudamos que sea posible simplificar la distribución procedimental y la labor de determinar el procedimiento aplicable si la LEC contempla tantos procedimientos posibles y esta gran cantidad de normas. Dudamos que la simplificación procesal se logre con una regulación tan extensa y detallada.

(4) Por último, si de acuerdo a la Exposición de Motivos la intención de la LEC fue entregar los asuntos de menor complejidad al juicio verbal y el resto de asuntos de mediana y mayor complejidad al procedimiento ordinario, no queda claro que el criterio de la cuantía sea el más adecuado. Pues como afirma la doctrina, la cuantía es un mal predictor de la complejidad del asunto. Pueden existir asuntos de baja cuantía que sean especialmente complejos y que por ello necesiten un procedimiento más extendido. Ya sea por las características del conflicto entre las partes, por la naturaleza y cantidad de las pruebas, por las particularidades de los sujetos que intervienen, etc. En cambio, pueden existir asuntos de cuantía elevada pero que por diversas razones no resulten especialmente complejos y que por ello no necesiten más que un procedimiento concentrado como el procedimiento verbal¹²¹⁵. En nuestra opinión, cuando se quiere regular legalmente la distribución procedimental en forma anticipada y se quiere tomar en consideración la complejidad del asunto, el criterio de la cuantía es en alguna medida ineludible como criterio residual pero resulta inadecuado. Es inadecuado pues es un mal predictor, o al menos, solo permite captar parcial o superficialmente la complejidad del asunto.

Como mencionaremos más adelante en la conclusiones de este capítulo, estimamos que si la complejidad del asunto es un aspecto que se considera o se quiere considerar fundamental como criterio para determinar el procedimiento aplicable, la mejor estrategia consiste en entregar esta apreciación de la complejidad del asunto al juez *a posteriori*, una vez que el conflicto se haya definido procesalmente y tomando en consideración todas y cada una de sus particularidades. Esto implica que la decisión del procedimiento aplicable no debe realizarse en forma

¹²¹⁵ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, 2015, p. 127. Muchos años antes ya anticipaba este problema de la cuantía Fairén Guillén. Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; su causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, 1953, p. 57. En sentido contrario, argumentando a favor del criterio de la cuantía, GONZÁLEZ GARCÍA, “Los procesos declarativos y el régimen de su adecuación”, en ORTELLS RAMOS (dir.), *Los procesos declarativos*, 2000, pp. 138 y 140.

anticipadamente y abstracta por la ley, sino que por el juez para cada caso en particular.

2. Chile: El anticuado Código de Procedimiento Civil y sus atisbos de flexibilidad

2.1 Procedimientos declarativos: procedimientos ordinarios y procedimientos especiales

Las normas relativas a la tramitación de los procesos civiles en Chile se encuentran en el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC). Sin perjuicio de esto, también existen normas relativas a procedimientos aisladas y dispersas en diferentes cuerpos normativos. Además, el art. 19 N° 3 de la CPR de Chile se refiere a las garantías fundamentales básicas en materia procesal¹²¹⁶.

De acuerdo a la regulación procesal chilena existen tres procedimientos ordinarios y diversos procedimientos especiales. Los procedimientos ordinarios son el juicio de mayor cuantía, de menor cuantía y de mínima cuantía.

El juicio ordinario de mayor cuantía¹²¹⁷ es un procedimiento civil contencioso declarativo, escrito, de primera instancia y de aplicación general y supletoria. Este juicio se encuentra regulado en el Libro II del CPC y es el juicio ordinario prototipo. Para los efectos de esta investigación resulta relevante destacar que este modelo procedimental se caracteriza por ser de aplicación general y supletoria. Dentro de los juicios ordinarios es el de aplicación más residual y de más común utilización. Luego es de aplicación supletoria pues sus normas de tramitación se aplican también a todas las

¹²¹⁶ Sobre las garantías fundamentales de carácter procesal en el proceso civil chileno, véase BORDALÍ SALAMANCA, *Derecho jurisdiccional*, 2016, pp. 181 – 212; del mismo autor, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, 2011, pp. 311 – 337; “El debido proceso civil”, en FERRADA BÓRQUEZ (coord.), *La constitucionalización del Derecho Chileno*, 2003, pp. 251 – 295; TAVOLARI OLIVEROS, “El proceso civil chileno: lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma”, en *Comentarios Procesales*, 1994, pp. 81 – 113.

¹²¹⁷ Entre los textos más recientes véase, por ejemplo, BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 119 y ss.; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Manual de Derecho Procesal Civil. Proceso ordinario de mayor cuantía*, 2014, *passim*; FIGUEROA YÁVAR; MORGADO SAN MARTÍN, *Procedimientos civiles e incidentes*, 2013, pp. 41 y ss.

gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualesquiera sea su naturaleza (art. 3 CPC). Este juicio ordinario de mayor cuantía tuvo como fuente de inspiración la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 1855. Por esa razón, es heredera tanto de las normas procesales de las Siete Partidas (Partida tercera) como del *solemnis ordo iudiciarius*¹²¹⁸.

El juicio ordinario de menor cuantía¹²¹⁹ es un procedimiento civil, contencioso declarativo, escrito, de primera instancia, cuya tramitación se ajusta a las reglas del juicio ordinario con algunas modificaciones y de aplicación general tratándose de asuntos cuya cuantía sea mayor a diez y no exceda de quinientas unidades tributarias mensuales (500 UTM), y siempre que no tengan señalada en la ley una tramitación especial (art. 698 CPC). Por su parte, el juicio de mínima cuantía¹²²⁰ es un procedimiento civil, contencioso, declarativo¹²²¹, de carácter verbal, breve, concentrado, de única instancia, y de aplicación general tratándose de asuntos cuya cuantía no exceda las diez unidades tributarias mensuales (10 UTM), y siempre que no tengan señalada en la ley una tramitación especial (art. 703 CPC). Ambos procedimientos se encuentran regulados en el Libro III del CPC, “De los juicios especiales”. Sin embargo, se trata de procedimientos ordinarios y no especiales, pues son procedimientos de aplicación general.

Luego, la ley procesal chilena regula una serie de procedimientos especiales¹²²², tales como, los interdictos posesorios (arts. 549 y ss. CPC); los juicios relativos al arbitraje interno¹²²³ (arts. 628 y ss. CPC); el juicio sobre partición de bienes (arts. 645 y ss. CPC); el procedimiento sumario¹²²⁴ (arts.

¹²¹⁸ MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 2015, p. 47; ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, p. 164; CAROCCA PÉREZ, *Manual de Derecho procesal. Tomo II. Los procesos declarativos*, 2003, p. 54.

¹²¹⁹ FIGUEROA YÁVAR; MORGADO SAN MARTÍN, *Procedimientos civiles e incidentes*, 2013, pp. 415 – 429; CASARINO VITERBO, *Manual de Derecho procesal*, 2007, pp. 13 – 16.

¹²²⁰ CASARINO VITERBO, *Manual de Derecho procesal*, 2007, pp. 17 – 26.

¹²²¹ Se debe mencionar que de acuerdo al art. 729 CPC, el procedimiento de mínima cuantía también puede ser ejecutivo si se acompaña un título de ese carácter.

¹²²² Sobre estos procedimientos, véase CASARINO VITERBO, *Manual de Derecho procesal. Tomo VI. Derecho Procesal Civil*, 2007, pp. 11 y ss.

¹²²³ ROMERO SEGUEL; DÍAZ VILLALOBOS, *El arbitraje interno y comercial internacional (Parte general)*, 2016, pp. 125 y ss.; AYLWIN AZÓCAR, *El juicio arbitral*, 2014, pp. 451 y ss.; VÁSQUEZ PALMA, *Tratado de arbitraje en Chile. Arbitraje interno e internacional*, 2018, pp. 699 – 709.

¹²²⁴ ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, pp. 165 y ss.; BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 425 y ss.; CAROCCA PÉREZ, *Manual de Derecho procesal. Tomo II.*

680 y ss. CPC) y el juicio de hacienda (arts. 748 y ss. CPC). Además, regula algunas tramitaciones especiales que son necesarias respecto de ciertas materias, tales como, la citación a evicción (arts. 584 y ss. CPC); ciertos trámites relativos al contrato de arrendamiento como el desahucio, el lanzamiento o la retención (arts. 588 y ss. CPC); sobre el juicio de cuentas (arts. 693 y ss. CPC); y sobre la acción de desposeimiento (arts. 758 y ss. CPC). Por último, se refiere (no detalla) los procedimientos que pueden aplicarse para tramitar las pretensiones por las cuales se cobra el pago de honorarios por servicios profesionales prestados en juicio (arts. 697 y ss. CPC).

Entre estos procedimientos especiales el más importante es, sin duda, el procedimiento sumario. El procedimiento sumario es un procedimiento civil, contencioso, declarativo, de carácter oral, breve y concentrado¹²²⁵, que se aplica a ciertos asuntos señalados expresamente por la ley y, en general, a aquellos casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, una tramitación rápida para ser eficaz (art. 680 CPC). La regulación de este juicio sumario en el CPC se inspiró en el procedimiento verbal contemplado en las Leyes de Enjuiciamiento civil españolas de los años 1855 y 1881. Su origen histórico se remonta a los juicios plenarios rápidos que surgieron durante la Edad Media en Europa a partir de la Decretal de Clemente V de 1306 conocida como *saepe contingit*¹²²⁶.

Este procedimiento es relevante por a lo menos dos razones. (1) En primer lugar, es muy relevante desde el punto de vista de su aplicación práctica. Se trata de un procedimiento que es muy utilizado por los tribunales. Este protagonismo práctico del procedimiento sumario se debe a un largo proceso histórico en el cual paulatinamente se fueron sacando asuntos de los procesos de aplicación general (juicio ordinario) para

Los procesos declarativos, 2003, pp. 351 y ss.; FIGUEROA YÁVAR; MORGADO SAN MARTÍN, *Procedimientos civiles e incidentes*, 2013, pp. 395 y ss.

¹²²⁵ Criticando la vigencia efectiva de estas características, BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 428 y 429; CAROCCA PÉREZ, *Manual de Derecho procesal. Tomo II. Los procesos declarativos*, 2003, pp. 351 y 352; 356.

¹²²⁶ ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, p. 165; CAROCCA PÉREZ, *Manual de Derecho procesal. Tomo II. Los procesos declarativos*, 2003, pp. 352 y 353. Sobre el origen de este tipo de procedimiento, véase también, ROJAS AGUIRRE; VENEGAS LAGOS, *El proceso sumario de cognición (Juicio Sumario)*, 1963, pp. 131 y ss.; NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, 2015, p. 358; FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; su causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, 1953, pp. 41 y ss.

entregarlos a esta tipo procedimental especial. Como explica Alejandro Romero:

“Tal como se constata en el Mensaje enviado por el Presidente don Jorge Montt, el 1° de febrero de 1893, la idea original de nuestro legislador era que la mayor parte de los asuntos se decidieran a través del juicio ordinario del Libro II del CPC, cuya sentencia alcanza siempre eficacia de cosa juzgada material o sustancial. Bajo tal esquema se reservaban los juicios sumarios para aquellas materias que por su naturaleza 'requieran una tramitación sencilla y breve o que no se ajustarían bien a las reglas del juicio ordinario'...

El sistema ideado por el CPC se fue modificando gradualmente, al punto de surgir el fenómeno de la “*sumarización de la función declarativa*”. A través de esta vía el legislador ha optado por establecer como procedimiento de común aplicación juicios de carácter sumario, con etapas concentradas de debate, prueba y sentencia. Esta opción legislativa descansa en la cándida idea que a través de la abreviación de los procedimientos se conseguirá una mayor eficacia de la justicia, objetivo que claramente no se ha logrado”¹²²⁷.

(2) Adicionalmente a esta importancia práctica, este procedimiento sumario es relevante para los efectos de nuestra investigación pues contempla una figura que resulta especialmente útil para la flexibilidad en análisis: la sustitución del procedimiento, a la cual nos referiremos en el apartado siguiente.

2.2 Normas y criterios de aplicación de los procedimientos ordinarios y especiales

El Código de Procedimiento Civil Chileno utiliza dos criterios generales para determinar el procedimiento aplicable: la materia y la cuantía. Como mencionamos anteriormente, la materia consiste en el asunto o conflicto que se somete al conocimiento del tribunal. Más correctamente, es la pretensión que se formula en el proceso. La cuantía en cambio, es el valor económico o pecuniario de la pretensión formulada. En palabras de la Corte Suprema de Chile, la cuantía es “la apreciación pecuniaria del objeto sobre el que versa el juicio...”¹²²⁸. Además, a propósito de la regulación del juicio sumario contempla como criterio general la urgencia de la tutela judicial.

¹²²⁷ ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, pp. 165 y 166. Sobre este punto, véase también ROJAS AGUIRRE; VENEGAS LAGOS, *El proceso sumario de cognición (Juicio Sumario)*, 1963, pp. 138 – 140.

¹²²⁸ ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, p. 144.

Al igual que el caso español, entre estos tres criterios de distribución procedimental prevalece el criterio de la materia¹²²⁹. Esto no es otra cosa que una aplicación concreta del criterio de especialidad. Es decir, el criterio de la materia prima y excluye a los criterios de la cuantía y la urgencia de la tutela judicial (arts. 2, 680, 698 y 703 CPC). Si una norma atribuye un asunto a un procedimiento determinado, este deberá aplicarse necesariamente, independientemente de la cuantía o de la urgencia con la que se requiera la tutela judicial. A su vez, entre los criterios restantes prevalece el criterio de la urgencia de la tutela judicial sobre el criterio de la cuantía. Si la ley no menciona expresamente un procedimiento específico para tramitar un determinado asunto y se trata de una acción que requiera, por su naturaleza, una tramitación rápida para ser eficaz, entonces prima el criterio de urgencia, y por ello debe aplicarse el procedimiento sumario, cualesquiera sea la cuantía (art. 680 CPC). Por último, si la acción deducida no requiere, por su naturaleza, una tramitación rápida para ser eficaz, entonces se deberá aplicar el criterio de la cuantía para determinar si se aplican el juicio de mayor, menor o mínima cuantía.

Como explicamos anteriormente siguiendo a Alejandro Romero, la lógica original de esta regulación procedimental del CPC chileno es completamente diferente y contraria al sistema de la LEC. Del mensaje presidencial del CPC se desprende que “la idea original de nuestro legislador era que la mayor parte de los asuntos se decidieran a través del juicio ordinario del Libro II del CPC, cuya sentencia alcanza siempre eficacia de cosa juzgada mater al o sustancial. Bajo tal esquema se reservaban los juicios sumarios para aquellas materias que por su naturaleza 'requieran una tramitación sencilla y breve o que no se ajustarían bien a las reglas del juicio ordinario'...”¹²³⁰. En cualquier caso, la regulación del CPC chileno, al igual que la LEC española, revelan la idea según la cual, la distribución procedimental la hace la ley, y en forma previa al surgimiento de los conflictos.

¹²²⁹ En sentido contrario, dándole primacía y preferencia al criterio de la cuantía, ROJAS AGUIRRE; VENEGAS LAGOS, *El proceso sumario de cognición (Juicio Sumario)*, 1963, p. 40.

¹²³⁰ ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, p. 165. Véase el párrafo cuarto del Mensaje Presidencial del Código de Procedimiento Civil.

A. Materia como criterio especial

En el Libro III del CPC chileno se establecen una serie de normas que según las cuales determinados asuntos o pretensiones deben ser tramitadas de acuerdo a un procedimiento especial. Estas materias son: ciertas acciones posesorias (arts. 549 y ss. CPC); los juicios relativos al arbitraje interno (arts. 628 y ss. CPC); el juicio sobre partición de bienes (arts. 645 y ss. CPC); el juicio de hacienda (arts. 748 y ss. CPC). Especialmente relevantes son los asuntos a los que por mención expresa deben aplicarse las normas del juicio sumario (art. 680 inc. 2° CPC)¹²³¹:

1°. A los casos en que la ley ordene proceder sumariamente, o breve y sumariamente, o en otra forma análoga; 2°. A las cuestiones que se susciten sobre constitución, ejercicio, modificación o extinción de servidumbres naturales o legales y sobre las prestaciones a que ellas den lugar; 3°. A los juicios sobre cobro de honorarios, excepto el caso del artículo 697; 4°. A los juicios sobre remoción de guardadores y a los que se susciten entre los representantes legales y sus representados; 5°. Derogado; 6°. A los juicios sobre depósito necesario y comodato precario; 7°. A los juicios en que se deduzcan acciones ordinarias a que se hayan convertido las ejecutivas a virtud de lo dispuesto en el artículo 2515 del Código Civil; 8°. A los juicios en que se persiga únicamente la declaración impuesta por la ley o el contrato, de rendir una cuenta, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 696; y 9°. A los juicios en que se ejercite el derecho que concede el artículo 945 del Código Civil para hacer cegar un pozo. 10. A los juicios en que se deduzcan las acciones civiles derivadas de un delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Procesal Penal y siempre que exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada¹²³².

Además, el CPC establece una serie de tramitaciones especiales para resolución de ciertas materias, tales como, la citación a evicción (arts. 584 y ss. CPC); ciertos trámites relativos al contrato de arrendamiento como el

¹²³¹ Fuera de los casos del art. 680 Inc. 2, el Código de Procedimiento Civil también contempla otros asuntos que deben tramitarse de acuerdo al juicio sumario, como la acción de jactancia (art. 271 CPC) y las acciones que confiere al arrendador el art. 1979 del Código Civil (art. 612 CPC).

¹²³² Fuera del Código de Procedimiento civil, existen varias leyes especiales que se remiten al juicio sumario para tramitar ciertas pretensiones específicas, como por ejemplo, las acciones indemnizatorias que deriven de la declaración de ilegalidad de un acto de alguna Municipalidad (art. 151 Letra i de la Ley 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades); la acción de impugnación de la invalidación de un acto administrativo (art. 53 de la Ley 19.880 que Establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado); las acciones civiles interpuestas en el proceso penal pero que por alguna razón no pudieron ser conocidas y resueltas en ese procedimiento (art. 68 inc. 3 del Código Procesal Penal), etc.

desahucio, el lanzamiento o la retención (arts. 588 y ss. CPC); sobre el juicio de cuentas (arts. 693 y ss. CPC); y sobre la acción de desposeimiento (arts. 758 y ss. CPC).

Por último, resulta especialmente interesante en relación con la flexibilidad, la norma relativa a las pretensiones por la cuales se cobra el pago de honorarios por servicios profesionales prestados en juicio. En este caso, de acuerdo al art. 697 del CPC el acreedor puede a su arbitrio perseguir su estimación y pago con arreglo al procedimiento sumario, o bien, en el mismo procedimiento en que se generaron esos honorarios de acuerdo a las normas de los incidentes, si interpone su reclamación ante el tribunal que haya conocido en la primera instancia del juicio¹²³³.

Además, fuera del Código de Procedimiento Civil existen diversas leyes que establecen procedimientos especiales, o bien, algunas especialidades procedimentales respecto de determinadas materias¹²³⁴.

B. Urgencia de la tutela judicial

En el CPC la urgencia¹²³⁵ es un criterio de aplicación del juicio sumario. Este procedimiento tiene dos criterios de aplicación, uno especial y otro general¹²³⁶: la materia y la urgencia de la tutela judicial. Como mencionamos en el apartado anterior, el art. 680 Inc. 2 se refiere a una serie de asuntos que deben necesariamente tramitarse de acuerdo al juicio sumario (criterio de aplicación especial). Pero además, establece un criterio de aplicación general, consistente en la urgencia de la tutela judicial requerida por el actor. De acuerdo al art. 680 inc. 1 del CPC, este procedimiento se aplica “en

¹²³³ Otras normas similares las encontramos en el art. 59 del Código Procesal Penal, según el cual todas las acciones que interponga la víctima contra el imputado que tengan por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible pueden ejercerse y tramitarse de acuerdo a las normas del Código Procesal Penal, o bien, de acuerdo a las reglas generales de procedimiento en materia procesal civil.

¹²³⁴ Para el análisis de alguna de ellas, véase ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, pp. 146 – 161.

¹²³⁵ Utilizando la expresión urgencia para referirse al criterio de aplicación general del artículo 680 inc. 1 del CPC, ROJAS AGUIRRE; VENEGAS LAGOS, *El proceso sumario de cognición (Juicio Sumario)*, 1963, p. 144.

¹²³⁶ La identificación de dos criterios de aplicación, uno general y otro especial, es compartida por la doctrina. Véase, por ejemplo, BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 430 – 432; CAROCCA PÉREZ, *Manual de Derecho procesal. Tomo II. Los procesos declarativos*, 2003, p. 353.

defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz”.

C. Cuantía como criterio residual

Cuando para determinar el procedimiento aplicable a un conflicto determinado no puedan utilizarse los criterios de aplicación de la materia y la urgencia de la tutela judicial, se debe aplicar el criterio residual, la cuantía¹²³⁷. Es decir, si un asunto o pretensión específica no tiene señalada en la ley un procedimiento para su tramitación, y esa acción no requiere, por su naturaleza, una tramitación rápida para ser eficaz, el procedimiento deberá determinarse de acuerdo al criterio de la cuantía. Por medio de este último criterio podemos determinar cuál de los tres procedimientos ordinarios (juicios de mayor, menor y mínima cuantía) deberá aplicarse tratándose de esa pretensión particular.

De acuerdo al CPC, se aplicará el procedimiento de mínima cuantía a los juicios cuya cuantía no exceda de diez unidades tributarias mensuales (10 UTM), siempre que no tengan señalada en la ley una tramitación especial (art. 703 CPC). Por su parte, se aplicará el procedimiento de menor cuantía a los juicios cuya cuantía exceda de diez unidades tributarias mensuales (10UTM) y que no exceda las quinientas unidades tributarias mensuales (500 UTM), siempre que no tengan señalada en la ley una tramitación especial (art. 698 CPC). Por último, se aplicará el procedimiento de mayor cuantía a los juicios cuya cuantía exceda de las quinientas unidades tributarias mensuales (500 UTM), siempre que no tengan señalada en la ley una tramitación especial (art. 2 y 698 CPC).

D. Reglas de determinación de la cuantía

El CPC chileno no contiene reglas para determinar la cuantía. A diferencia de la LEC española que contiene una serie de artículos destinados a permitir la determinación correcta de la cuantía, el CPC guarda silencio. Sin embargo, en la legislación procesal chilena sí existen reglas para determinar la cuantía, y están contenidas en el Título VII del Código Orgánico de Tribunales (En

¹²³⁷ Sobre la cuantía como criterio para determinar el procedimiento aplicable, véase ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, pp. 144 - 145.

adelante COT) referido a la competencia, específicamente en el Párrafo 2 denominado: Reglas que determinan la cuantía de las materias judiciales.

Sobre este punto, surge la pregunta de si estas normas del Código Orgánico de Tribunales sobre la determinación de la cuantía se pueden utilizar para determinar cuál procedimiento ordinario debe aplicarse. La pregunta es legítima pues estas normas están reguladas a propósito de un ámbito procesal específico, la competencia. De su texto se desprende claramente que han sido establecidos como factores de competencia absoluta. Se trata de reglas que ayudan a determinar la cuantía con la finalidad de establecer la jerarquía, clase o categoría del tribunal que debe conocer de un asunto. De su texto no se desprende que ellas se refieran a la determinación del procedimiento. Por último, del texto de algunas de estas reglas se menciona expresamente que se trata de reglas “para determinar la competencia” (arts. 116, 118, 130 y 131 COT).

En nuestra opinión estas reglas para determinar la cuantía sí pueden aplicarse legítimamente para efectos de determinar el procedimiento ordinario aplicable a un asunto concreto¹²³⁸. Esta conclusión podría alcanzarse acudiendo al mecanismo de la analogía, o bien, a la interpretación sistemática. Sin embargo, estimamos que el argumento más relevante consiste en que esta es una conclusión interpretativa que permite atribuir una utilidad a dichas normas del COT. Como explicamos anteriormente estas normas se establecieron como factores de competencia absoluta, pues permitían distribuir los asuntos entre los Tribunales de Menor Cuantía, de Distrito y Subdelegación. Sin embargo, actualmente esos tribunales ya no existen, pues fueron eliminados en el año 1979 y 1989¹²³⁹. Cuando se derogaron estos tribunales se mantuvieron las normas relativas a la cuantía en el COT y los procedimientos de mayor, menor y mínima cuantía del CPC. A partir de este hecho se pueden concluir dos posibilidades. Que las normas sobre la determinación de la cuantía se encuentran derogadas tácitamente, o

¹²³⁸ QUEZADA MELÉNDEZ, *Derecho Procesal Chileno. La competencia*, 1997, p. 77. En este mismo sentido, aunque sin dar mayores razones, NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, p. 229; ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional*, 2009, p. 56; COLOMBO CAMPBELL, *La competencia*, 2004, p. 190; BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ; *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, p. 125; DÍAZ URIBE, *Curso de Derecho Procesal Civil*, 2017, pp. 337 y ss.

¹²³⁹ QUEZADA MELÉNDEZ, *Derecho Procesal Chileno. La competencia*, 1997, p. 77; CASARINO VITERBO, *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho procesal Orgánico*, 2015, p. 135; DÍAZ URIBE, *Curso de Derecho Procesal Civil*, 2017, p. 337.

bien, que dichas normas se aplican a otras materias. Frente a estas dos posibles conclusiones, el criterio de la utilidad nos exige preferir aquella interpretación que permita que las normas tengan algún uso o rendimiento. En consecuencia, estimamos que estas normas del Código Orgánico de Tribunales pueden aplicarse válidamente para la determinación de la cuantía con el objeto de definir cuál de los tres procedimientos ordinarios del CPC se debe aplicar a un determinado asunto.

En cuanto a la determinación de la cuantía, la regla general es que, en los asuntos civiles, ésta se determina por el valor de la cosa disputada (art. 115 COT)¹²⁴⁰. A su vez, el valor de la cosa disputada se determinará a partir de los documentos que se acompañen a la demanda (art. 116 COT)¹²⁴¹. Si a la demanda no se acompañan documentos o si en ellos no aparece el valor de la cosa disputada, se deben distinguir dos posibilidades. Si se trata de una acción personal, la cuantía se determina por la apreciación que el actor hiciera en su demanda (art. 117 COT)¹²⁴². Si se trata de una acción real, se estará a la apreciación que las partes hicieran de común acuerdo expresa o tácitamente (art. 118 COT)¹²⁴³. En este último caso, cuando no puedan aplicarse estas reglas, se establece la posibilidad de que la determinación la efectúe un perito nombrado por el juez. Además, se faculta a las partes para hacer las gestiones necesarias y al juez para adoptar las medidas que

¹²⁴⁰ De acuerdo al inc. 2 del art. 115 del CPC, en los asuntos criminales la cuantía se determina por la pena que el delito lleva consigo.

¹²⁴¹ “Art. 116. Si el demandante acompañare documentos que sirvan de apoyo a su acción y en ellos apareciere determinado el valor de la cosa disputada, se estará para determinar la competencia a lo que conste de dichos documentos. Para determinar la cuantía de las obligaciones en moneda extranjera, podrá acompañar el actor, al tiempo de presentar la demanda, un certificado expedido por un Banco, que exprese en moneda nacional la equivalencia de la moneda extranjera demandada. Dicho certificado no podrá ser anterior en más de quince días a la fecha de la presentación de la demanda”.

¹²⁴² “Art. 117. Si el demandante no acompañare documentos o si de ellos no apareciere esclarecido el valor de la cosa, y la acción entablada fuere personal, se determinará la cuantía de la materia por la apreciación que el demandante hiciera en su demanda verbal o escrita”.

¹²⁴³ “Art. 118. Si la acción entablada fuere real y el valor de la cosa no apareciere determinado del modo que se indica en el artículo 116, se estará a la apreciación que las partes hicieren de común acuerdo. Por el simple hecho de haber comparecido ante el juez para cualquiera diligencia o trámite del juicio todas las partes juntas o cada una de ellas separadamente, sin que ninguna haya entablado reclamo por incompetencia nacida del valor de la cosa disputada, se presume de derecho el acuerdo de que habla el inciso anterior y se establece la competencia del juez para seguir conociendo del litigio que ante él se hubiere entablado”.

considere convenientes, para precisar la cuantía¹²⁴⁴. Luego se establecen una serie de reglas especiales en casos de acumulación de acciones¹²⁴⁵ y para ciertas materias específicas¹²⁴⁶.

Como norma de cierre del sistema se establece que las materias que no sean susceptibles de apreciación pecuniaria se reputarán como de mayor cuantía, como por ejemplo, 1º) Las cuestiones relativas al estado civil de las personas; 2º) Las relacionadas con la separación judicial o de bienes entre marido y mujer, o con la crianza y cuidado de los hijos; 3º) Las que versen sobre validez o nulidad de disposiciones testamentarias, sobre petición de herencia, o sobre apertura y protocolización de un testamento y demás relacionadas con la apertura de la sucesión; y 4º) Las relativas al

¹²⁴⁴ “Art. 119. Si el valor de la cosa demandada por acción real no fuere determinado del modo que se indica en el artículo anterior, el juez ante quien se hubiere entablado la demanda nombrará un perito para que avalúe la cosa, y se reputará por verdadero valor de ella, para el efecto de determinar la cuantía del juicio, el que dicho perito le fijare”.

“Art. 120. Cualquiera de las partes puede, en los casos en que el valor de la cosa disputada no aparezca esclarecido por los medios indicados en este Código, hacer las gestiones convenientes para que dicho valor sea fijado antes de que se pronuncie la sentencia. Puede también el tribunal dictar de oficio las medidas y órdenes convenientes para el mismo efecto”.

¹²⁴⁵ “Art. 121. Si en una misma demanda se entablaren a la vez varias acciones, en los casos en que puede esto hacerse conforme a lo prevenido en el Código de Procedimiento, se determinará la cuantía del juicio por el monto a que ascendieren todas las acciones entabladas”.

“Art. 122. Si fueren muchos los demandados en un mismo juicio, el valor total de la cosa o cantidad debida determinará la cuantía de la materia, aun cuando por no ser solidaria la obligación no pueda cada uno de los demandados ser compelido al pago total de la cosa o cantidad, sino tan sólo al de la parte que le correspondiere”.

“Art. 124. Si el demandado al contestar la demanda entablare reconvencción contra el demandante, la cuantía de la materia se determinará por el monto a que ascendieren la acción principal y la reconvencción reunidas; pero para estimar la competencia se considerará el monto de los valores reclamados por vía de reconvencción separadamente de los que son materia de la demanda. No podrá deducirse reconvencción sino cuando el tribunal tenga competencia para conocer de ella, estimada como demanda, o cuando sea admisible la prórroga de jurisdicción. Podrá también deducirse aún cuando por su cuantía la reconvencción debiera ventilarse ante un juez inferior”.

¹²⁴⁶ “Art. 125. El valor de lo disputado se determinará en los juicios de desahucio o de restitución de la cosa arrendada por el monto de la renta o del salario convenido para cada período de pago; y en los de reconvencciones, por el monto de las rentas insolutas”.

“Art. 126. Si lo que se demanda fuere el resto insoluto de una cantidad mayor que hubiere sido antes pagada en parte, se atenderá, para determinar la cuantía de la materia, únicamente al valor del resto insoluto”.

“Art. 127. Si se trata del derecho a pensiones futuras que no abracen un tiempo determinado, se fijará la cuantía de la materia por la suma a que ascendieren dichas pensiones en un año. Si tienen tiempo determinado, se atenderá al monto de todas ellas. Pero si se tratare del cobro de una cantidad procedente de pensiones periódicas ya devengadas, la determinación se hará por el monto a que todas ellas ascendieren”.

nombramiento de tutores y curadores, a la administración de estos funcionarios, a su responsabilidad, a sus excusas y a su remoción (art. 130). Además, se establecen ciertas materias que en todo caso serán consideradas como de mayor cuantía: 1º) El derecho al goce de los créditos de un capital acensuado; y 2º) Todas las cuestiones relativas a procedimientos concursales de reorganización o de liquidación entre el deudor y los acreedores (art. 131 COT).

Luego, el COT establece que cuando la cuantía ya determinada sufriera alguna modificación durante el transcurso del juicio, esta variación de valor no afectará a determinación de la competencia (entiéndase del procedimiento) ya realizada (arts. 128 y 129 COT)¹²⁴⁷.

Por último, la aplicación correcta de estos criterios y, en definitiva, la adecuación del procedimiento, pueden ser controladas por el juez a petición de parte o de oficio. Las partes pueden reclamar por medio de la excepción dilatoria o procesal de inadecuación del procedimiento de acuerdo al numeral 6 del art. 303 del CPC. Además, entendemos que el juez también puede controlar de oficio la adecuación del procedimiento por medio de las facultades correctoras de oficio del art. 84 inc. final del CPC.

E. La sustitución del procedimiento

Dentro de la regulación del procedimiento sumario, el CPC regula la figura de la sustitución del procedimiento¹²⁴⁸. Esta figura resulta especialmente relevante e interesante en relación con el procedimiento aplicable pues nos permitirá cambiar entre el procedimiento sumario y los procedimientos ordinarios, o viceversa. Al permitir esta posibilidad de cambio entre un procedimiento y otro, este mecanismo confiere flexibilidad al proceso.

¹²⁴⁷ “Art. 128. Si el valor de la cosa disputada se aumentare o disminuyere durante la instancia, no sufrirá alteración alguna la determinación que antes se hubiere hecho con arreglo a la ley”.

“Art. 129. Tampoco sufrirá la determinación alteración alguna en razón de lo que se deba por intereses o frutos devengados después de la fecha de la demanda, ni de lo que se deba por costas o daños causados durante el juicio. Pero los intereses, frutos o daños debidos antes de la demanda se agregarán al capital demandado, y se tomarán en cuenta para determinar la cuantía de la materia”.

¹²⁴⁸ ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, pp. 173 y ss.; BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, pp. 430 – 432; ROJAS AGUIRRE; VENEGAS LAGOS, *El proceso sumario de cognición (Juicio Sumario)*, 1963, pp. 157 y 158; SALAS VIVALDI, “Situaciones de interés en el procedimiento sumario”, *Revista de Derecho*, 1994, pp. 141 – 151.

En términos simples la substitución del procedimiento es un mecanismo procesal que permite al tribunal decretar, a petición de parte, que un procedimiento que se haya iniciado de acuerdo a las reglas del juicio ordinario o sumario pueda cambiar sus reglas de tramitación para seguir tramitándose de acuerdo a las normas de un juicio sumario u ordinario respectivamente. De acuerdo al art. 681 del CPC se pueden dar dos situaciones:

(1) cuando un juicio se haya iniciado de acuerdo a las reglas del procedimiento sumario, podrá decretarse su continuación conforme a las reglas del procedimiento ordinario (de mayor, menor o mínima cuantía) si existen motivos fundados para ello. Este cambio sólo procede cuando se haya utilizado el juicio sumario por aplicación del criterio general, esto es, en defecto de otra regla especial, cuando la acción deducida requiera, por su naturaleza, una tramitación rápida para ser eficaz (art. 681 inc. 1 CPC). Por el contrario, no procede cuando se ha iniciado el juicio de acuerdo a las normas del procedimiento sumario, por aplicación del criterio especial, esto es, cuando la ley expresamente establezca que un determinado asunto debe conocerse en este procedimiento.

El artículo utiliza como supuesto para habilitar el cambio de procedimiento la existencia de “motivos fundados”. Como se puede apreciar no se trata de hipótesis específicas tipificadas en la ley. Se trata de un concepto jurídico indeterminado de carácter valorativo. Atendido a esta característica se trata de una norma especialmente amplia y flexible¹²⁴⁹. En términos generales podemos sostener que existen “motivos fundados” cuando durante la tramitación del juicio sumario se aprecia que la necesidad de una tramitación rápida era solo aparente¹²⁵⁰, y que por el contrario, el asunto requiere una discusión de lato conocimiento.

(2) cuando un juicio se haya iniciado de acuerdo a las reglas del procedimiento ordinario (de mayor, menor o mínima cuantía), podrá decretarse su continuación conforme a las reglas del procedimiento sumario si aparece la necesidad de aplicarlo (art. 681 inc. 2). Al igual que en el caso anterior, este cambio solo procede cuando se requiera la utilización del

¹²⁴⁹ Refiriéndose a la amplitud de esta expresión, ROJAS AGUIRRE; VENEGAS LAGOS, *El proceso sumario de cognición (Juicio Sumario)*, 1963, p. 158.

¹²⁵⁰ CASARINO VITERBO, *Manual de Derecho Procesal. Tomo V. Derecho procesal civil*. 2007, pp. 37 y 38.

juicio sumario por aplicación del criterio general, esto es, cuando la acción deducida requiera, por su naturaleza, una tramitación rápida para ser eficaz.

Por el contrario, si la parte estima que debe aplicarse el juicio sumario por aplicación del criterio especial, porque la ley señala expresamente que ese asunto debe tramitarse de acuerdo al juicio sumario, en este caso no estamos frente a una hipótesis de sustitución del procedimiento. En este caso lo que corresponde es que la parte alega la falta del presupuesto procesal de adecuación del procedimiento establecido en la ley, ya sea por medio de la excepción dilatoria de inadecuación del procedimiento de acuerdo al art. 303 N° 6 del CPC, o bien, si la oportunidad de las excepciones dilatorias ya pasó, por medio de un incidente de nulidad de acuerdo al art. 83 CPC.

En este caso, la norma permite el cambio de procedimiento “si aparece la necesidad de aplicarlo”. Al igual que en el caso anterior, no se describen casos específicos sino que se establece una norma general relativamente amplia¹²⁵¹ y flexible. En la medida que en este caso se busca dejar la tramitación del juicio ordinario y utilizar la regulación del juicio sumario, entendemos que esta “necesidad de aplicarlo” consiste en que el asunto, por su naturaleza, requiere de una tramitación rápida para ser eficaz.

F. Comentarios: Algunos atisbos de flexibilidad

A partir de la lectura del sistema de distribución procedimental chileno descrito en los apartados anteriores, es posible apreciar que, en principio y como punto de partida, el CPC chileno establece un sistema con la misma lógica que el sistema de la LEC española. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en España, en el CPC chileno se aprecian algunos atisbos de flexibilidad.

(1) La lógica de la regulación del CPC chileno es que la distribución de asuntos entre distintos procedimientos es una decisión legal que se adopta en forma abstracta y con anterioridad al surgimiento del conflicto específico. Es una decisión que, por regla generalísima, le corresponde al legislador y no al juez ni a las partes. Esta decisión se funda en criterios legales de aplicación: los criterios de la materia y la cuantía. Estos criterios son

¹²⁵¹ Refiriéndose a la amplitud de esta expresión, ROJAS AGUIRRE; VENEGAS LAGOS, *El proceso sumario de cognición (Juicio Sumario)*, 1963, p. 158.

bastante conocidos en la tradición procesal, aunque incorpora un criterio adicional interesante consistente en la urgencia de la tutela judicial. En la labor de determinación del procedimiento aplicable colaboran además, las normas del COT sobre fijación de la cuantía. De este modo, nos aseguramos que la elección del procedimiento a utilizar sea “legalmente correcta” y garantizamos el cumplimiento del presupuesto procesal del procedimiento adecuado. Aunque la ley no regula expresamente la forma de controlar un incumplimiento de estas normas legales, se entiende pacíficamente que un error en el procedimiento se puede alegar por medio de una excepción dilatoria o procesal, la excepción de inadecuación del procedimiento, invocando el art. 303 N° 6 del CPC¹²⁵².

En relación con la cuantía como criterio de aplicación, a diferencia de la LEC española, del Mensaje Presidencial no queda claro que con la utilización de este criterio se buscó considerar la complejidad del asunto para determinar el procedimiento aplicable. Sin embargo, esta conclusión se puede desprender del mismo sistema del CPC. Pues a medida que disminuye la cuantía del juicio los procedimientos ordinarios se vuelven breves, orales y concentrados. Además se van eliminando algunas exigencias formales. Si esta conclusión es correcta. Si la utilización de la cuantía busca considerar la complejidad del asunto para determinar el procedimiento aplicable, valen las mismas críticas que se expusieron a propósito de la LEC española. La cuantía como criterio de aplicación, aunque en alguna medida es ineludible, es inadecuada. Pues es un mal predictor de la complejidad del asunto¹²⁵³. Como mencionamos anteriormente, si lo que se quiere es considerar realmente la complejidad del asunto, la determinación del procedimiento debe realizarse *a posteriori* por el juez, una vez que los términos del conflicto ya han sido fijados.

(2) Sin embargo, a diferencia de la LEC española, el CPC chileno muestra algunos atisbos de flexibilidad. Contempla algunos mecanismos legales que permiten conferir algún grado de flexibilidad en lo relativo a la determinación del procedimiento aplicable.

¹²⁵² BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, p. 176; CARRASCO POBLETE, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 2012, pp. 475 y 510.

¹²⁵³ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, 2015, p. 127. En un sentido similar, muchos años antes, véase FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; su causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, 1953, p. 57.

En relación con el criterio de la materia, el art. 697 del CPC permite al acreedor elegir a su arbitrio el procedimiento a aplicar para reclamar la estimación y pago de honorarios por servicios profesionales prestados en juicio. De acuerdo a esta norma, el acreedor puede elegir entre seguir las reglas del procedimiento sumario, o bien, seguir las normas de tramitación de los incidentes en el mismo procedimiento en que se generaron esos honorarios, si interpone su reclamación ante el tribunal que haya conocido en la primera instancia del juicio. Como se puede apreciar, se confiere algún grado de flexibilidad por medio de la utilización de una norma alternativa que le da al acreedor la posibilidad de elegir el procedimiento a utilizar. De esta manera, el acreedor podrá elegir el procedimiento que mejor se adapte a sus circunstancias concretas.

A propósito de la materia como criterio de aplicación del juicio sumario, el art. 680 N° 1 del CPC contempla una norma de distribución procedimental que también confiere algún margen de flexibilidad. Esta norma establece que el procedimiento sumario deberá aplicarse: “A los casos en que la ley ordene proceder sumariamente, o breve y sumariamente, o en otra forma análoga”. Se trata nuevamente de una norma alternativa, que a la hora de señalar los casos en que se aplica el procedimiento sumario, contempla varias alternativas posibles.

Además, es especialmente relevante mencionar el criterio de la urgencia de la tutela judicial regulado a propósito del juicio sumario. Se trata del criterio de aplicación general del art. 680 Inc. 1 del CPC. De acuerdo a esta norma, el procedimiento sumario se aplicará en defecto de otra norma especial, a los casos en que la acción requiera, por su naturaleza, una tramitación rápida para ser eficaz. En este caso, el supuesto de hecho consistente en que “la acción requiera de una tramitación rápida para ser eficaz” es claramente vago. Se trata de una hipótesis de vaguedad combinatoria en la nomenclatura de Lifante¹²⁵⁴. Pues la propiedad a que hace referencia, la rapidez, es relativa. Se presenta en forma continua de manera que no existe claridad sobre el punto donde comienza y/o termina el atributo. Como explicamos en el capítulo anterior, esta propiedad del lenguaje en que se expresan las normas jurídicas procesales confiere a la norma procesal algún grado de flexibilidad, y con ello confiere además, flexibilidad al procedimiento. Además, esta vaguedad produce como

¹²⁵⁴ LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, 1999, pp. 203 - 209.

consecuencia que en definitiva la decisión final le corresponda, en este punto, al juez.

Sin embargo, claramente el mecanismo flexibilizador más relevante es la sustitución del procedimiento. Se trata de un instituto interesante pues permite cambiar las reglas de tramitación que se están utilizando durante el desarrollo del proceso. Esta modificación se puede producir, porque durante la tramitación del juicio surgió algún hecho nuevo, no existente al momento de determinar el procedimiento, que exige su modificación¹²⁵⁵. O bien, porque sin que surja un nuevo hecho, durante la tramitación del juicio las partes consideran que por alguna razón es más conveniente¹²⁵⁶ utilizar otro procedimiento. Esta posibilidad de modificar el procedimiento permite a las partes y al juez utilizar el procedimiento que mejor se adapta a las características y circunstancias del conflicto objeto de la controversia.

Ahora bien, el potencial flexibilizador del instituto de la sustitución del procedimiento no solo deriva de esta posibilidad que se confiere para modificar el procedimiento. Este mecanismo también incorpora como elementos flexibilizadores normas de contenido especialmente amplio¹²⁵⁷. Para cambiar un procedimiento sumario por un procedimiento ordinario, el supuesto legal es que existan “motivos fundados para ello”. En este caso, el presupuesto necesario se establece bajo la forma de un concepto jurídico indeterminado de carácter valorativo que, como vimos en el capítulo anterior de esta investigación, es una forma típica de las normas jurídicas de contenido flexible. Por su parte, para pasar de un procedimiento ordinario a uno sumario, la ley exige que exista “necesidad de aplicarlo”. En este caso, el supuesto se expresa mediante una expresión relativamente vaga, pues no existe absoluta claridad de sus límites. Se trata fundamentalmente de una hipótesis de vaguedad graduable¹²⁵⁸.

¹²⁵⁵ Haciendo excepción a la regla general según la cual, cualquier alteración de las circunstancias existentes al momento de la determinación del procedimiento no afectarán la elección ya efectuada. Regla general que puede reconstruirse a partir del art. 128 del COT.

¹²⁵⁶ Refiriéndose a la idea de “manifiesta conveniencia”, BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, p. 430.

¹²⁵⁷ Refiriéndose a la amplitud de esta expresión, ROJAS AGUIRRE; VENEGAS LAGOS, *El proceso sumario de cognición (Juicio Sumario)*, 1963, p. 158.

¹²⁵⁸ LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, 1999, pp. 203 - 209.

Pero a su vez, estas expresiones presentan una vaguedad futura o potencial, ambas presentan una “textura abierta”. Al preferir expresiones como éstas, y no un catálogo cerrado de hipótesis, el CPC permite que ellas se puedan utilizar para cubrir diversas situaciones, tal vez no previstos al dictarse la norma. Se trata de normas que pueden adaptarse a diversos casos futuros. Los supuestos de hecho de la substitución del procedimiento pueden adecuarse a diversas e innumerables circunstancias futuras posibles. Es así como en este caso, la textura abierta de estas expresiones aumenta el potencial flexibilizador de la substitución del procedimiento.

Por último, la substitución del procedimiento es una decisión que le corresponderá decidir al juez de la causa, de modo que es una manifestación de potestades del juez para determinar o modificar el procedimiento.

Es así como la substitución del procedimiento es un instituto interesante desde el punto de vista de la flexibilidad, no solo por la posibilidad que entrega de modificar el procedimiento. Sino además, porque es un dispositivo que combina diversos mecanismos de flexibilización: normas alternativas, conceptos jurídicos indeterminados, textura abierta del lenguaje y potestades del juez para determinar o modificar el procedimiento.

Para finalizar estos comentarios conclusivos es necesario comentar y cuestionarnos al menos la opinión de Alejandro Romero sobre la posibilidad de que el demandante pueda renunciar a la utilización del juicio sumario (o cualquier procedimiento especial) y optar por la tramitación común del juicio ordinario de mayor cuantía¹²⁵⁹. La pregunta es legítima pues esta posibilidad no está regulada expresamente en la ley. Sobre el punto, Alejandro Romero estima que sí es posible. En sus palabras: “Claramente no puede estimarse que exista un perjuicio procesal si se opta por un procedimiento que concede un mayor número derechos procesales en las etapas de discusión y prueba, como acontece al comparar el juicio ordinario de mayor cuantía con el sumario”¹²⁶⁰.

¹²⁵⁹ ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, p. 168. Rojas y Venegas también consideran renunciabile la utilización del juicio sumario, aunque no así la utilización de los demás procedimientos sumarios. Cfr. ROJAS AGUIRRE; VENEGAS LAGOS, *El proceso sumario de cognición (Juicio Sumario)*, 1963, pp. 38 y 39.

¹²⁶⁰ ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, p. 168.

Si la opinión de Alejandro Romero es la correcta lo cierto es que produce un cambio radical en la lógica de la regulación del procedimiento aplicable. Pues la decisión dejaría de corresponderle por regla generalísima al legislador y pasaría, en un número relevante de situaciones, a corresponderle a la parte demandante. Pero además, en relación con la flexibilidad del procedimiento, esta simple posibilidad constituye un importante mecanismo flexibilizador, pues implicaría que tratándose de cada procedimiento el demandante tiene la posibilidad de elegir el procedimiento (especial u ordinario de mayor cuantía) que mejor se adapta a las características del caso concreto.

Por nuestra parte estimamos que, no obstante lo conveniente que podría ser un sistema como el que se desprende de la opinión de Romero, ella no se corresponde con la regulación, la lógica y el sistema del nuestro CPC. Los atisbos de flexibilidad que hemos comentados no son más que eso, situaciones excepcionales, muy relevantes, pero que se han establecidos para casos específicos, y que demuestran que la regla general es otra. No es más que otro caso en el cual la interpretación ideal choca de frente con la realidad normativa.

3. Proyecto de Código Procesal Civil Chileno de 2012: Un pequeño paso hacia la flexibilidad procesal

3.1 Procedimientos declarativos: Procedimientos ordinarios y procedimientos especiales

En este análisis comparativo de la mayor o menor flexibilidad de las normas y criterios que determinan el procedimiento aplicable, resulta necesario y muy interesante referirse al Proyecto de Código Procesal Civil del año 2012 (en adelante Proyecto o PCPC) que actualmente se encuentra en discusión en Chile¹²⁶¹. Este proyecto constituye la etapa final y más importante del proceso de reformas procesales iniciadas en Chile hacia finales del siglo pasado y que comenzó con la reforma al proceso penal en el año 2000¹²⁶².

¹²⁶¹ Disponible en: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf> (Última visita 03 de julio de 2018).

¹²⁶² Sobre el proceso de reformas procesales en Chile véase, MENESES PACHECO, "La reforma procesal civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional", en CARRASCO POBLETE (ed.), *La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, 2009, pp. 17 – 32; NÚÑEZ OJEDA, "Crónica sobre la

Este Proyecto de nuevo Código en materia procesal, al igual que las reformas anteriores, surge de la toma de conciencia de la obsolescencia y desfase de nuestros procedimientos civiles, de los problemas de retraso y, en definitiva, de la percepción de que en Chile, al igual que en prácticamente los demás países del mundo, la justicia civil se encuentra en crisis. De esta manera se produce un consenso generalizado sobre la necesidad de reformar completamente nuestro viejo Código de Procedimiento Civil¹²⁶³.

El Proyecto establece dos procedimientos declarativos ordinarios, el juicio ordinario y el procedimiento sumario. Además, establece algunos procedimientos o tramitaciones especiales respecto de ciertos asuntos.

El juicio ordinario constituye un procedimiento civil contencioso declarativo, predominantemente oral, de estructura bifásica, de primera instancia y de aplicación general y supletoria. Este juicio se encuentra regulado en el Libro II del PCPC sobre los procesos declarativos y es el procedimiento modelo. Al igual que el actual juicio ordinario, también es un procedimiento de aplicación residual pues se aplica a falta de una norma especial y, además, es de aplicación supletoria pues sus normas son aplicables en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no están sometidas a una regla especial diversa (art. 14 PCPC).

Este juicio ordinario adopta una estructura bifásica siguiendo la tradición y experiencia comparada que puede rastrearse incluso hasta la *Zivilprozessordnung* austríaca de Franz Klein de 1898 y que también es seguida en la LEC española del año 2000. En términos muy simples se trata de un procedimiento compuesto por una etapa preparatoria la cual se compone de una fase postulatoria escrita y una audiencia preparatoria o preliminar, y luego una segunda etapa compuesta por la audiencia de juicio destinada a la presentación de las pruebas, los alegatos finales y la dictación de la sentencia (arts. 252 a 351 PCPC).

reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia, principios)", en DE LA OLIVA SANTOS; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, 2007, pp. 677 - 695.

¹²⁶³ Sobre diferentes aspectos de la reforma procesal civil en Chile, véanse los trabajos reunidos en SILVA; GARCÍA; LETURIA, *Justicia civil y comercial: Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, 2006; CARRASCO POBLETE (ed.), *La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, 2009; DE LA OLIVA SANTOS; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, 2007; LETURIA I. (ed.), *Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?*, 2011; AGUIRREZABAL G. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, 2012; Véase también, *Revista de Derecho Procesal. Proyecto de Código Procesal Civil*, N° 22, Santiago, Año 2012, *passim*.

Por su parte, el juicio sumario es un procedimiento civil, contencioso declarativo, predominantemente oral, concentrado, de primera instancia, que se aplica a ciertos asuntos señalados expresamente en la ley, o por voluntad de las partes y, en general, a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, una tramitación concentrada para que sea eficaz (art. 352 PCPC). A diferencia del caso anterior, este procedimiento contempla una única audiencia llamada audiencia sumaria, en la cual se reúnen las actividades y funciones de la audiencia preparatoria y de juicio (art. 357 PCPC). Esta audiencia sumaria es precedida por una etapa escrita destinada a que las partes intercambien sus escritos de postulación (arts. 353 a 356). De esta manera, tiene una estructura similar al juicio verbal contemplado en la nueva LEC española del año 2000. Sin embargo, es necesario advertir que, pese a su denominación, no constituye propiamente uno de aquellos procedimientos que teóricamente se califican de sumarios. Pues no hay limitaciones a los medios de defensa de las partes y por ello produce cosa juzgada material.

Ambos procedimientos se encuentran regulados en el Libro II del PCPC, denominado “Procesos declarativos”, aunque como explicaremos en los siguientes apartados, en ciertos casos juicio sumario se comporta también como procedimiento especial.

Luego, el PCPC en el Libro V “De los procedimientos especiales”, regula una serie de procedimientos o tramitaciones especiales respecto de ciertos asuntos, tales como, el procedimiento monitorio (arts. 539 y ss.); el juicio sobre cuentas (arts. 551 y ss.); la citación a evicción (arts. 556 y ss.); el procedimiento para ejercer la acción de desposeimiento (arts. 559 y ss.); y los interdictos (arts. 562 y ss.).

Al igual como ocurrió con la LEC española, tras esta nueva regulación procesal civil existe la voluntad deliberada de disminuir el número de procedimientos y simplificar el sistema de distribución procedimental¹²⁶⁴. Como se desprende del Mensaje Presidencial que acompaña el Proyecto de Código Procesal Civil:

¹²⁶⁴ “Entre otras críticas que dan cuenta de su obsolescencia (del actual CPC), el actual modelo civil de respuesta jurisdiccional, se caracteriza por la existencia de procedimientos innecesariamente múltiples, excesivamente formalistas, escriturados y mediatizados...”. Cfr. Mensaje Presidencial que acompaña al Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, apartado III, párrafo tercero, p. 13. Disponible en: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf> (Última visita 03 de julio de 2018).

“El nuevo Código simplifica la forma de resolver los conflictos civiles y comerciales en sede judicial, a la vez que vela por el adecuado comportamiento de los litigantes durante el proceso, sancionando eficazmente la mala fe y las conductas dilatorias.

Con dicha finalidad se unifican los procedimientos declarativos en sólo dos de naturaleza declarativa general: ordinario y sumario, introduciéndose la especialidad en determinados procesos sólo cuando, por la naturaleza del conflicto, ha parecido estrictamente necesario.

De esta forma, siguiendo las modernas tendencias del derecho comparado, se evita la dispersión y proliferación de procedimientos, reduciéndose sustantivamente, los más de quince procedimientos especiales actualmente regulados en el Código de Procedimiento Civil, dejándose para leyes especiales la regulación de materias como el arbitraje, ya adelantado, la partición de bienes, el arrendamiento y la regulación de los asuntos judiciales no contenciosos cuyo conocimiento aún es de competencia de los tribunales ordinarios”¹²⁶⁵.

3.2 Normas y criterios de aplicación de los procedimientos ordinarios y especiales

El Proyecto de Código de Procesal civil utiliza cuatro criterios para determinar el procedimiento aplicable. Utiliza los ya conocidos criterios de la materia y la cuantía. Mantiene el criterio de la urgencia de la tutela judicial respecto del juicio sumario. Pero además incorpora como nuevo criterio para la aplicación de este último procedimiento, la voluntad de las partes.

En este caso, la prelación de los diferentes criterios sufre una alteración relevante. Como se explicará en los apartados siguientes, el PCPC da preeminencia a la voluntad de las partes como criterio de aplicación. Por lo tanto, el acuerdo de los litigantes excluye a los demás criterios de aplicación. A continuación, se aplica el criterio de la materia. Luego, y a falta de otra regla especial, se aplica el criterio de la urgencia en la tutela judicial. Por último, el criterio residual es el criterio de la cuantía (art. 352 PCPC).

Aunque los antecedentes a disposición no son muchos, parece ser que en este código se pretende mantener la misma filosofía de la distribución procedimental actual. La idea que el procedimiento es fijado por la ley en forma abstracta y previa al surgimiento del conflicto, sin entregar al juez potestades para hacer esta determinación. De hecho, el art. 12 del PCPC establece la indisponibilidad de las normas procesales: “No se puede renunciar a la aplicación de las normas procesales, salvo en los casos

¹²⁶⁵ Mensaje Presidencial que acompaña al Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, apartado IV, sección 3, p. 20.

expresamente autorizados por la ley”. Sin embargo, a propósito del procedimiento sumario establece algún grado de atenuación de esta regla al conferir a las partes la posibilidad de acordar la aplicación de este procedimiento.

A. La voluntad de las partes

El primer criterio de distribución procedimental es la voluntad de las partes. Este criterio está establecido a propósito del procedimiento sumario. De acuerdo al art. 352 del PCPC el procedimiento sumario se aplicará cada vez que las partes convengan en ello. Es decir, el PCPC da valor y primacía al acuerdo de las partes en la aplicación de este procedimiento. Podrá tratarse de un asunto que de acuerdo a la ley deba tramitarse por un procedimiento especial, o bien, de acuerdo al juicio ordinario. Sin embargo, el acuerdo de las partes tiene, para estos efectos, la fuerza para imponerse a los criterios legales de aplicación procedimental.

Además, el proyecto establece que este acuerdo también puede ser tácito, si el demandado no se opone a la aplicación del juicio sumario en su primera presentación. En este sentido el juez solo puede declarar la improcedencia del procedimiento sumario cuando el demandado lo haya alegado como excepción previa (art. 352 inc. 2 PCPC).

B. Materia como criterio especial

En el Libro IV del PCPC, relativo a los procedimientos especiales, se atribuyen expresamente asuntos o pretensiones a ciertos procedimientos especiales. Esta es la situación, para el procedimiento monitorio (arts. 539); el juicio sobre cuentas (arts. 551); la citación a evicción (arts. 556); el procedimiento para ejercer la acción de desposeimiento (arts. 559); y los interdictos (arts. 562).

Además, al igual que ocurre actualmente, se establecen ciertos asuntos que expresamente deben tramitarse de acuerdo a las normas del juicio sumario (art. 352 inc. 3). Son prácticamente los mismos asuntos que actualmente contempla en Código de Procedimiento Civil actual:

1. A los casos en que la ley ordene proceder sumariamente, o breve y sumariamente, o en otra forma análoga; 2. A las cuestiones que se susciten sobre constitución, ejercicio, modificación o extinción de servidumbres naturales o legales y sobre las prestaciones a que ellas den lugar; 3. A las cuestiones que se

susciten sobre declaración de interdicción; 4. A los juicios sobre cobro de honorarios. Los honorarios por servicios prestados en juicio o derivados de actuaciones reguladas en este Código, podrán determinarse y cobrarse con arreglo al procedimiento regulado en este título o bien por reclamación ante el tribunal que haya conocido en único o primer grado jurisdiccional del juicio. En este último caso, la petición será substanciada y resuelta en la forma prescrita para los incidentes fuera de audiencia; 5. A los juicios sobre remoción de guardadores y a los que se susciten entre los representantes legales y sus representados; 6. A los juicios sobre depósito necesario, comodato precario y precario;

7. A los juicios en que se deduzcan acciones ordinarias a que se hayan convertido las ejecutivas, a virtud de lo dispuesto en el artículo 2515 del Código Civil; 8. A los juicios en que se ejercita el derecho que concede el Art. 65 del Código de Aguas para hacer cegar un pozo; y 9. A los juicios cuya cuantía no supere las quinientas Unidades Tributarias Mensuales. 10. A los juicios en que se deduzcan las acciones civiles derivadas de un delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Procesal Penal y siempre que exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada.

En relación con este artículo es necesario hacer a lo menos tres observaciones relevantes: (1) Se debe advertir que, a pesar que el juicio sumario está regulado como un procedimiento declarativo ordinario en el Libro II del PCPC, la ley señala expresamente su aplicación a ciertos asuntos. Es decir, este procedimiento se comporta en algunos casos como un procedimiento ordinario de aplicación general, y en otros casos, como un procedimiento de aplicación especial. (2) En segundo lugar, dentro de esta enumeración de asuntos destaca el numeral nueve que hace referencia a los asuntos cuya cuantía no supere la quinientas unidades tributarias mensuales (500 UTM). Sin embargo, a pesar de regularse en este artículo, la cuantía sigue constituyendo el criterio de aplicación residual. (3) Por último, a propósito del cobro de honorarios por servicios prestados en juicios o derivados de actuaciones reguladas en el Código, se mantiene la facultad actualmente existente para el acreedor para elegir entre el procedimiento sumario, o bien, el procedimiento establecido para los incidentes (en este caso, para los incidentes promovidos fuera de audiencia).

C. Urgencia de la tutela judicial

El PCPC mantiene el criterio de la urgencia de la tutela judicial como criterio de aplicación del juicio sumario, en términos prácticamente idénticos al Código actual. De acuerdo al art. 352 inc. 1 del PCPC, este procedimiento se aplica “en defecto de otra regla especial, a los casos en que la acción

deducida requiera, por su naturaleza, tramitación concentrada para que sea eficaz”.

D. Cuantía como criterio residual

Por último, cuando no puedan aplicarse los demás criterios de distribución procedimental, se debe aplicar la cuantía como criterio residual. Si respecto de algún conflicto las partes no han acordado la aplicación del juicio sumario, si ese asunto no tiene señalada en la ley una tramitación especial, ni se trata de una acción, que por su naturaleza, requiera de una tramitación concentrada para ser eficaz, el procedimiento deberá determinarse de acuerdo al criterio de la cuantía. A partir de este criterio residual podremos concluir que el procedimiento aplicable será el juicio ordinario o bien el procedimiento sumario.

De acuerdo a este último criterio, el procedimiento sumario se aplica a los juicios cuya cuantía no supere las quinientas unidades tributarias mensuales (500 UTM) y siempre que no tengan señalada en la ley una tramitación especial. Por su parte, el juicio ordinario se aplicará a aquellos juicios cuya cuantía exceda de quinientas unidades tributarias mensuales (500 UTM), siempre que no tengan señalada en la ley una tramitación especial, y que las partes no hayan acordado la aplicación del juicio sumario (art. 352 PCPC).

E. Comentarios: Un pequeño paso hacia la flexibilidad procesal

De esta breve descripción del sistema de distribución procedimental establecido en el Proyecto de Código Procesal Civil de Chile del Año 2012 es posible formular algunos comentarios relativos a la flexibilidad:

(1) Aunque no hay muchos antecedentes más que las normas del Proyecto y el Mensaje Presidencial que lo acompaña, parece ser que en esta nueva regulación se mantiene la lógica existente según la cual el procedimiento aplicable le corresponde determinarlo a la ley en forma abstracta y previa al surgimiento del conflicto, sin entregar al juez potestades en esta materia.

(2) El Proyecto, sin embargo, mantiene los atisbos de flexibilidad que contempla el actual Código de Procedimiento Civil. Mantiene la facultad del acreedor de optar entre el procedimiento sumario o la tramitación de los incidentes respecto del cobro de honorarios generados en la tramitación de

un juicio. Mantiene la urgencia de la tutela judicial como criterio de aplicación del juicio sumario. Y por último, también respecto del juicio sumario, establece su aplicación a aquellos casos en que la ley ordene proceder sumariamente, o breve y sumariamente u en otra forma análoga. A estos aspectos y su aptitud para conferir flexibilidad al procedimiento nos referimos en el apartado anterior referido al Código actual, por lo que nos remitimos a lo afirmado en ese lugar.

(3) Lamentablemente el Proyecto elimina la figura de la sustitución del procedimiento, que constituye el principal mecanismo flexibilizador del actual Código. Como mencionamos anteriormente, este mecanismo es especialmente relevante pues permite cambiar de un procedimiento sumario a uno ordinario o viceversa durante la tramitación del juicio, cuando las circunstancias existentes al momento de la determinación del procedimiento cambien, o bien, cuando por alguna razón se considere conveniente su modificación.

(4) En esta nueva regulación del Proyecto de Código Procesal Civil destaca especialmente la voluntad de las partes como criterio predominante para la aplicación del procedimiento sumario. La incorporación de este criterio de aplicación constituye la modificación más relevante para conferir mayores grados de flexibilidad en la regulación del procedimiento aplicable. Pues permite que las partes, atendiendo a las características del caso concreto, puedan concluir que es más conveniente aplicar el juicio sumario, cuando por aplicación de los demás criterios, deba aplicarse otro procedimiento.

Tal vez se podría afirmar como hipótesis que es la incorporación de este nuevo criterio lo que llevó a la eliminación del mecanismo de la sustitución del procedimiento. Sin embargo, a pesar de la incorporación de este nuevo criterio, no nos parece adecuada la eliminación. Pues de todas maneras puede ocurrir que durante la tramitación del juicio ocurran hechos que hagan conveniente la modificación procedimental.

Por último, se puede observar que la vieja lógica según la cual la determinación del procedimiento le corresponde previamente a la ley se mantiene firmemente arraigada. Pues este criterio de la voluntad de las partes solo se acepta respecto del procedimiento sumario y no respecto del juicio ordinario o del resto de los procedimientos. Lo interesante hubiese sido que esta modificación no se restringiera solo a un procedimiento sino que se estableciera como regla general. De esta manera el Proyecto no

constituiría solo un paso en dirección a la flexibilidad procesal sino un verdadero cambio.

4. *Civil Procedure Rules* Inglesas: un ejemplo de flexibilidad procesal

4.1 Tres vías procedimentales (*procedural tracks*): *small claim track*, *fast track* y *multi-track*

Como hemos mencionado en varias oportunidades a lo largo de esta investigación, las normas procesales civiles más relevantes en Inglaterra se encuentran contenidas en las *Civil Procedure Rules* de 1999¹²⁶⁶. Sin perjuicio de la existencia de algunas leyes especiales en materia procesal y sin perjuicio de las garantías fundamentales de carácter procesal del ámbito europeo que son aplicables en Inglaterra a partir de la *Human Rights Act* de 1998¹²⁶⁷.

Esta legislación establece tres procedimientos o, utilizando su propia denominación, establece tres *procedural tracks* (vías procedimentales): *small claim track*, *fast track* y *multi-track* (CPR 26.1 (2)).

En una primera aproximación, y utilizando las categorías propia del ámbito europeo continental, se puede afirmar que el *small claim track* es un procedimiento civil contencioso, declarativo, predominantemente oral, de carácter concentrado, limitado¹²⁶⁸, desformalizado¹²⁶⁹ y flexible¹²⁷⁰,

¹²⁶⁶ El texto actualizado de las *Civil Procedure Rules de 1999* se encuentra disponible en: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules> (Última visita 27 de junio de 2018).

¹²⁶⁷ ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 3 – 5; 149 y ss.; *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 31 – 42; 683 y ss.; SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2013, pp. 38 y ss.

¹²⁶⁸ Las CPR establecen limitaciones a una serie de cuestiones procesales, tales como, la exhibición e inspección de documentos o *disclosure* (CPR 27.2 (1) (b) y 31.1 (2)); las medidas provisionales o *interim remedies* (CPR 27.2 (1) (a)); la prueba pericial o *expert evidence* (CPR 27.2 (1) (e) y 27.5); el tiempo para el interrogatorio cruzado de los testigos o *cross-examination* (CPR 27.8 (5)); los costos que se pueden recuperar (CPR 27.1 (1) (b) y 27.14), etc.

¹²⁶⁹ Véanse CPR 27.8 (1) – (4).

¹²⁷⁰ La flexibilidad es una característica de las *Civil Procedure Rules* en general como de los *procedural tracks* en particular. Tratándose del *small claim track*, por ejemplo, el tribunal puede dar instrucciones estándar o especiales (*standard or special directions*) (CPR 27.4 (1) (a) – (c)); el tribunal puede agregar, modificar, revocar estas instrucciones (CPR 27.7); el procedimiento puede contemplar sólo una audiencia final (*final hearing*), puede contemplar una audiencia preliminar y una audiencia final (*preliminary and final hearing*), o bien, el asunto puede ser decidido sin realizar una audiencia (CPR 27.4 (a) – (e), 27.6 y

destinado a aquellas reclamaciones de menor complejidad y valor económico, que se aplica a ciertos casos específicamente señalados en la ley y, en general a aquellas reclamaciones cuya cuantía no exceda de las diez mil libras esterlinas (£10.000)¹²⁷¹.

Por su parte, el *fast track* es un procedimiento civil contencioso, declarativo, de carácter concentrado, limitado¹²⁷² y flexible¹²⁷³, con una etapa preparatoria escrita pero que puede contemplar algunas audiencias orales¹²⁷⁴, y con una audiencia de juicio final de no más de un día de duración¹²⁷⁵, destinado al conocimiento de asuntos de mediana complejidad y valor económico y que se aplica, en general a aquellas reclamaciones cuya cuantía sea mayor a diez mil (£10.000) y no exceda de las veinticinco mil libras esterlinas (£25.000)¹²⁷⁶.

En *Access to Justice Interim Report* Lord Woolf describe los propósitos perseguidos con este tipo de procedimiento señalando que:

“El *fast track* tiene por objeto proporcionar un mejor acceso a la justicia para litigantes que tengan juicios modestos al proporcionar un procedimiento

27.10); el tribunal puede tratar y utilizar la audiencia preliminar como si fuera la audiencia final si todas las partes acuerdan (CPR 27.6 (4)), etc.

¹²⁷¹ CPR 26.6 (1) – (3) y 27. Cfr. ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 633, 641 – 643; SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2013, pp. 302 – 305; SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 188 y 189; LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. IV, Cap. 16. En Chile, GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 373 – 375.

¹²⁷² En este caso, las *Civil Procedure Rules* también establecen algunas limitaciones procedimentales, tales como, la exhibición e inspección de documentos o *disclosure* que se limita al *standard disclosure* (CPR 31.5 (1) (a) – (c)); la audiencia de juicio deberá durar no más de un día (CPR 26.6 (5) (a)); se limita la prueba pericial o *expert evidence* (CPR 26.6 (5) (b)); la audiencia final o de juicio deberá tener lugar en una fecha no posterior a treinta semanas desde el momento en que el asunto fue asignado a este tipo de procedimiento (CPR. 28.2 (4)), etc.

¹²⁷³ Se pueden mencionar varios ejemplos: el juez da instrucciones estándar o especiales (*standar or special directions*) (CPR 28.2 (1), 28.3); fija el calendario que deberá seguirse para las diversas actuaciones procesales (CPR 28.2 (1) y 28.4); puede fijar audiencias de gestión (*management hearings*) para dar instrucciones cuando lo estime necesario (*Practice Directions 28 – The fast track*, 2.3), etc.

¹²⁷⁴ *Practice Directions 28 – The fast track*, 2.3.

¹²⁷⁵ CPR 26.6 (5) (a).

¹²⁷⁶ CPR 26.6 (4). Cfr. ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 633, 643 – 648; SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2013, pp. 306 – 312; SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 188 y 189; LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 7; LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. II, Cap. 2 – 4. En Chile, GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 375 – 377.

estrictamente limitado, diseñado para llevar los casos a juicio dentro de un período de tiempo corto pero razonable y a un costo fijo que los litigantes pueden pagar. Está destinado a ser un procedimiento sin lujos. Asegurará la igualdad de trato entre los litigantes, incluso si son de medios desiguales. Proporcionará poco margen para que una parte adinerada se permita tácticas agresivas diseñadas para desgastar a su oponente. Se diseñará de modo que los costos del procedimiento puedan conocerse con anticipación y la responsabilidad máxima del litigante por las costas, incluso si no resulta vencedor, se pueda anticipar con certeza. En la medida de lo posible, los juicios en el *fast track* deben conocerse en un tribunal local que sea conveniente para las partes”¹²⁷⁷.

Por último, el *multi-track* es un procedimiento civil contencioso, declarativo, de carácter especialmente flexible pues sus etapas, su duración, así como el grado de gestión judicial (*case management*) depende de cada caso particular, que está destinado al conocimiento de asuntos de mayor complejidad y valor económico, y que es de aplicación general tratándose de reclamaciones cuya cuantía exceda de las veinticinco mil libras esterlinas (£25.000)¹²⁷⁸, siempre que no corresponda aplicar las reglas del *small claim track* o el *fast track*¹²⁷⁹. En relación con la naturaleza de este procedimiento Lord Woolf sostiene que:

“Esta vía procedimental está destinada a cubrir la amplia gama de litigación por encima del *fast track*... Abarca un espectro de casos desde los relativamente sencillos hasta casos complejos, de gran importancia, de alto valor financiero o de gran interés público. También incluirá juicios en los que virtualmente no habrá ningún margen para la gestión del caso antes de la audiencia, como un caso que solo involucre la interpretación de un asunto de Derecho. El objetivo del *multi-track* es proporcionar el grado necesario de gestión de casos (*case management*), y eventual juicio oral, por un juez de nivel adecuado. La gestión del caso abarcará

¹²⁷⁷ “*The fast track is intended to provide improved access to justice for litigants with modest cases by providing a strictly limited procedure designed to take cases to trial within a short but reasonable timescale at a fixed cost that litigants can afford. It is intended to be a procedure without frills. It will ensure equality of treatment between litigants even if they are of unequal means. It will provide little scope for a wealthy party to indulge in aggressive tactics designed to wear down his opponent. It will be designed so that the costs of the procedure can be known in advance and the litigant's maximum liability for costs, even if he is unsuccessful, can be anticipated with certainty. So far as possible, cases on the fast track should be heard at a local court which is convenient to the parties*”. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 7.1.

¹²⁷⁸ CPR 26.6 (4). Cfr. ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 633, 648 – 654; SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2013, pp. 313 – 321; SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 188 y 189; LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 8; LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report*, 1996, Secc. II, Cap. 5. En Chile, GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 377 – 379.

¹²⁷⁹ CPR 26.6 (6).

desde instrucciones y un cronograma estándar para casos sencillos hasta una gestión del caso completa y activa por parte del juez desde una etapa muy temprana”¹²⁸⁰.

Al igual que en los casos anteriores, esta nueva organización procedimental de tres *tracks* también constituye un intento de mejora del sistema existente previamente. Con anterioridad a las *Civil Procedure Rules* inglesas existían distintos procedimientos para distintos tipos de tribunales, diversas formas y requisitos para iniciar los procedimientos y diferentes instrucciones prácticas (*Practice Directions*), lo que hacía al sistema especialmente complejo para las partes. Además, los procedimientos se aplicaban sin considerar la cuantía, complejidad o importancia de los diversos conflictos. Todos estos problemas, sumados a los costos excesivos e impredecibles así como al retraso de los juicios, impedían el acceso a la justicia a muchas personas¹²⁸¹.

Con esta nueva regulación se busca que cada conflicto jurídico, desde los más simples a los más complejos, puedan encontrar en las *CPR* el procedimiento que sea más adecuado en atención a sus características específicas. Las “...*CPR* proporcionan procedimientos modelos que deberían ser apropiados para la mayoría de los casos, al tiempo que mantiene suficiente flexibilidad dentro de estos procedimientos para atender la diversidad de importancia y complejidad de las disputas”¹²⁸². De esta manera se pretende que la inversión de medios personales, materiales y temporales no sea más que la indispensable para la correcta y justa decisión de ese caso, pero considerando también la totalidad de los demás conflictos que esperan su turno para ser conocidos por los tribunales¹²⁸³. En este sentido, el sistema de tres *tracks* y su asignación judicial (*allocation*),

¹²⁸⁰ “*This track is intended to cover the broad class of litigation above the fast track... It covers a spectrum of cases from the relatively straightforward to cases which are complex, weighty, of high financial value or of significant public interest. It will also include cases where there will be virtually no scope for management prior to the hearing, such as a case which involves solely the interpretation of a point of law. The aim of the multi-track is to provide the necessary degree of case management, and eventual trial, by an appropriate level of judge. Management will range from standard directions and a standard timetable for straightforward cases to full hands-on management by the trial judge from a very early stage*”. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 8.1.

¹²⁸¹ LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. I, Cap. 3.44; Cap. 4.8.

¹²⁸² “... *CPR* provide template procedures which should be suitable for the majority of cases, while maintaining sufficient flexibility within these procedures to cater for diversity of importance and complexity of disputes”. ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, p. 633.

¹²⁸³ LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 6.5; Secc. IV, Cap. 16.1.

constituyen una concreción normativa para dar cumplimiento al principio de proporcionalidad (individual y colectiva)¹²⁸⁴ y en definitiva para cumplir con el imperativo de eficiencia.

4.2 Normas y criterios de aplicación de las vías procedimentales (*allocation and scope of each track*)

Las *Civil Procedure Rules* inglesas contemplan tres criterios generales para determinar cuál de los tres *procedural tracks* posibles se debe aplicar para un caso concreto. Utiliza el criterio de la materia y la cuantía de forma muy similar al sistema español o chileno. Pero además, agrega un conjunto de criterios adicionales que pueden agruparse bajo la idea de complejidad del conflicto y del futuro proceso.

A diferencia de lo que ocurre con los sistemas ya estudiados, en este caso no existe un orden de prevalencia claro entre estos criterios. En algunos casos se utilizan conjuntamente el criterio de la materia y la cuantía para atribuir ciertos asuntos a un *track* determinado. En otros casos se utiliza la cuantía como criterio residual. Pero además, se establecen como norma general que, al momento de aplicar los criterios de la materia y cuantía, el juez debe considerar una serie de cuestiones expresamente enumeradas que en su conjunto se refieren a la complejidad del conflicto y del futuro proceso. Además, se debe mencionar que la determinación del procedimiento aplicable (*allocation*) no es una decisión única que se formula en un único momento. Por el contrario, se trata de un asunto que puede decidirse en forma progresiva a lo largo del procedimiento en la medida que se obtengan más y mejor información sobre las características del proceso. Por una parte, existe una oportunidad para hacer una determinación preliminar del procedimiento aplicable (*CPR 26.3 (1) (a) (i)*). Luego las *CPR* regulan el momento específico y propio para adoptar esta decisión (*CPR 26.5*). Pero además, se contempla la posibilidad de cambiar esta decisión a lo largo del proceso (*CPR 26.10*).

¹²⁸⁴ ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 39 y 40; *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, p. 94; SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 167, 188, 190 y 191; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, p. 633; ARMSTRONG, "Making tracks", en ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on 'Access to justice'*, 1995, p. 97; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 369 – 379.

Como se podrá apreciar más claramente después de describir las diferentes normas que determinan el procedimiento aplicable, las *Civil Procedural Rules* inglesas establecen un sistema de distribución procedimental con una lógica totalmente diferente al de los sistemas chileno y español. Aunque la ley regula con algún grado de detalle los criterios de la materia y cuantía, establece un conjunto de criterios generales que deben tenerse en cuenta para aplicarlos. Aunque la ley establece diversos criterios, se entrega un margen de apreciación bastante amplio al juez, de manera que la decisión final le corresponde a él. Si en el proceso civil español y chileno la decisión sobre el procedimiento aplicable la tomaba la ley en forma abstracta y previa al conflicto, el sistema de las *Civil Procedure Rules* solo establece criterios generales de manera que entrega esta decisión al juez en atención a las características y circunstancias del conflicto y del futuro proceso. En este sentido, la determinación del procedimiento aplicable (*allocation*) en el sistema procesal civil inglés constituye una más dentro de las variadas funciones que debe realizar el juez en el ejercicio del *case management* y en la persecución del *overriding objective*¹²⁸⁵.

A. Materia y cuantía como criterios especiales

De acuerdo al numeral 26.6 de las *CPR* el *small claim track* es el procedimiento “normal” aplicable para ciertos conflictos: (1) cualquier tipo de reclamaciones por daños personales de un valor no superior a diez mil libras esterlinas (£10.000); (2) la reclamación de indemnización de perjuicios por daños personales cuyo valor no supere las mil libras esterlinas (£1.000); (3) cualquier reclamación de un arrendatario de un sitio residencial en que pida a su arrendador que lleve a cabo reparaciones u otro tipo de trabajos en el establecimiento arrendado, siempre que el costo de las reparaciones o trabajos no sea mayor a mil libras esterlinas (£1.000) y siempre que el valor de cualquier otra reclamación tampoco sea mayor a mil libras esterlinas (£1.000)¹²⁸⁶. Sin embargo, se establece que el tribunal no

¹²⁸⁵ LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 6.1-6.13, 6.22 – 6.24; SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2013, p. 160; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, pp. 369 – 379, en especial, p. 373.

¹²⁸⁶ “CPR. 26.6. *Scope of each track. (1) The small claims track is the normal track for— (a) any claim for personal injuries where – (i) the value of the claim is not more than £10,000; and (ii) the value of any claim for damages for personal injuries is not more than £1,000;*

aplicará el *small claim track* si se trata de una reclamación de un arrendatario de un sitio residencial contra su arrendador en caso de acoso o desahucio ilegal (CPR 26.7 (4))¹²⁸⁷.

B. Cuantía como criterio residual

De acuerdo a las CPR, el *small claim track* es el procedimiento “normal” para cualquier reclamación de un valor no superior a diez mil libras esterlinas (£10.000) (CPR 26.6 (3))¹²⁸⁸. Por su parte, el *fast track* es el procedimiento normal para cualquier reclamación de un valor superior a diez mil (£10.000) y que no exceda de las veinticinco mil libras esterlinas (£25.000), siempre que no corresponda aplicar otro procedimiento (CPR 26.6 (4))¹²⁸⁹. Por último, el *multi-track* es el procedimiento normal para cualquier reclamación cuyo valor exceda las veinticinco mil libras esterlinas (£25.000) y siempre que no corresponda aplicar los demás procedimientos (CPR 26.6 (6))¹²⁹⁰. Luego las CPR también establecen algunas reglas básicas para la aplicación del criterio de la cuantía (CPR 26.8 (2))¹²⁹¹.

(b) any claim which includes a claim by a tenant of residential premises against a landlord where – (i) the tenant is seeking an order requiring the landlord to carry out repairs or other work to the premises (whether or not the tenant is also seeking some other remedy); (ii) the cost of the repairs or other work to the premises is estimated to be not more than £1,000; and (iii) the value of any other claim for damages is not more than £1,000.

(2) For the purposes of paragraph (1) ‘damages for personal injuries’ means damages claimed as compensation for pain, suffering and loss of amenity and does not include any other damages which are claimed”.

¹²⁸⁷ “CPR 26.7 (4) The court will not allocate a claim to the small claims track, if it includes a claim by a tenant of residential premises against his landlord for a remedy in respect of harassment or unlawful eviction”. Véase ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 637 y 638; SIME, *Practical Approach to Civil Procedure*, 2013, p. 173.

¹²⁸⁸ “CPR 26.6 (3) Subject to paragraph (1), the small claims track is the normal track for any claim which has a value of not more than £10,000”.

¹²⁸⁹ “CPR 26.6 (4) Subject to paragraph (5), the fast track is the normal track for any claim – (a) for which the small claims track is not the normal track; and (b) which has a value – (i) for proceedings issued on or after 6th April 2009, of not more than £25,000; and (ii) for proceedings issued before 6th April 2009, of not more than £15,000”.

¹²⁹⁰ “CPR 26.6 (6) The multi-track is the normal track for any claim for which the small claims track or the fast track is not the normal track”.

¹²⁹¹ “CPR 26.8 (2) It is for the court to assess the financial value of a claim and in doing so it will disregard – (a) any amount not in dispute; (b) any claim for interest; (c) costs; and (d) any contributory negligence. (3) Where – (a) two or more claimants have started a claim against the same defendant using the same claim form; and (b) each claimant has a claim against the defendant separate from the other claimants, the court will consider the claim of each claimant separately when it assesses financial value under paragraph (1)”. Véase ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 637 - 639; SIME,

Como se puede apreciar, al utilizar los criterios de la materia y la cuantía en el numeral 26.6, las *CPR* califican a los distintos procedimientos como el “*normal track*”. La razón es que, como se observará en el apartado siguiente, estos criterios no son definitivos, no prevalecen entre los demás. En palabras de Andrews, constituyen simples presunciones¹²⁹². Pues su aplicación está sujeta a otras consideraciones relativas al criterio de la complejidad.

C. Complejidad del conflicto y del futuro proceso como criterio general

Los criterios de la materia y la cuantía no son definitivos ni imperativos para el juez. Pues en su aplicación debe analizarlos conjuntamente con el criterio de la complejidad. En términos simples, este criterio consiste en una serie de circunstancias relativas al conflicto y al futuro proceso, taxativamente enumeradas, que el juez debe valorar conjuntamente con los criterios de la materia y cuantía a la hora de determinar el procedimiento aplicable. Se trata de normas generales que se solapan o concurren conjuntamente con los demás criterios especiales.

El numeral 26.8 de las *CPR* establece una serie de asuntos o materias relevantes que el juez debe considerar para determinar el procedimiento aplicable (*matters relevant to allocation to a track*): (1) el valor de la reclamación; (2) la naturaleza del mecanismo o *remedy* jurisdiccional solicitado; (3) la complejidad probable de los hechos, el derecho o las pruebas; (4) el número de partes que probablemente tendrá el juicio; (5) el valor de cualquier reconvenición u otras reclamaciones adicionales y la complejidad de cualquier asunto relacionado con ella; (6) la cantidad de pruebas orales que pueden ser necesarias; (7) la importancia de la reclamación para personas que no son partes en el procedimiento; (8) las opiniones expresadas por la partes y; (9) la circunstancias de las partes¹²⁹³.

A Practical Approach to Civil Procedure, 2013, pp. 173 y 174; ANDREWS, *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 94 y 95.

¹²⁹² ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, p. 40; *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, p. 95.

¹²⁹³ “*CPR. 26.8 Matters relevant to allocation to a track. (1) When deciding the track for a claim, the matters to which the court shall have regard include – (a) the financial value, if any, of the claim; (b) the nature of the remedy sought; (c) the likely complexity of the facts, law or evidence; (d) the number of parties or likely parties; (e) the value of any counterclaim or other Part 20 claim and the complexity of any matters relating to it; (f) the amount of oral evidence which may be required; (g) the importance of the claim to persons who are not*

Estos criterios se deben tener en cuenta al determinar el procedimiento aplicable según la materia y la cuantía, y además, en aquellos casos en que el asunto no pueda ser valorado en términos monetarios (*CPR* 26.7 (1) Y (2))¹²⁹⁴.

Tratándose del *fast track* se establece una norma especial según la cual el tribunal ordenará utilizar este procedimiento de acuerdo a las reglas de la cuantía sólo si el tribunal considera que: (1) es probable que la audiencia de juicio no dure más de un día; (2) si la declaración oral del perito en la audiencia del juicio se limitará a un perito experto de cada parte en relación con cualquier campo de conocimiento y que la declaración del perito sólo será necesaria respecto de dos materias (*CPR* 26.6 (5))¹²⁹⁵.

Por último, se debe tener presente que el juez siempre mantiene la posibilidad de modificar la decisión y de reasignar (*re-allocation*) el asunto o conflicto a un *track* diferente del elegido originalmente (*CPR* 26.10)¹²⁹⁶.

D. Comentarios: Un ejemplo de flexibilidad procesal

De la descripción realizada en los apartados anteriores se puede observar que el sistema de asignación procedimental (*allocation*) en el nuevo proceso civil inglés presenta algunas diferencias relevantes con los sistemas español y chileno, y en definitiva, una filosofía y lógica interna diversas. En términos simples estas diferencias pueden reducirse a la idea según la cual, la decisión

parties to the proceedings; (h) the views expressed by the parties; and (i) the circumstances of the parties”.

¹²⁹⁴ “*CPR* 26.7 General rule for allocation. (1) In considering whether to allocate a claim to the normal track for that claim under rule 26.6, the court will have regard to the matters mentioned in rule 26.8(1). (2) The court will allocate a claim which has no financial value to the track which it considers most suitable having regard to the matters mentioned in rule 26.8 (1)”.

¹²⁹⁵ “*CPR*. 26.6 (5) The fast track is the normal track for the claims referred to in paragraph (4) only if the court considers that – (a) the trial is likely to last for no longer than one day; and (b) oral expert evidence at trial will be limited to– (i) one expert per party in relation to any expert field; and (ii) expert evidence in two expert fields”.

¹²⁹⁶ “*CPR* 26.10 Re-allocation. The court may subsequently re-allocate a claim to a different track”. “The allocation is not necessarily permanent and for good reason it can be subsequently changed. The essence of the tracking system is that it should provide flexible handling for cases which turn out to be more complex than they may initially appear, or which require judicial management at one stage but not at others”. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report*, 1995, Secc. II, Cap. 6.24. Sobre este criterio de la complejidad, véase ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, pp. 637 - 639; SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 2013, pp. 173 - 178; ANDREWS, *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, pp. 94 - 96.

sobre el procedimiento que debe aplicarse a un caso concreto es una decisión discrecional que le corresponde al juez. La ley establece criterios generales a ser considerados por éste. Pero la decisión final le corresponde al juzgador. Además, se trata de una decisión que puede ser reconsiderada durante el desarrollo del proceso, cuando las necesidades así lo exijan, de manera de asegurar que las características del conflicto, fundamentalmente su complejidad, sea el factor más determinante en esta decisión. De esta forma se busca, además, que los recursos utilizados para la tramitación de cada proceso no sean más que los indispensables para su correcta decisión, de manera de asignar equitativamente los recursos del sistema entre todos los usuarios actuales o eventuales. En este sentido, la asignación procedimental (*allocation*) como otras instituciones, busca cumplir el imperativo de eficiencia.

(1) La primera diferencia que se observa es que en el sistema inglés los criterios de distribución no tienen una prevalencia preestablecida. Aunque la materia y la cuantía se regulan en términos similares a los sistemas español y chileno, las *Civil Procedure Rules* no asignan una preferencia o peso mayor a algunos de ellos. De hecho, estos criterios solo permiten determinar el procedimiento “normal” (*normal track*) para cada caso. No son criterios que establecen una solución definitiva. No son obligatorios para el juez. Solo sirven para establecer una simple presunción¹²⁹⁷.

(2) Lo novedoso del sistema inglés es que estos criterios de la materia y la cuantía deben ser aplicados conjuntamente con el criterio de la complejidad del conflicto y del futuro proceso. Las *CPR* establecen que el juez a la hora de determinar el procedimiento aplicable, debe tomar en consideración, además, una serie de circunstancias relativas a la posible complejidad del asunto y del futuro proceso. Esta forma concurrente de aplicación de estos criterios produce dos consecuencias relevantes y convenientes.

(3) En primer lugar, ocasiona como consecuencia que la complejidad sea el criterio relevante para decidir sobre el procedimiento aplicable a un caso concreto. Como criticamos anteriormente a propósito del sistema español y chileno, la sola utilización de la cuantía en la asignación procedimental es un mal predictor de la complejidad del asunto¹²⁹⁸. Y esto puede producir tanto

¹²⁹⁷ ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, p. 40; *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, p. 95.

¹²⁹⁸ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, 2015, p. 127; FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, 1953, p. 57.

la sobreutilización o la infrautilización de recursos procesales. El sistema de las *CPR*, en cambio, mediante la descripción legal de diversas circunstancias relativas al conflicto y al futuro proceso que deben ser valoradas por el juez, es un sistema que funciona mucho mejor como predictor de la complejidad. Con esto se asegura que la utilización de los recursos personales, materiales y temporales sean nada más que los indispensables para resolver ese conflicto. Además, se asegura el uso equitativo de todos los recursos existentes entre todas las personas que usan el sistema judicial. En el lenguaje de las *CPR*, se da cumplimiento al principio de proporcionalidad (individual y colectiva)¹²⁹⁹. Y en definitiva, establecemos un sistema de asignación procedimental que toma en cuenta y contribuye a lograr una asignación eficiente de los recursos procesales.

(4) Además, la aplicación concurrente y conjunta de estos tres criterios (materia, cuantía y complejidad) en la decisión del procedimiento aplicable, implica que estos constituyen simplemente pautas generales para ser tomados en cuenta por el juez. La decisión sobre el procedimiento aplicable simplemente es guiada o dirigida por la ley. Es el juez quien debe valorar conjuntamente estos diversos criterios. De esta manera, la decisión sobre el procedimiento aplicable, a diferencia del sistema español y chileno, no es una decisión que le corresponda a la ley en forma abstracta y previa al conflicto. Esta decisión, si bien es orientada por las normas legales, es en definitiva una decisión discrecional que le corresponde adoptar al juez. Es una decisión que se va adoptar *a posteriori*, una vez que se conozcan los elementos y característica concretas del conflicto objeto de la controversia. Y es una decisión que se adopta dando relevancia real a la complejidad del asunto.

(5) Por último, se trata de una decisión que no es única o definitiva. Se trata de una decisión que puede ir adoptándose progresivamente durante la tramitación del juicio a medida que se vaya obteniendo más información sobre la complejidad del asunto y a medida que las circunstancias y necesidades del caso lo exijan. A partir de esta posibilidad bien puede ocurrir que un conflicto asignado preliminarmente al *small claim track* luego

¹²⁹⁹ ANDREWS, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, 2003, pp. 39 y 40; ANDREWS *on civil process. Volume I Court Proceedings*, 2013, p. 94; SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, 2014, pp. 167, 188, 190 y 191; ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 2013, p. 633; ARMSTRONG, "Making tracks", en ZUCKERMAN; CRANSTON (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on 'Access to justice'*, 1995, p. 97.

sea signado propiamente al *fast track* y que durante el transcurso del proceso, por alguna circunstancia determinada, el juez decida que debe seguir tramitándose de acuerdo al *multi-track*. El hecho que las *CPR* contemplen varios momentos para adoptar esta decisión sobre el procedimiento aplicable (decisión preliminar y definitiva), así como la posibilidad de que esta decisión pueda modificarse durante el transcurso del proceso, demuestra claramente la preocupación porque el procedimiento que se elija sea el más adecuado y conveniente para cada conflicto particular.

(6) En definitiva, con todas estas normas que conforman el sistema de asignación procedimental en el proceso civil inglés, las *CPR* implícitamente reconocen y aceptan que, si realmente se quiere dar relevancia a la complejidad del asunto en la determinación del procedimiento aplicable, la manera más conveniente de hacerlo es entregar esta decisión al juez, *a posteriori*, una vez que el conflicto ya ha surgido y una vez que se tenga suficiente información sobre las características y necesidades de cada caso en particular.

(7) Por último, en relación con aquello que buscamos desentrañar en este capítulo, se puede apreciar que por diversas razones, las *Civil Procedure Rules* inglesas constituyen, en este punto, un ejemplo de flexibilidad procesal¹³⁰⁰.

El sistema de asignación procedimental en su conjunto es un ejemplo de una potestad entregada al juez para determinar el procedimiento. Los criterios de la materia, cuantía y complejidad, al concurrir conjuntamente y ninguno de ellos ser definitivos entrega al juez una amplia margen de libertad en su aplicación. En este sentido se trata de una decisión discrecional para el juez. La posibilidad a decidir sobre el procedimiento aplicable en dos momentos diferentes, así como la posibilidad de modificar esta decisión durante el transcurso del juicio cuando las necesidades así lo exijan, permite que el juez pueda aplicar el procedimiento que considere más apropiado a cada conflicto. El sistema de determinación del procedimiento aplicable en su conjunto contribuye a que el juez pueda

¹³⁰⁰ Destacando la flexibilidad en la elección del procedimiento aplicable en el nuevo sistema procesal inglés, véase BERIZONCE, “Un 'nuevo' tipo procesal sumario: hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia”, en BERIZONCE; FUCITO, (coords.), *Los procesos sumarios y la efectividad de la justicia*, 2011, p. 34; GARCÍA ODGERS, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, 2018, p. 373.

adaptar el procedimiento a las características, circunstancias y necesidades del conflicto objeto de la controversia y de las partes involucradas. Es así como las reglas que determinan el procedimiento aplicable en el sistema inglés confieren flexibilidad al procedimiento.

5. Síntesis comparativa final

A partir de la descripción de las reglas y criterios que determinan el procedimiento aplicable en los sistemas español, chileno e inglés, es posible concluir algunas ideas generales en relación con el mayor o menor grado de flexibilidad que ellas confieren.

(1) Los grados de flexibilidad de estos diversos sistemas de asignación procedimental son diferentes. La descripción de los apartados anteriores avanzó desde el sistema más rígido al más flexible. El sistema español de la LEC es especialmente rígido, y por ello, inadecuado. En Chile el sistema del CPC, aunque es muy similar a la LEC española, presenta algunos atisbos de flexibilidad. En este sentido, la substitución del procedimiento es el mecanismo más relevante. El Proyecto de Código Procesal Civil chileno que actualmente se encuentra en discusión, da un paso más en la flexibilidad pues, junto con mantener en gran parte los atisbos de flexibilidad el actual Código, incorpora (para un caso específico) la voluntad de las partes como criterio de distribución. Lamentablemente elimina la figura de la substitución del procedimiento. Por último, el sistema inglés es un ejemplo de flexibilidad a la hora de determinar el procedimiento aplicable. Pues la decisión, aunque es dirigida y guiada por la ley, es una decisión que le corresponde en definitiva al juez a partir de la información del caso concreto. Además, es una decisión que se puede ir reconsiderando durante el transcurso del proceso, de manera de asegurar que el procedimiento se adapte a cada caso particular.

(2) Esta progresión desde el sistema más rígido al más flexible no es coincidente con el devenir temporal. La LEC del año 2000 es relativamente reciente y rígida. El CPC chileno es mucho más antiguo y tiene atisbos de flexibilidad. El PCPC se encuentra actualmente en discusión y da ciertos pasos en dirección a la flexibilidad. Por su parte, las *CPR* inglesas son prácticamente coetáneas con la LEC y a diferencia de ella se encuentra en el otro extremo, pues presenta altos grados de flexibilidad. Por lo tanto, a partir de estos tres sistemas procesales y el Proyecto chileno no es posible

afirmar con claridad una tendencia en uno u otro sentido. No podríamos sostener que la tendencia en lo relativo a las normas y criterios que determinan el procedimiento aplicable sea la flexibilidad o la rigidez.

(3) En nuestra opinión, la flexibilidad es necesaria y conveniente para una mejor regulación del sistema de asignación procedimental¹³⁰¹. Estimamos que si se quiere cumplir con el imperativo de eficiencia, si se quiere utilizar el procedimiento más apropiado para cada conflicto, si se quiere que la complejidad del asunto sea el criterio más relevante para decidir el procedimiento aplicable, esta decisión le debe corresponder al juez y no a la ley. Esta decisión debe ser adoptada por el juez *a posteriori*. Además, es necesario que exista la posibilidad que esta decisión pueda ser reconsiderada durante el transcurso del proceso, como en el sistema inglés, o como ocurre en Chile con la figura de la substitución del procedimiento.

(4) Entre los cuatro sistemas de asignación procedimental estudiados sólo el Proyecto de Código Procesal Civil contempla como criterio la voluntad de las partes, aunque para un caso específico (procedimiento sumario). En este caso, son las partes quienes de común acuerdo eligen la utilización del procedimiento. Las *CPR* inglesas establecen que las partes podrán ser escuchadas pero la decisión le corresponde al juez.

En nuestra opinión, es deseable que se incorpore a la voluntad de las partes como circunstancia a considerar a la hora de establecer el procedimiento aplicable. Es conveniente que exista la posibilidad de acuerdos procesales entre las partes sobre este punto. La concurrencia conjunta de los mecanismos flexibilizadores más sofisticados (los acuerdos de las partes y las potestades del juez) contribuye a alcanzar mayores grados de flexibilidad al procedimiento. Sin embargo, atendido a que las partes pueden tener intereses no alineados o incluso contradictorios con la eficiencia de la justicia civil, y de acuerdo a lo sostenido sobre la necesidad de autorización judicial de los acuerdos procesales, estimamos que la decisión definitiva sobre el procedimiento aplicable es una cuestión que le debe corresponder al juez en el ejercicio de sus potestades de dirección procesal.

¹³⁰¹ En sentido similar, CAPONI, "Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: Prime note sistematiche", p. 10. Disponible en red: <https://www.academia.edu/211692/R. Caponi. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile prime note sistematiche 2010>. (última visita 12 de septiembre de 2018).

IV. PRESUPUESTO PROCESAL DEL PROCEDIMIENTO ADECUADO

1. Explicación tradicional

El análisis de los apartados anteriores sobre las normas y criterios que determinan el procedimiento aplicable se relaciona con el tema más general del presupuesto procesal de adecuación del procedimiento a la acción que es objeto del proceso¹³⁰².

El tema de los presupuestos procesales es relativamente complejo y discutido en la teoría general del proceso¹³⁰³. De acuerdo a las orientaciones más modernas y aceptadas los presupuestos procesales son un conjunto de requisitos o circunstancias establecidos por la ley procesal, que deben concurrir en el proceso para que el juez pueda emitir una resolución sobre el fondo del asunto, los cuales deben ser controlados de oficio por el tribunal¹³⁰⁴.

¹³⁰² Sobre este presupuesto véase, ESPARZA LEIBAR, *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, 1996. En Chile, ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, pp. 139 y ss.; “La adecuación del procedimiento en materia de Derecho indígena”, *Revista Chilena de Derecho*, 2012, pp. 819 y 820; CARRASCO POBLETE, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 2012, pp. 128 y 129; 508 – 512.

¹³⁰³ Sobre los presupuestos procesales, véase VON BÜLOW, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, 1964; CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, 1922, pp. 114 – 118; CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal civil. Según el nuevo Código*, 1943, pp. 270 – 280; COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2010, pp. 91 – 100; VÉSCOVI, *Teoría General del Proceso*, 1984, pp. 93 – 101; ESPARZA LEIBAR, *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, 1996, pp. 15 – 23; DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, 2010, pp. 255 y ss.; ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil. Tomo I. La acción y la protección de los derechos*, 2007, pp. 26 – 28; MARINONI; PÉREZ RAGONE; NÚÑEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, 2010, pp. 416 – 450; NÚÑEZ OJEDA; PÉREZ RAGONE, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2013, pp. 201 – 228; PÉREZ RAGONE, “¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea”, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito do Universidade Federal da Bahia*, 2010, pp. 183 – 208; GANDULFO, RAMÍREZ, “Presupuestos procesales y su decaimiento en los juicios personalísimos. La capacidad procesal en el caso 'Quezada Arias con Farías Lauri'”, *Revista de Derecho*, 2011, pp. 281 – 299.

¹³⁰⁴ CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal civil. Según el nuevo Código*, 1943, pp. 275 – 278; VÉSCOVI, *Teoría General del Proceso*, 1984, p. 94; ESPARZA LEIBAR, *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, 1996, pp. 23 y 49; ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil. Tomo I. La acción y la protección de los derechos*, 2007, p. 27; *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, p. 140; “El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente. La capacidad procesal”, *Revista Chilena de Derecho*, 2001, p. 782; GORIGOITÍA ABBOTT, “La inexistencia en el proceso civil: un análisis crítico”, *Ius et Praxis*, 2017, p. 293;

Uno de los presupuestos procesales relativos al procedimiento es la adecuación de éste a la acción que es objeto del proceso. Como explica Ortells: “La adecuación del procedimiento –o el presupuesto procesal del procedimiento adecuado- comprende las reglas que determinan en qué supuestos corresponde seguir cada uno de los procedimientos establecidos por la ley y las actividades procesales para aplicar y controlar la aplicación de estas reglas”¹³⁰⁵. En términos generales este presupuesto del procedimiento adecuado supone la idea que es la ley la que establece el procedimiento que debe aplicarse a cada conflicto. De esta manera, cuando un conflicto se tramita de acuerdo al procedimiento legalmente correcto, se entiende que se cumple con el presupuesto procesal del procedimiento adecuado. Por el contrario, si una acción determinada no es conocida a través del procedimiento que corresponda de acuerdo a la ley surge una situación que la doctrina procesal denomina inadecuación del procedimiento¹³⁰⁶.

Cuando esto ocurre, este problema de falta de adecuación procedimental y, en definitiva, de falta de un presupuesto procesal, se reclama mediante una excepción procesal¹³⁰⁷ (o dilatoria en el lenguaje del CPC chileno), la excepción de inadecuación del procedimiento¹³⁰⁸. Se trata de una excepción procesal pues es de aquellas que se fundan en la ausencia de un presupuesto procesal o en un impedimento de carácter formal, que

CARRASCO POBLETE, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 2012, p. 121.

¹³⁰⁵ ORTELLS RAMOS (dir.), *Derecho procesal civil*, 2014, p. 486.

¹³⁰⁶ ESPARZA LEIBAR, *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, 1996, pp. 43 y ss. En Chile, ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, 2015, p. 140; “La adecuación del procedimiento en materia de Derecho indígena”, *Revista Chilena de Derecho*, 2012, pp. 819 y 820.

¹³⁰⁷ BORDALÍ SALAMANCA; CORTEZ MATCOVICH; PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2014, p. 176; ANABALÓN SANDERSON, *Tratado de Derecho Procesal Civil. El juicio ordinario de mayor cuantía. Libro Homenaje*, 2015, p. 131; CARRASCO POBLETE, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 2012, pp. 475 y 510.

¹³⁰⁸ MUÑOZ SABATÉ, “Acabemos con la excepción de proceso inadecuado”, en *Técnica Procesal: 25 años de estudios forenses*, 2012, pp. 263 – 265; RAMOS MÉNDEZ, “La reforma de los procesos civiles especiales”, en *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004, p. 83. Eventualmente, cuando la oportunidad para interponer una excepción procesal haya transcurrido, se podría alegar por medio de un incidente general de nulidad.

acogidas por el tribunal, impiden emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto¹³⁰⁹.

En su explicación tradicional, el presupuesto procesal del procedimiento adecuado se fundamenta en el principio de legalidad funcional en materia procesal. La idea es que el procedimiento sea establecido por ley. De esta manera, la legalidad funcional constituye una garantía de certeza y previsibilidad para las partes en relación con el procedimiento a utilizar. Por esta razón se considera que las normas procesales serían de interés público y, a consecuencia de ello, serían irrenunciables o inmodificables por las partes¹³¹⁰.

Como se puede apreciar, este presupuesto procesal es coincidente con la lógica de la regulación del procedimiento aplicable en los sistemas español y chileno. En ambos casos, la filosofía es que el procedimiento aplicable lo determina el legislador en forma abstracta y previa al conflicto. Estos diversos criterios de distribución procedimental son imperativos para el juez y las partes¹³¹¹. Si no se cumplen estas reglas corresponde que se reclame del vicio ya sea mediante una excepción procesal o mediante un incidente de nulidad. Y además, corresponde que el juez corrija o subsane el defecto procesal, de manera que ese conflicto se tramite de acuerdo al procedimiento que corresponda de acuerdo a la ley. Por el contrario, si el procedimiento adecuado debe ser establecido por el juez o las partes, este presupuesto procesal del procedimiento adecuado es inaplicable, o bien, debe reconstruirse dogmáticamente de una forma diferente.

En el proceso civil inglés, por ejemplo, la idea del procedimiento adecuado no es aplicable. Desde luego, pues la teoría de los presupuestos procesales es ajena a aquella tradición jurídica. Pero además, la adecuación del procedimiento es inoperante pues en el sistema de las *Civil Procedure Rules* la ley solo se limita a establecer criterios generales para orientar la decisión del juez. Este debe aplicar conjuntamente los criterios de la materia, la cuantía y la complejidad. Pero en definitiva, en el sistema inglés la decisión final le corresponde no a la ley sino al juez. Además, esta decisión no es única ni definitiva sino que es progresiva lo largo del juicio y puede incluso modificarse. Esta forma de regulación, produce como consecuencia

¹³⁰⁹ ROMERO SEGUEL, *Curso de Derecho procesal civil. Tomo I. La acción y la protección de los derechos*, 2007, p. 25; "La falta de jurisdicción y su denuncia en el proceso: las excepciones procesales y materiales", *Revista Chilena de Derecho*, 2004, p. 190.

¹³¹⁰ ESPARZA LEIBAR, *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, 1996, pp. 1 – 3.

¹³¹¹ ESPARZA LEIBAR, *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, 1996, pp. 1 – 5.

que no exista un procedimiento que “corresponda de acuerdo a la ley”. Solo existen procedimientos que son considerados por el juez como apropiados o adecuados para cada caso específico en atención a sus características y circunstancias concretas.

2. Reconstrucción dogmática del presupuesto procesal del procedimiento adecuado

En la síntesis comparativa de los apartados anteriores sostuvimos que, en nuestra opinión, la determinación del procedimiento aplicable debe ser una decisión del juez. Sostuvimos que la mejor forma de cumplir el imperativo de eficiencia y de utilizar el procedimiento más apropiado según la complejidad de cada caso concreto, es que la determinación del procedimiento aplicable sea una decisión del juez *a posteriori*, respecto de cada proceso en particular, una vez que se tenga información suficiente sobre las características y circunstancias particulares del conflicto objeto de la controversia. Si nuestra propuesta es correcta, esto supone que la teoría del presupuesto procesal del procedimiento adecuado es inaplicable, o bien, debe reconstruirse dogmáticamente de una forma diferente.

En primer lugar, sería una teoría inaplicable según explicamos a propósito del procedimiento inglés. Pues no existiría un procedimiento legalmente correcto de acuerdo a la ley. Solo existiría un procedimiento que, en opinión del juez, es el más adecuado para cada caso concreto. Como explica Esparza, solo en un sistema de legalidad de formas (donde el procedimiento lo establece la ley) “... tiene sentido preguntarse por el requisito del procedimiento adecuado, por su naturaleza jurídica y sus implicaciones procesales”¹³¹².

La segunda opción teórica consiste en reconstruir dogmáticamente el presupuesto procesal del procedimiento adecuado de una manera diferente. Si nuestra propuesta es correcta, la adecuación del procedimiento no debería entenderse como la aplicación del procedimiento legalmente correcto. Ni como un presupuesto necesario para la dictación de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Por el contrario, la adecuación del procedimiento debería entenderse como la aplicación del procedimiento que sea el más apropiado cada conflicto particular de acuerdo a las características y circunstancias

¹³¹² ESPARZA LEIBAR, *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, 1996, p. 2.

concretas. Debería entenderse como un presupuesto necesario para una adecuada y eficiente tramitación del proceso en relación con cada caso particular.

En este sentido, la reclamación de la inadecuación del procedimiento no buscaría aplicar el procedimiento que corresponda de acuerdo a la ley, sino que buscaría que se aplique el procedimiento que sea más conveniente para cada caso particular de acuerdo a sus características específicas, atendiendo fundamentalmente a la complejidad del conflicto y del proceso. En este sentido, el cambio del procedimiento que se utiliza no se debe a que aquél sea incorrecto legalmente, sino porque atendida la información disponible en ese momento se considera inapropiada su utilización. Se considera más adecuada la utilización de otro procedimiento.

En un sistema como este la legalidad en sentido funcional se sigue respetando pues es la ley la que sigue fijando las reglas de procedimiento y estableciendo los criterios (generales) que deben usarse para determinar el procedimiento aplicable. La diferencia es que la determinación del procedimiento aplicable se entrega al juez *a posteriori*, para que sea adoptada cuando se tenga información suficiente de las particularidades de cada caso. Aunque en este sistema las partes no sabrían de antemano cuál procedimiento específico se utilizaría, la certeza y previsibilidad se seguiría manteniendo en gran medida, pues los procedimientos posibles seguirían siendo aquellos previamente establecidos por la ley. Esta pequeña merma en la certeza y previsibilidad se justificaría en la mayor flexibilidad que confiere un sistema de determinación judicial del procedimiento aplicable. Con ello logramos que para cada conflicto se utilice el procedimiento que mejor se adapta a sus características y complejidad, y con ello se logra cumplir con el imperativo de eficiencia.

V. De los procedimientos diferenciados y rígidos al procedimiento flexible

En los apartados anteriores hemos expuesto y analizado comparativamente las reglas y criterios que determinan el procedimiento aplicable en los sistemas español, chileno e inglés. También hemos intentado demostrar los grados de flexibilidad que en este punto presentan estas diferentes legislaciones. Del mismo modo, no hemos perdido la oportunidad de manifestar nuestra opinión sobre lo que creemos es la mejor forma de

regular la determinación del procedimiento aplicable. Esto es, como una decisión del juez dentro de sus facultades de dirección procesal. Para contextualizar esta problemática, expusimos previamente las diferentes aproximaciones que han existido tradicionalmente a la hora de abordar la regulación procesal. Explicamos someramente tanto el mito y la ilegitimidad del procedimiento único, así como, la utopía de los procedimientos diferenciados.

Sin embargo, no quisiéramos terminar este último capítulo sin proponer al menos algunas ideas relativas a la regulación procedimental. Se trata simplemente de dejar planteadas algunas hipótesis que tal vez puedan ser desarrolladas con mayor extensión a partir del prisma de la flexibilidad procesal.

Frente a la conciencia generalizada que la regulación de diversos procedimientos diferenciados constituye una suerte de utopía, muchos autores plantean la conveniencia de reducir la multiplicidad de tramitaciones especiales a unos pocos procedimientos declarativos con suficiente grado de flexibilidad interna para permitir tramitar cualquier clase de reclamaciones¹³¹³. Además, se debería establecer la suficiente flexibilidad para poder elegir y cambiar, si es necesario, entre estos pocos procedimientos. En este sentido, debiese regularse simplemente uno o dos procedimientos, con estructura bifásica, con dos audiencias, una preliminar y otra de juicio, y con la posibilidad de omitir o reunir en una sola estas audiencias. Además, debiese darse una aplicación bastante amplia al proceso monitorio, que ha mostrado ser un instrumento muy útil para lograr la eficacia del proceso. Las especialidades procedimentales deberían reducirse al mínimo realmente indispensables. Como por ejemplo, la existencia de un consejo técnico en procesos de familia o normas especiales sobre legitimación y cosa juzgada tratándose de procesos colectivos, y no mucho más. Eliminándose todo tipo de diferencias de tramitación superfluas. También deberían contemplarse una diversidad de mecanismos de tutela judicial, desde la tutela preventiva, hasta un amplio y flexible sistema de medidas cautelares.

Por último, y como puede desprenderse de todo este trabajo, estimamos que deben introducirse con decisión los diversos mecanismos

¹³¹³ RAMOS MÉNDEZ, “La reforma de los procesos civiles especiales”, en *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004, p. 84; NIEVA FENOLL, “Reformas pasadas y reformas pendientes al proceso civil español”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 2016, p. 617.

para dar flexibilidad al procedimiento. Desde las potestades del juez para determinar o modificar el procedimiento, pasando por los acuerdos procesales, así como la utilización de normas procesales flexibles cuando esto resulte conveniente. Pues como dijimos al comienzo de esta investigación, creemos que la flexibilidad bien entendida y bien aplicada puede contribuir a un mejor y más eficiente ejercicio de la jurisdicción. De esta manera, entendemos que los sistemas judiciales deben evolucionar desde los procedimientos diferenciados y rígidos a los procedimientos flexibles.

CONCLUSIONES

Llegados al final de este trabajo es posible recapitular y exponer conjuntamente algunas de las conclusiones que hemos alcanzado durante la presente tesis doctoral:

(1) La investigación adopta un concepto de flexibilidad procedimental que, en su aspecto más simple, puede reducirse a la idea de adaptabilidad. La razón fundamental es que esta es la manera en que se entiende la flexibilidad procedimental entre los pocos autores que se han referido a ella en la doctrina procesal civil. Estos autores suelen atribuirle este significado y esgrimir la flexibilidad o adaptabilidad como una característica deseable del proceso civil contemporáneo. Además, la flexibilidad o adaptabilidad suele considerarse como una de las grandes tendencias de los procesos de reforma al proceso civil contemporáneo. Además, recientemente más de algún autor, sin utilizar el término flexibilidad, ha abogado por la necesidad de que el procedimiento se adapte o se adecúe a las necesidades y particularidades de cada caso concreto.

(2) Desde el punto de vista etimológico y del sentido natural, el término “flexibilidad”, puede entenderse en un sentido restringido como cambio o variación, o bien, en un sentido más complejo, como adaptación o adecuación. Asimismo, en materia arbitral, la doctrina mayoritaria entiende la flexibilidad como la facultad del árbitro o las partes para determinar o modificar el procedimiento (sentido restringido). Sin embargo, algunos autores entienden la flexibilidad como adaptación o adecuación del procedimiento a las circunstancias de cada caso concreto (sentido amplio). Similares posibilidades pueden desprenderse de ciertos antecedentes legislativos en la materia. Por nuestra parte, frente a estos dos posibles

sentidos, hemos decidido adoptar un concepto amplio de flexibilidad procedimental. Además de la razón fundamental esgrimida en la conclusión anterior, estimamos que este segundo sentido resulta mucho más útil y provechoso científicamente hablando. Este segundo sentido nos obliga a investigar y analizar otros elementos o mecanismos jurídicos que permitan dotar de flexibilidad al procedimiento, distintos de las posibilidades de cambio o variación.

(3) De esta manera, desde un punto de vista funcional, la flexibilidad procedimental en materia procesal civil es la aptitud del procedimiento para ser adaptable, ajustable o adecuada a las necesidades y circunstancias del caso concreto. Es decir, la flexibilidad procedimental es una cualidad o característica del procedimiento en virtud del cual éste no está sujeto a normas rígidas e invariables. Por el contrario, las actuaciones procesales se rigen por normas procesales que pueden ser adaptadas por las partes o por el juez, al comienzo o durante el proceso, de acuerdo con las características y circunstancias del caso concreto objeto de la controversia.

(4) A su vez, desde un punto de vista estructural, el concepto de flexibilidad procedimental está compuesto por tres elementos: (1) Las facultades conferidas a las partes y al árbitro para determinar y/o modificar el procedimiento arbitral; (2) los principios y normas jurídicas que, a partir de sus características y contenido normativo, son en sí mismas flexibles y; (3) la regulación antiformalista de la invalidez procesal. Los dos últimos elementos están referidos a la flexibilidad de las normas procesales individualmente consideradas. En cambio, el primer elemento está referido a la flexibilidad del procedimiento en su conjunto.

(5) La flexibilidad no es un concepto absoluto sino relativo, pues tiene como contrapartida la rigidez. No es posible establecer una oposición tajante entre flexibilidad y rigidez pues en una norma o conjunto de normas concurrirá algún grado de flexibilidad y algún grado de rigidez. Es muy difícil encontrar una disposición absolutamente rígida, pues las normas se expresan por medio del lenguaje y por eso se ven afectadas por los problemas de indeterminación propios de éste. Por su parte, difícilmente encontraremos una norma absolutamente flexible pues la certeza y seguridad a la cual el Derecho debe apuntar limitará una absoluta o completa flexibilidad. La verdad es que la flexibilidad y/o rigidez es una cuestión de grado y, en consecuencia, una norma o un procedimiento determinado pueden ubicarse en cualquier lugar intermedio en una línea constante entre los dos extremos

teóricos: la absoluta rigidez procedimental y la absoluta flexibilidad procedimental.

En este sentido, la rigidez y flexibilidad de las normas jurídicas se encuentran en constante tensión, pues ambas responden o buscan proteger valores diferentes. La rigidez busca proteger fundamentalmente los derechos y garantías de carácter procesal. También promueve la seguridad jurídica y la previsibilidad de las normas. En cambio, la flexibilidad busca alcanzar la eficacia y eficiencia del procedimiento.

(6) El concepto de flexibilidad debe distinguirse claramente de las nociones de adaptabilidad legislativa, de los distintos conceptos de desformalización y antiformalismo, así como del principio de proporcionalidad. Aunque se trata de nociones afines y que pueden tener alguna relación, en ningún caso pueden identificarse o confundirse con la flexibilidad. Ninguno de ellos es equivalente conceptualmente a la flexibilidad en la forma que se entiende en esta investigación.

(7) En la historia reciente del Derecho Procesal es posible advertir un tránsito desde el reconocimiento de fines exclusivamente privados hacia el reconocimiento de objetivos públicos. En la actualidad es posible reconocer que se ha dejado atrás la idea que la justicia civil sirve solamente a los intereses privados de las partes. Con las *Civil Procedure Rules* inglesas de 1999 parece consolidarse la idea según la cual la justicia civil tiene y debe reconocer objetivos que van más allá de los intereses individuales de las partes, es decir, debe reconocer objetivos públicos.

(8) Actualmente, las concepciones contemporáneas sobre los objetivos de la justicia civil pueden explicarse o comprenderse correctamente si se parte de dos afirmaciones iniciales de carácter general. Según la primera, los objetivos de la justicia se encuentran entre la resolución de conflictos y la implementación de políticas públicas. De acuerdo a la segunda, justicia civil, además de objetivos jurídicos, tiene también objetivos sociales y políticos.

(9) En nuestra opinión, la justicia civil debe perseguir tres objetivos: (1) en el plano social el objetivo debe ser pacificar con justicia; (2) en el plano político el objetivo debe ser controlar y limitar el poder; y (3) en el plano jurídico el objetivo debe ser aplicar el ordenamiento jurídico.

(10) Los fundamentos de la flexibilidad procedimental son dos: la instrumentalidad del Derecho Procesal y la eficiencia de la justicia civil.

(11) La instrumentalidad del Derecho Procesal es una característica conforme a la cual los requisitos y formas procesales, el proceso y el sistema procesal en su conjunto no son fines en sí mismos, sino que constituyen medios para alcanzar otros fines u objetivos. Desde un punto de vista jurídico sistemático, la instrumentalidad implica negar la neutralidad o separación entre el Derecho Procesal y el Derecho de fondo. Desde un punto de vista metodológico, reconocer el carácter instrumental del Derecho Procesal exige adoptar un método teleológico o finalista y una racionalidad instrumental.

(12) La instrumentalidad del Derecho Procesal presenta dos facetas o aspectos que, aunque relacionados, pueden ser analizados en forma separada. En su aspecto negativo la instrumentalidad alude al antiformalismo. En su aspecto positivo la instrumentalidad alude a la eficacia o efectividad.

(13) El sentido negativo de la instrumentalidad implica que el sistema procesal, al ser simplemente un medio, no puede tener más valor o ser más importante que los objetivos por él perseguidos. Si la instrumentalidad de la justicia civil supone que ésta es un medio para alcanzar ciertos fines, entonces, a ésta no se le puede atribuir más valor o más relevancia que aquellos fines. Es decir, el sentido negativo de la instrumentalidad impide atribuir al sistema procesal más valor que el que realmente tiene.

(14) La instrumentalidad en sentido negativo es una característica del Derecho Procesal que permite fundamentar la flexibilidad en materia procesal civil. Pues, si la justicia civil, el proceso, así como en las demás instituciones procesales no son fines en sí mismos sino simples medios y, en consecuencia, no pueden tener más valor que los objetivos por ellos perseguidos, entonces, es comprensible y resulta razonable que el procedimiento pueda adaptarse a las diversas necesidades de cada caso concreto. De esta forma, la flexibilidad permite que este medio (la justicia civil, el proceso y las instituciones procesales) puedan convertirse en el mejor medio posible atendidas las circunstancias y características concretas del conflicto y de las partes involucradas.

Además, si en el cumplimiento de los fines que le son propios, el sistema procesal debe enfrentarse y funcionar en un escenario especialmente desafiante y complejo, entonces, resulta conveniente y razonable que el Derecho Procesal sea flexible. Esta capacidad de adaptarse a las diversas circunstancias le permite responder de mejor manera a las

dificultades propias de la justicia civil y, de esta forma, permite que este medio sea el mejor medio posible atendidas las características y particularidades del conflicto y de las partes involucradas.

En otras palabras, si la justicia civil y el proceso son el vehículo que utilizan las partes guiadas por el juez para poder alcanzar la justa resolución del conflicto y cumplir los demás objetivos del sistema. La rigidez procesal supone un vehículo que es apto para un solo tipo de terreno (las situaciones normales y ordinarias) pero que es incapaz o inadecuado para adaptarse a otras situaciones diferentes. En cambio, una regulación procesal flexible supone un vehículo con aptitud para recorrer y sortear las diversas dificultades que presente el terreno y con ello permite llegar a él o los objetivos deseados.

(15) El aspecto positivo de la instrumentalidad alude a la eficacia del sistema procesal. En términos generales la eficacia del sistema es la capacidad de éste para alcanzar los fines para los cuales está destinado. Si la instrumentalidad implica que la justicia civil es un medio para alcanzar ciertos fines, entonces, la eficacia supone que ésta debe ser capaz de alcanzar aquellos objetivos. De esta manera, la eficacia como imperativo exige que los objetivos previstos sean alcanzados y que los medios sean adecuados para cumplirlos. En consecuencia, la eficacia es la aptitud o idoneidad del sistema procesal para alcanzar sus objetivos.

(16) El aspecto positivo de la instrumentalidad, la eficacia del sistema procesal, constituye uno de los fundamentos de la flexibilidad en materia procesal civil. Pues, si la eficacia exige que los fines sean alcanzados y que los medios sean adecuados para obtenerlos, entonces, la flexibilidad de las normas procesales resulta necesaria y razonable. En la medida que la flexibilidad permite la adaptación de la reglamentación procesal a las características de cada caso concreto, esto contribuye a una mejor adecuación de los medios a los objetivos perseguidos y, en consecuencia, confiere mayores posibilidades de cumplirlos. Por lo tanto, la flexibilidad encuentra su fundamento en la eficacia en la medida que es un medio que puede contribuir a que el Derecho Procesal alcance sus objetivos. Se trata de una característica (la flexibilidad) que permite que el sistema procesal sea eficaz.

(17) El segundo fundamento de la flexibilidad procedimental es la eficiencia de la justicia civil. El concepto de eficiencia alude a la relación existente entre un objetivo y los recursos utilizados para alcanzarlo. Es decir, la

eficiencia relaciona medios con fines. A su vez, la eficiencia como valor o imperativo nos exige, por una parte, que los objetivos se alcancen en la mayor medida posible, y por la otra, que estos se obtengan con la menor inversión de medios posibles. Esto es, ordena que se minimicen los medios y maximicen los fines. Tanto el concepto como el imperativo de eficiencia presentan un doble sentido o dirección. En un sentido negativo, la eficiencia se refiere a los medios o recursos y ordena que estos se reduzcan al mínimo necesario para obtener un resultado. Por su parte, el sentido positivo de la eficiencia se refiere a los fines u objetivos y exige que estos se alcancen en la mayor medida posible.

(18) Aplicados estos conceptos al ámbito procesal podemos afirmar que la eficiencia de la justicia civil es una relación óptima entre los objetivos que esta debe perseguir y los medios que dispone para hacerlo. Es decir, entre los objetivos de la justicia civil (pacificar con justicia, limitar el poder, aplicar el ordenamiento jurídico) y los medios que dispone para perseguirlos (medios personales, materiales, presupuestarios, temporales) debe existir una relación adecuada. El imperativo de eficiencia exige que los objetivos de la justicia civil se obtengan en la mayor medida posible y que los medios utilizados se reduzcan al mínimo indispensable para alcanzarlos.

(19) La eficiencia de la justicia civil es un imperativo que nos permite justificar la flexibilidad en materia procesal civil. La justicia civil, en el cumplimiento de sus fines, tiene que desplegar y consumir una serie de recursos: medios personales, materiales, económicos y temporales. Una de las particularidades de la justicia civil es que la actividad jurisdiccional se encuentra regulada por el Derecho Procesal. Esta rama del Derecho regula diversas materias, entre ellas muchos aspectos relativos a los medios que utiliza la jurisdicción. El Derecho Procesal regula aspectos personales, quien decide (el juez, un jurado); quien interviene (partes y sus abogados, terceros interesados, terceros sin interés, como testigos o peritos, etc.); incluso regula aspectos del personal administrativo de los tribunales (designación, remuneración, grado jerárquico, etc.). Además regula aspectos monetarios del proceso (tasas, costas, honorarios, etc.). También regula aspectos temporales (emplazamiento, audiencias, juzgamiento en un plazo razonable, etc.).

En consecuencia, si existe un imperativo de eficiencia que exige que los fines de la justicia civil se maximicen y los medios se reduzcan y, si además el empleo de los medios necesarios para el cumplimiento de los

fines de la jurisdicción se encuentra regulado por las normas procesales, entonces, la flexibilidad se justifica plenamente. Una regulación flexible permite o contribuye a que se cumpla el imperativo de la eficiencia. Una regulación flexible permite adecuar el procedimiento a las particularidades del caso concreto y con ello, confiere mayor libertad para disponer de los medios de la forma más eficiente posible.

(20) Se debe distinguir entre la flexibilidad de las normas procesales individualmente consideradas y la flexibilidad del procedimiento en su conjunto. La flexibilidad de las normas procesales depende de (1) ciertas propiedades de las normas jurídicas; (2) del contenido amplio de ciertas normas, y (3) de una regulación antiformalista de la invalidez procesal. Estas tres circunstancias permiten conferir flexibilidad a las normas procesales y con ello confieren también flexibilidad al procedimiento. Por su parte, la flexibilidad del procedimiento depende, además de la flexibilidad de las normas procesales, (1) de los poderes del juez y (2) de los poderes de las partes, para determinar y/o modificar el procedimiento establecido.

(21) Los mecanismos o instituciones jurídicas que permiten conferir flexibilidad al procedimiento son: la vaguedad del lenguaje, la textura abierta del lenguaje, los conceptos jurídicos indeterminados de carácter normativo, los principios jurídicos, las reglas de fin y directrices, las normas alternativas, la regulación de la invalidez procesal, los poderes del juez para determinar o modificar el procedimiento y los acuerdos procesales de las partes para alterar o establecer las reglas del procedimiento.

(22) La vaguedad es una característica o propiedad de los conceptos o significados que consiste en la falta de claridad de sus límites de aplicación. Es decir, la vaguedad es la indeterminación o falta de claridad sobre los diversos objetos a los cuales un concepto o significado se aplica. La vaguedad del lenguaje permite conferir flexibilidad a las normas procesales, pues esta indeterminación en la aplicación de ciertos conceptos permite que ellos puedan aplicarse o no de acuerdo a las diversas circunstancias de hecho del caso particular. En la medida que existe indeterminación respecto de los límites, es posible su aplicación a diversos casos particulares. Este grado de indeterminación de los límites del concepto confiere al aplicador de la norma algún grado de maniobra para adaptar la norma jurídica a los diversos casos particulares.

(23) La textura abierta del lenguaje es un tipo de vaguedad que se caracteriza por no ser actual, sino potencial o futura, que se produce frente

al surgimiento de un nuevo caso especial que no pudo ser previsto al momento de determinar los elementos o propiedades del concepto. La textura abierta del lenguaje contribuye a conferir flexibilidad al procedimiento, pues en la medida que existe indeterminación respecto de los límites de ciertos conceptos esto permite que ellos puedan ser aplicables a nuevos casos que vayan surgiendo. Esta indeterminación confiere al aplicador de la norma algún grado de maniobra para adaptar la norma jurídica (procesal) a las nuevas situaciones particulares.

(24) De acuerdo a las explicaciones de Engisch, un concepto jurídico indeterminado de carácter normativo es aquel para cuya aplicación a un caso concreto siempre se requiere formular una valoración. Este tipo de conceptos permite conferir flexibilidad al procedimiento pues, por medio de esta valoración del juez, la norma puede acomodarse a las distintas circunstancias concretas, o bien, pueden aplicarse a casos diferentes cuando estas valoraciones cambien.

(25) Los principios jurídicos son estándares normativos que están afectos a un grado mayor de indeterminación que las reglas, en lo referido al supuesto de hecho y a la consecuencia jurídica. En el primer aspecto, los principios no tienen establecidas sus condiciones de aplicación, o bien, tienen establecidas sus condiciones de aplicación en forma abierta. Por su parte, la consecuencia jurídica de los principios no se aplica en forma absoluta, sino en forma gradual, en la mayor medida posible. Esta indeterminación de los principios colabora a conferir flexibilidad al procedimiento por dos razones:

Si los principios jurídicos no tienen establecidos sus condiciones de aplicación, o bien, tienen establecidas sus condiciones de aplicación en forma abierta, esto quiere decir que ellos no solo se aplican a un conjunto cerrado de situaciones. Por el contrario, de acuerdo a esta indeterminación característica de los principios, ellos tienen la potencialidad de aplicarse a diversas situaciones posibles. Esto confiere al aplicador un margen de libertad mayor para adecuar o adaptar el principio a las diversas particularidades del caso concreto. Es en este sentido que entendemos que permite conferir flexibilidad al procedimiento.

Si los principios son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, y en consecuencia, ellos pueden ser cumplidos en mayor o menor grado según las características del caso concreto, entonces ellos confieren al aplicador un cierto grado de libertad o movilidad mayor que en el caso de las reglas. Pues ellos deben

decidir en qué medida y en qué grado debe ser cumplido aquello que el principio ordena. Por lo tanto, de esta forma de aplicación del principio se desprende su aptitud para ser adecuado o adaptado a las particularidades de cada caso concreto, y en consecuencia, para conferir flexibilidad al procedimiento.

(26) Las reglas de fin y directrices, según las explicaciones de Atienza y Ruiz Manero, tienen como rasgo común la forma que adopta la consecuencia jurídica, pues en ambos casos aquello que la norma establece como debido es la obtención de un determinado estado de cosas, la obtención de un fin. Por esta razón, las directrices permiten conferir flexibilidad al procedimiento, en relación con la consecuencia jurídica, de la misma manera que los principios según explicamos en el apartado anterior. En término simples, tratándose de las directrices y de ciertas reglas de fin, la aplicación de la consecuencia jurídica a un caso concreto es menos rígida. A diferencia de los demás tipos de reglas cuya consecuencia jurídica se aplica de forma *todo o nada*, en este caso la consecuencia jurídica se aplica de forma gradual, en la mayor medida de lo posible.

(27) Una norma alternativa en materia procesal es aquella que establece dos o más opciones procedimentales entregando al juez y/o a las partes la facultad de elegir entre estos posibles actos procesales. Las normas alternativas constituyen una forma de ser de las normas jurídicas procesales que confiere flexibilidad al procedimiento. Pues en la medida que ellas le otorgan a los sujetos procesales la posibilidad de elegir entre dos o más cursos de acción o dos o más actos procesales, ellos confieren un cierto grado de libertad o maniobra para que estos puedan elegir aquél que mejor se adecúe o adapte a las circunstancias y características del caso concreto objeto de la controversia.

(28) Una regulación antiformalista de la invalidez procesal dota a las normas procesales de un cierto grado de flexibilidad en su ejecución y con ello contribuye también a conferir flexibilidad al procedimiento. Pues permite ejecutar un acto procesal sin cumplir alguna de las normas que lo regulan cuando esto sea necesario para adaptar el procedimiento a las circunstancias concretas. Se trata de una flexibilidad en la ejecución de los actos procesales.

La doctrina procesal moderna entiende que no todo incumplimiento de normas procesales implica necesariamente la aplicación de una consecuencia procesal. La ineficacia de un acto procesal no es una cuestión

automática. No toda irregularidad o vicio en la ejecución en un acto del proceso supone necesariamente la declaración de nulidad y su consecuente ineficacia. Las consecuencias jurídicas de este incumplimiento van a depender de diversas opciones normativas contenidas en la regulación de la invalidez procesal. Esta idea se sostiene fundamentalmente en tres pilares: el estándar de invalidez, la subsanación y la convalidación. Estos tres conceptos actúan como barreras de contención a la declaración de nulidad. Es precisamente esta posibilidad de que el incumplimiento de la norma procesal no genere ineficacia la que abre la posibilidad de adaptar la ejecución de la norma a las circunstancias de cada controversia particular.

(29) La historia reciente del Derecho Procesal revela que se ha consolidado la tendencia a conferir al juez relevantes poderes al interior del proceso jurisdiccional. El análisis del Derecho comparado ratifica esta tendencia generalizada.

(30) Entre los diferentes mecanismos que permiten conferir flexibilidad procesal, las potestades del juez para determinar y/o modificar el procedimiento son, sin duda, las más importantes. Tanto por la posición institucional del juez en la conducción del proceso, la tendencia generalizada a nivel comparado a robustecer su protagonismo, así como las características mismas de estas potestades, las convierten en el principal dispositivo flexibilizador.

Por definición estas potestades le confieren al juez el poder para establecer el procedimiento a utilizar, o bien, para modificar el procedimiento legalmente establecido. Al ejercer estas potestades el juez puede perseguir diversos objetivos. Uno de los posibles objetivos que el juez puede buscar al ejercer este tipo de potestades es adaptar o adecuar el procedimiento a las características y necesidades particulares del conflicto objeto de la controversia. De esta manera, la sola existencia de este tipo de potestades constituye una herramienta potencialmente útil y valiosa para que el procedimiento sea flexible. Es decir, este tipo de potestades constituye un mecanismo procesal que permite que el procedimiento pueda ser adaptado o ajustado a las circunstancias del caso concreto.

(31) Los acuerdos procesales como mecanismo de flexibilidad procesal son aquellos pactos o convenios celebrados por dos o más sujetos, en forma previa o durante el juicio, cuyo contenido está destinado a producir efectos en el proceso, consistentes en crear, modificar o derogar normas procesales,

así como, crear obligaciones de comportamiento para las partes en un proceso actual o futuro.

Los acuerdos procesales contribuyen a dotar de flexibilidad al procedimiento pues, en la medida que los acuerdos procesales buscan crear, modificar o derogar normas procesales, o bien, crear obligaciones de comportamiento para alguna de las partes en el proceso, ellos pueden utilizarse para adaptar las normas procesales al caso concreto. Desde luego el acuerdo procesal puede ser pactado por las partes con un objeto diferente, lícito o no. Pero ello no excluye la posibilidad de que el acuerdo sea celebrado con el fin de adecuar el procedimiento. Dicho de otra manera, independientemente de los diversos fines para los cuales puede ser utilizado el acuerdo procesal, estos tienen la aptitud para permitir a las partes adaptar las diversas normas procesales, y con ello, permiten conferir flexibilidad al procedimiento.

(32) Las normas y criterios que determinan el procedimiento aplicable en España, Chile e Inglaterra confieren a este diversos grados de flexibilidad. El sistema español de la LEC es especialmente rígido, y por ello, inadecuado. En Chile el sistema del CPC, aunque es muy similar a la LEC española, presenta algunos atisbos de flexibilidad. En este sentido, la substitución del procedimiento es el mecanismo más relevante. El Proyecto de Código Procesal Civil chileno que actualmente se encuentra en discusión, da un paso más en la flexibilidad pues, junto con mantener en gran parte los atisbos de flexibilidad el actual Código, incorpora (para un caso específico) la voluntad de las partes como criterio de distribución. Lamentablemente elimina la figura de la substitución del procedimiento. Por último, el sistema inglés es un ejemplo de flexibilidad a la hora de determinar el procedimiento aplicable. Pues la decisión, aunque es dirigida y guiada por la ley, es una decisión que le corresponde en definitiva al juez a partir de la información del caso concreto. Además, es una decisión que se puede ir reconsiderando durante el transcurso del proceso, de manera de asegurar que el procedimiento se adapte a cada caso particular.

(33) La flexibilidad es necesaria y conveniente para una mejor regulación del sistema de asignación procedimental. Si se quiere cumplir con el imperativo de eficiencia, si se quiere utilizar el procedimiento más apropiado para cada conflicto y que la complejidad del asunto sea el criterio más relevante para decidir el procedimiento aplicable, esta decisión le debe corresponder al juez y no a la ley. Esta decisión debe ser adoptada por el

juez *a posteriori*. Además, es necesario que exista la posibilidad que esta decisión pueda ser reconsiderada durante el transcurso del proceso, como en el sistema inglés, o como ocurre en Chile con la figura de la sustitución del procedimiento.

(34) Es deseable que se incorpore a la voluntad de las parte como circunstancia a considerar a la hora de establecer el procedimiento aplicable. La concurrencia conjunta de los mecanismos flexibilizadores más sofisticados (los acuerdos de las partes y las potestades del juez) contribuye a alcanzar mayores grados de flexibilidad al procedimiento. Sin embargo, atendido a que las partes pueden tener intereses no alineados o incluso contradictorios con la eficiencia de la justicia civil, estimamos que la decisión definitiva sobre el procedimiento aplicable es una cuestión que le debe corresponder al juez en el ejercicio de sus potestades de dirección procesal.

(35) Como la determinación del procedimiento aplicable debe ser una decisión del juez *a posteriori*, respecto de cada proceso en particular, esto supone que la teoría del presupuesto procesal del procedimiento adecuado es inaplicable, o bien, debe reconstruirse dogmáticamente de una forma diferente.

Es una teoría inaplicable pues no existiría un procedimiento legalmente correcto de acuerdo a la ley. Solo existiría un procedimiento que, en opinión del juez, es el más adecuado para cada caso concreto.

O bien, la teoría del procedimiento adecuado se debe reconstruir dogmáticamente de una manera diferente, pues esta no debería entenderse como la aplicación del procedimiento legalmente correcto. Ni como un presupuesto necesario para la dictación de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Por el contrario, la adecuación del procedimiento debería entenderse como la aplicación del procedimiento que sea el más apropiado cada conflicto particular de acuerdo a las características y circunstancias concretas. Debería entenderse como un presupuesto necesario para una adecuada y eficiente tramitación del proceso en relación con cada caso particular. En este sentido, la reclamación de la inadecuación del procedimiento no buscaría aplicar el procedimiento que corresponda de acuerdo a la ley, sino que buscaría que se aplique el procedimiento que sea más conveniente para cada caso particular de acuerdo a sus características específicas, atendiendo fundamentalmente a la complejidad del conflicto y del proceso.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUIRREZABAL G., MAITE (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 13, Universidad de los Andes, Santiago, 2012.
2. ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del Derecho*, Seña, Jorge M. (trad.), Gedisa Editorial, Barcelona, 1994.
3. ALEXY, ROBERT, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bernal Pulido, Carlos (trad.), Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, pp. 93 – 137.
4. ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Garzón Valdés, Ernesto (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
5. ALI / UNIDROIT, “Principles of Transnational Civil Procedure”, *Uniform Law Review*, N° 9 (4), UNIDROIT, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 758 – 810.
6. ALI / UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure. As adopted and promulgated by the American Law Institute and by UNIDROIT*, Cambridge University Press, Cambridge, Nueva York, 2006.
7. ALLEMEERSH, B., “The belgian perspective on case management in civil litigation”, en VAN RHEE, C.H. (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 79 – 92.
8. ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, “Garantías constitucionales del proceso civil”, en RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, Barcelona, 1982, pp. 5 – 36.
9. ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, en MONTERO AROCA, JUAN (Coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 217 – 247.
10. ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Proceso y república. Crítica a las tendencias actuales del derecho procesal*, Grijley, Lima, 2014.
11. ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE, *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

12. ÁLVAREZ SACRISTÁN, ISIDORO, *La justicia y su eficacia. De la Constitución al proceso*, Editorial Colex, Madrid, 1999.
13. ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*, Monroy Palacios, Juan José (trad.), Palestra Editores, Lima, 2007.
14. ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO, “Efectividad y proceso de conocimiento”, *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 105, 2009, pp. 277 – 288.
15. ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XXII, N° 1, Valdivia, 2009, pp. 185 – 201.
16. ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO, “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 113, 2010, pp. 291 – 310.
17. ALVIM WAMBIER, TERESA ARRUDA, “Judicial activism as goals setting – Civil justice in Brazil”, en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 245 – 260.
18. ANABALÓN SANDERSON, CARLOS, *Tratado de Derecho Procesal Civil. El juicio ordinario de mayor cuantía. Libro Homenaje*, (reimp.), Editorial El Jurista, Santiago, 2015.
19. ANDRÉS CIURANA, BALDOMERO, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
20. ANDREWS, NEIL, “A new civil procedural code for England: party-control ‘going, going, gone’”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, N° 4, Wolters Kluwer Deutschland, Köln, 1999, pp. 3 – 25.
21. ANDREWS, NEIL, *Andrews on civil process. Volume I Court Proceedings*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2013.
22. ANDREWS, NEIL, *English civil procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2003.
23. ANDREWS, NEIL, “Judicial discretion in common law jurisdictions: England, Australia, Canadá and the U.S.A”, en STORME, MARCEL; HESS, BURKHARD, *Discretionary power of the judge: limits and control*, Kluwer, Mechelen, 2003, pp. 119 – 241.
24. ANDREWS, NEIL, *Justicia civil inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*, Temis, Bogotá, 2013.

25. ANDREWS, N., "The New English Civil Procedure Rules (1998)", en VAN RHEE, C. H. (ed.), *European traditions in civil procedure*, Interestia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 161 – 181.
26. ANZIZU FUREST, ANTONIO MARÍA DE, "Aspectos sociológicos de la ley de enjuiciamiento civil: duración y coste del proceso", en RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, Barcelona, 1982, pp. 37 – 70.
27. ARMSTRONG, NICK, "Making tracks", en ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, ROSS (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on 'Access to justice'*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
28. ARNOLD, RAINER; MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO; ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal Constitucional", *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 1, 2012, pp. 65 – 116.
29. ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, *Introducción al Derecho Procesal*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
30. ASSER, W. D. H., *et al*, "A new balance. A summary of the Interim report Fundamental review of the dutch law of civil procedure", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, N° 8, Wolters Kluwer Deutschland, Köln, 2003, pp. 329 – 387.
31. ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 2007.
32. ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, "Reglas, principios y derrotabilidad", en DÍEZ-PICAZO, LUIS *et al.*, *Nos ad justitiam esse natos. Libro en homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1911 – 2011)*, Vol. II, Edeval, Valparaíso, 2011, pp. 1117 – 1137.
33. ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, "Sobre principios y reglas", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 10, 1991, pp. 101 – 120.
34. ATRIA, FERNANDO, "Creación y aplicación del Derecho: entre formalismo y escepticismo", en ATRIA, FERNANDO *et al.*, *Lagunas en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2005, pp. 45 – 72.
35. ATRIA, FERNANDO, "Del Derecho y el razonamiento jurídico", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 22, 1999, pp. 79 – 119.
36. ATRIA, FERNANDO, "H. L. A. Hart y la textura abierta del derecho", *Anuario de filosofía jurídica y social. Diálogos con Norberto Bobbio y G. H. Von Wright*, N° 17, Edeval, Valparaíso, 1999, pp. 379 – 393.

37. ATRIA, FERNANDO, "Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5, Santiago, 2004, pp. 119 – 141.
38. ATRIA, FERNANDO, *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2016.
39. ATRIA, FERNANDO, "La improbabilidad de la jurisdicción", en COUSO, JAVIER; ATRIA, FERNANDO (eds.), *La judicatura como organización*, Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago, 2007, pp. 33 – 54.
40. ATRIA, FERNANDO, "Las circunstancias de la derrotabilidad", *Revista de Ciencias Sociales*, N° 45, Edeval, Valparaíso, 2000, pp. 448 – 456.
41. ATRIA LAMAITRE, FERNANDO; "Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predictibilidad y autogobierno", en BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3ª ed., Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 7 – 16.
42. ÁVILA, HUMBERTO, *Certainty in law*, Law and Philosophy Library, N° 114, Springer, Suiza, 2016.
43. ÁVILA, HUMBERTO, *Teoría de los principios*, Criado Sánchez, Laura (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2011.
44. AVRAHAM, RONEN; HUBBARD, WILLIAM H. J.; LIPSCHITS, ITAY E., "Procedural flexibility in three dimensions", *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper Series*, Vol. 20, No. 1, Chicago, 2018, pp. 1 – 39.
45. AYLWIN AZÓCAR, PATRICIO, *El juicio arbitral*, 6ª ed. actualizada y complementada por el Profesor Eduardo Picand Albónico, Thomson Reuters, Santiago, 2014.
46. BARBERÁ SÁNDEZ, SALVADOR, "Justicia, equidad y eficiencia", *Hacienda pública española*, N° 51, 1978, pp. 213 – 248.
47. BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS, "Convenções das partes sobre materia procesual", en *Temas de direito procesual, Tersera Série*, Editora Saraiva, São Paulo, 1984, pp. 87 – 98.
48. BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS, "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo", en *Temas de direito procesual, Tersera Série*, Editora Saraiva, São Paulo, 1984, pp. 27 – 42.
49. BARROS BOURIE, ENRIQUE, "Conceptualismo y vulgarismo en el Derecho civil patrimonial", en FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO; BARROS BOURIE, ENRIQUE; TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO (Coords.), *Estudios de*

- Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, pp. 21 – 36.
50. BARROS BOURIE, ENRIQUE, “Reglas y principios en el Derecho”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, N°2, Edeval, Valparaíso, 1984, pp. 269 – 281.
51. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “El mito de Montesquieu”, en SCHOPF OLEA, ADRIÁN; MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS (eds.), *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, pp. 3 – 169.
52. BASSA MERCADO, JAIME; ASTE LEIVA, BRUNO, “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 1, 2015, pp. 215 – 244.
53. BAYÓN, JUAN CARLOS, “Eficacia e inalienabilidad”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 15 – 16, 1994, pp. 971 – 991.
54. BAYÓN, JUAN CARLOS, “Justicia y eficiencia”, en DÍAZ, ELÍAS; COLOMER, JOSÉ LUIS, *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 243 – 277.
55. BELADIEZ ROJO, MARGARITA, *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.
56. BELLO JANEIRO, DOMINGO, “El futuro del arbitraje en España”, en GÓMEZ GÁLLIGO, JAVIER (Coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pp. 839 – 854.
57. BENAVIDES DE CASTAÑEDA, LUISA, “La flexibilidad: nuevo paradigma de las relaciones laborales”, *Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, N° 26, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Comparado, Valencia, Venezuela, 2003, pp. 305 – 333.
58. BENTHAM, JEREMÍAS, *Tratado de las pruebas judiciales* (Obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont), Ossorio Florit, Manuel (trad.), Editorial Comares, Granada, 2001.
59. BERCOVITZ, RODRIGO, “La nueva Ley de arbitraje”, en ABRIL, JUAN M.; AMAT, MARÍA E. (Coords.), *Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferriol*, Vol. 1, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 361 – 372.
60. BERIZONCE, ROBERTO OMAR, “Bases para actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica”, *Civil Procedure Review*, v. 2, N° 2, 2011, pp. 104 – 129.

61. BERIZONCE, ROBERTO O., *Efectivo acceso a la justicia*, Librería Editora Platense, La Plata, 1987.
62. BERIZONCE, ROBERTO OMAR, “El objeto de la decisión y cuestiones que integraron la litis. (Flexibilización del principio de preclusión)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 2009, pp. 101 – 112.
63. BERIZONCE, ROBERTO OMAR, “El principio de legalidad formal bajo el prisma de la constitución 'normatizada'”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, N° 40, 2014, pp. 65 – 85.
64. BERIZONCE, ROBERTO OMAR, “Ideologías y proceso”, en DOS SANTOS LUCON, PAULO HENRIQUE *et al.* (coords.), *Processo em Jornadas*, Editora Jus Podivim, Salvador de Bahía, 2016, pp. 855 – 880.
65. BERIZONCE, ROBERTO OMAR, “Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencia del derecho internacional de los derechos humanos)”, en *Actas del Congreso Internacional de Derecho en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, Edeval, Valparaíso, 2012, pp. 15 – 74.
66. BERIZONCE, ROBERTO OMAR, “Un 'nuevo' tipo procesal sumario: hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia”, en BERIZONCE, ROBERTO O.; FUCITO, FELIPE (coords.), *Los procesos sumarios y la efectividad de la justicia*, Universidad Nacional de la Plata, Buenos Aires, 2011, pp. 15 – 39.
67. BERIZONCE, ROBERTO O.; FUCITO, FELIPE (coords.), *Los procesos sumarios y la efectividad de la justicia*, Universidad Nacional de la Plata, Buenos Aires, 2011.
68. BIAVATI, PAOLO, “Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe?”, en CARPI, FEDERICO; LUPOI, MICHELE ANGELO (eds.), *Essays on transnational and comparative civil procedure. Scritti sul diritto processuale civile transnazionale e comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 85 – 104.
69. BOBBIO, NORBERTO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Díaz, Elías *et al.*, (trad.), Editorial Trotta, Madrid, 2015.
70. BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, 3ª reimp. a la 2ª ed., Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1999.
71. BONET NAVARRO, ANGEL, “Rasgos de la forma y formalismo en el proceso (en defensa de la forma)”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 2-3, 1977, pp. 451 – 505.

72. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho Chileno”, en COUSO, JAVIER; ATRIA, FERNANDO (eds.), *La judicatura como organización*, Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago, 2007, pp. 57 – 81.
73. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2, 2011, pp. 311 – 337.
74. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, *Derecho jurisdiccional*, Derecho Austral, Valdivia, 2016.
75. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “El debido proceso civil”, en FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS (coord.), *La constitucionalización del Derecho Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 251 – 295.
76. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Función del proceso y la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil. Repercusiones para las partes y para el juez”, en AGUIRREZABAL G., MAITE (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 23, Universidad de los Andes, Santiago, 2012, pp. 87 – 105.
77. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno”, *Revista de Derecho*, Vol. XXX, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2008, pp. 185 – 219.
78. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Año 23, N° 1, Coquimbo, 2016, pp. 173 – 198.
79. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS; CORTEZ MATCOVICH, GONZALO; PALOMO VÉLEZ, DIEGO; *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, Thomson Reuters, Santiago, 2013.
80. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS; CORTEZ MATCOVICH, GONZALO; PALOMO VÉLEZ, DIEGO; *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago, 2014.
81. BOTTO OAKLEY, HUGO, *La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2001.
82. BOYER, ROBERT (dir.), *La flexibilidad del trabajo en Europa. Un estudio comparativo de las transformaciones del trabajo asalariado en siete*

- países, entre 1973 y 1985*, Fernández, Jesús (trad.), Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986.
83. BROECKX, KAREN, “The discretionary power of the judge. Regional Report: Belgium, France, Italy, Netherlands”, en STORME, MARCEL; HESS, BURKHARD, *Discretionary power of the judge: limits and control*, Kluwer, Mechelen, 2003, pp. 243 – 272.
84. BRYCE, JAMES, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
85. CABRAL, TRÍCIA NAVARRO XAVIER, “Convenciones en materia procesal”, Flores Ticona, Marco Antonio (trad.), en NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE; CAVANI, RENZO (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, Vol. 1, Raguel Ediciones, Lima, 2015, pp. 293 – 335.
86. CABRAL, TRÍCIA NAVARRO XAVIER, “Flexibilização procedimental”, *Revista eletrônica de direito procesual*, v. VI, N° 6, 2016, pp. 135 – 164.
87. CABRAL, TRÍCIA NAVARRO XAVIER, “Reflexos das convenções em materia procesual nos atos judiciais”, en DO PASSO CABRAL, ANTONIO; NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coord.), *Negócios processuais*, Editora JusPodivm, Salvador – Bahía, 2015, pp. 215 – 243.
88. CACHÓN CADENAS, MANUEL, “Apuntes sobre la implantación del impulso oficial en el proceso civil español”, en PICÓ I JUNOY, JOAN (dir.), *Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 63 – 79.
89. CADIET, LOÏC, “Case management judiciaire et déformalisation de la procédure”, *Revue française d’administration publique*, n° 125, 2008, pp. 133 – 150.
90. CADIET, LOÏC, “Civil justice reform: Access, cost and delay. The french perspective”, en ZUCKERMAN, ADRIAN A. S. (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, reimp., Oxford University Press, New York, 2003, pp. 291 – 346.
91. CADIET, LOIC, “La justicia civil francesa entre eficiencia y garantías”, *Civil Procedure Review*, V. 4, N° 3, 2013, pp. 25 – 50.
92. CADIET, LOÏC, “L’équilibre entre la rigidité et la flexibilité dans le proces”, en DOS SANTOS LUCÓN, PAULO ENRIQUE *et al.* (coords.), *Processo em Jornadas. XI Jornadas brasileiras de Direito processual. XXV*

- Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*, Editora JusPodivm, Salvador Bahia, 2016, pp. 596 – 606.
93. CADIET, LOÏC, “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, *Civil Procedure Review*, v. 3 n. 3, 2012, pp. 3 – 35.
 94. CADIET, LOÏC, “Sources and destiny of french civil procedure in a globalized world”, PICKER, COLIN B.; SEIDMAN, GUY I., *The dynamism of civil procedure – Global trends and developments*, Springer, Suiza, 2016, pp. 63 – 84.
 95. CADIET, LOÏC, “The new french code of civil procedre (1975)”, en VAN RHEE, C. H. (ed.), *European traditions in civil procedure*, Interestia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 49 – 68.
 96. CALABRESI, GUIDO, “Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 2, 1985, pp. 219 – 228.
 97. CALABRESI, GUIDO, “An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin”, *Hofstra Law Review*, Vol. 8, Issue 3, 1980, pp. 553 – 562.
 98. CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de Derecho Procesal civil. Según el nuevo Código*, Sentís Melendo, Santiago (trad.), Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943.
 99. CALAMANDREI, PIERO, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ayerra Merín, Marino (trad.), Librería El Foro, Buenos Aires, 1996.
 100. CALSAMIGLIA, ALBERT, “Eficiencia y Derecho”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 4, 1987, pp. 267 – 287.
 101. CALSAMIGLIA, ALBERT, “Justicia, eficiencia y Derecho”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°1, 1988, pp. 305 – 335.
 102. CALSAMIGLIA, ALBERT, “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, *Documentación Administrativa*, N° 218 – 219, Dedicado a Administración y Constitución: El principio de eficacia, España, 1989, pp. 113 – 152.
 103. CAPPELLETTI, MAURO (ed.), *Access to justice and the walfare state*, European University Institute, Alphen aan den Rijn: Sijthoff; Bruxelles: Bruylant; Stuttgart: Klett-Cotta; Firenze: Le Monnier, 1981.
 104. CAPPELLETTI, MAURO, “Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad”, *Revista de Processo*, N° 64, año 16, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, pp. 145 – 157.

105. CAPPELLETTI, MAURO, “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)”, en *Proceso, ideologías, sociedad*, Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf (trads.), E.J.E.A, Buenos Aires, 1974, pp. 33 – 90.
106. CAPPELLETTI, MAURO, “El proceso civil italiano en el cuadro de la contraposición ‘Civil law’ - Common law’ (Apuntes histórico-comparativos)”, en *Proceso, ideologías, sociedad*, Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf (trads.), E.J.E.A, Buenos Aires, 1974, pp. 315 – 361.
107. CAPPELLETTI, MAURO, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, Sentis Melendo, Santiago (trad.), EJE, Buenos Aires, 1973.
108. CAPPELLETTI, MAURO, “Ideologías en el Derecho Procesal”, en *Proceso, ideologías, sociedad*, Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf (trads.), E.J.E.A, Buenos Aires, 1974, pp. 3 – 31.
109. CAPPELLETTI, MAURO, “Iniciativas probatorias del juez y bases prejurídicas de la estructura del proceso”, en *La Oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Sentís Melendo, Santiago (trad.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pp. 111 – 135.
110. CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, BRYANT, *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, Amaral, Samuel (trad.), Colegio de Abogados del Departamento Judicial de la Plata, La Plata, 1983.
111. CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, BRYANT (eds.), *Access to justice. The Florence Access to justice project*, 4 volúmenes, Dott. A. Guiffre Editore, Milán, 1978.
112. CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, BRYANT G., “History of European Civil Procedure”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVI, Civil Procedure, capítulo 2, Mohr Siebeck - Martinus Nijhoff Publishers, Tübingen, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1987.
113. CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, BRYANT G., “Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVI, Civil Procedure, capítulo 1, Mohr Siebeck - Martinus Nijhoff Publishers, Tübingen, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1987.
114. CAPONI, REMO, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della*

- Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, N° 11, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 99 – 119.
115. CAPONI, REMO, “Autonomía privada e proceso civile: gli accordi processuali”, *Civil Procedure Review*, V. 1, N° 2, 2010, pp. 42 – 57.
 116. CAPONI, REMO, “Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: Prime note sistematiche”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 65, N° 2, 2011, pp. 389 – 406.
 117. CAPONI, REMO, “Italian civil justice reform 2009”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, N° 14, Wolters Kluwer Deutschland, Köln, 2009, pp. 1 – 16.
 118. CAPONI, REMO, “O princípio da proporcionalidade na justiça civil. Primeiras notas sistematicas”, *Revista de processo*, N° 192, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 397 – 415.
 119. CAPONI, REMO, “Rigidità e flessibilità del processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Segunda Serie, N° 6, 2016, pp. 1442 – 1458.
 120. CARBONELL, FLAVIA; LETELIER, RAÚL; COLOMA, RODRIGO, *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Thomson Reuters, Santiago, 2011.
 121. CARBONELL, MIGUEL (coord.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Librotecnia, Santiago, 2010.
 122. CAROCCA PÉREZ, ALEX, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.
 123. CAROCCA PÉREZ, ÁLEX, *Manual de Derecho procesal. Tomo II. Los procesos declarativos*, Lexis Nexis, Santiago, 2003.
 124. CARRASCO POBLETE, JAIME ANDRÉS, *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2012.
 125. CARRASCO POBLETE, JAIME (ed.), *La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 16, Universidad de los Andes, Santiago, 2009.
 126. CARRERAS, JORGE, “Facultades materiales de dirección”, en FENECH, MIGUEL; CARRERAS, JORGE; *Estudios de Derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962, pp. 253 – 264.
 127. CARRETTA MUÑOZ, FRANCESCO, “Análisis dogmático sobre la desformalización del proceso judicial de familia chileno. Parte Final”, *Revista de Derecho*, XLV, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2015, pp. 177 – 203.

128. CARRETTA MUÑOZ, FRANCESCO, “La desformalización del proceso judicial de familia e infancia”, *Revista de Derecho*, XLII, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2014, pp. 481 – 495.
129. CARNELUTTI, FRANCISCO, *Sistema de derecho procesal civil*, Tomo I, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto; Sentís Melendo, Santiago (trads.), Uthea Argentina, Buenos Aires, 1944.
130. CARNELUTTI, FRANCISCO, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo. III, *Actos del proceso*, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto; Sentís Melendo, Santiago (trads.), Uthea Argentina, Buenos Aires, 1944.
131. CASARINO VITERBO, MARIO, *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho Procesal Orgánico*, 6ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015.
132. CASARINO VITERBO, MARIO, *Manual de Derecho procesal, Tomo V. Derecho Procesal Civil*, 6ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
133. CASARINO VITERBO, MARIO, *Manual de Derecho procesal. Tomo VI. Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007(2).
134. CAVANI, RENZO, *La nulidad en el proceso civil*, Palestra Editores, Lima, 2014.
135. CAVANI, RENZO, “Formalismo y colaboración en el proceso civil. Una introducción al paradigma del formalismo-valorativo”, *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 120, 2011, pp. 323 – 333.
136. CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1994.
137. CHAN, PETER C. H.; CHAN, DAVID, “Civil justice with multiple objectives. The unique path of Hong Kong’s civil justice reform”, en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 143 – 165.
138. CHAYES, ABRAM, “The role of the judge in public law litigation”, *Harvard Law Review*, Vol. 89, N° 7, 1976, pp. 1281 – 1316.
139. CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Gómez Orbajena, E., (trad.), Vol. I, 1ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.
140. CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Principii di Diritto Processuale Civile*, IV ed., Nicola Jovene E. C. Editore, Nápoles, 1928.

141. CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomos I y II, Casais y Santaló, José (trad.), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.
142. CIPRIANI, FRANCO, “El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes”, en MONTERO AROCA, JUAN (Coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 81 – 95.
143. CIPRIANI, FRANCO, “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, en MONTERO AROCA, JUAN (Coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 51 – 64.
144. COLEMAN, JULES L., “Efficiency, Utility, and Wealth Maximization”, *Hofstra Law Review*, Vol. 8, 1980, pp. 509 – 551.
145. COLEMAN, JULES L., “The economic analysis of law”, en PENNOCK, J. ROLAND; CHAPMAN, JOHN W. (eds.), *Ethics, economics, and the law*, Nomos XXIV, New York University Press, Nueva York – Londres, 1982, pp. 83 – 103.
146. COLLER, XAVIER, *La empresa flexible. Estudio sociológico del impacto de la flexibilidad en el proceso de trabajo*, Centro de Investigaciones sociológicas, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1997.
147. COLINA CORREA, RAFAEL, *El arbitraje en España. Ventajas y desventajas*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.
148. COLOMA CORREA, RODRIGO, “Los principios como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos”, en CARBONELL, FLAVIA *et al.*, *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 3 – 16.
149. COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *La competencia*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
150. COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *La jurisdicción en el Derecho chileno. Un aporte al estudio del conflicto y sus formas de solución*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.
151. COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *Los actos procesales, Tomo I*, reimp., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.
152. COMOGLIO, LUIGI PAOLO, *Il principio di economia processuale*, T. I., Cedam, Padova, 1980.
153. CONEJERO ROOS, CRISTIÁN, “La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América latina: Un análisis comparativo”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, N° 1, Santiago, 2005, pp. 89 – 138.

154. CONSOLO, CLAUDIO (dir.), *Código di Procedura Civile*, T. III, V ed., Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2013.
155. CONTESSE SINGH, JORGE, “Reglas y principios en Chile: ¿Jerarquía entre los derechos constitucionales?”, *Anuario de filosofía jurídica y social. Sobre la cultura jurídica chilena*, N°20, Edeval, Valparaíso, 2002, pp. 53 – 93.
156. COOTER, ROBERT; ULEN, THOMAS, *Derecho y economía*, Suárez, Eduardo L. (trad.), Fondo de cultura económica, Mexico, 1998.
157. CORDERO-MOSS, GIUDITTA, “International arbitration is not only international”, en CORDERO-MOSS, GIUDITTA (ed.), *International Comercial Arbitration. Different forms and their features*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013, pp. 7 – 39.
158. CORDÓN MORENO, FAUSTINO, “En torno a los poderes de dirección del juez civil”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 63, N° 8, España, 1979, pp. 807 – 826.
159. CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, “La eficacia del proceso de declaración”, en RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, Barcelona, 1982, pp. 119 – 142.
160. CORTEZ MATCOVICH, GONZALO; PALOMO VÉLEZ, DIEGO (dirs.), *Proceso civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, Thomson Reuters, Santiago, 2018.
161. COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial Puntotex, Santiago, 2010.
162. COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Ed. Póstuma, Depalma, Buenos Aires, 1958.
163. CRUZ ARENHART, SÉRGIO; OSNA, GUSTAVO, “Complexity, proportionality and the 'pan-procedural approach””, *International Journal of Procedural Law*, Vol. 4, N° 2, 2014, pp. 178 – 201.
164. CRUZ MORATONES, CARLES; FERNÁNDEZ BLANCO, CAROLINA; FERRER BELTRÁN, JORDI (eds.), *Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2015.
165. CUNHA, LEONARDO CARNEIRO DA, “A previsão do principio da eficiencia no projeto do novo Código de proceso civil brasileiro”, *Revista de processo*, vol. 233, 2014, pp. 65 – 84.
166. CUNHA, LEONARDO CARNEIRO DA, “Negocios jurídicos procesales en el proceso civil brasileño”, Flores, Marco Antonio (trad.), en NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE; CAVANI, RENZO (Coords.), *Convenciones procesales*.

- Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, Vol. 1, Raguel Ediciones, Lima, 2015, pp. 221 – 270.
167. DAVIS, KEVIN E.; HERSHKOFF, HELEN, “Contracting for procedure”, *William and Mary Law Review*, Vol. 53, Issue 2, November, 2011, pp. 507 – 566.
168. DAMASKA, MIRJAN R., *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, Morales Vidal, Andrea (trad.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
169. DAMIÁN MORENO, JUAN, *Introducción al sistema judicial español*, 2º Ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2012.
170. DE ROO, ANNIE; JAGTENBERG, ROB, “Mediation and the concepts of accountability, accessibility and efficiency”, en UZELAC, A.; VAN RHEE, C.H. (eds.), *Access to justice and the judiciary*, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2009, pp. 149 – 171.
171. DENTI, VITTORIO, “Negozio processuale”, en *Enciclopedia del Diritto*, v. XXVIII, Giuffrè Editore, Milán, 1978, pp. 138 – 145.
172. DÍAZ URIBE, CLAUDIO ANTONIO, *Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo I*, 2ª ed. actualizada, Thomson Reuters, Santiago, 2017.
173. DIDIER JR., FREDIE, “Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño”, Cavani, Renzo (trad.), en NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE; CAVANI, RENZO (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, Raguel Ediciones, Lima, 2015, pp. 159 – 186.
174. DIDIER JR., FREDIE, “Sobre dois importantes, e esquecidos, principios do proceso: adequação e adaptabilidade do procedimento”, *Gênese – Revista de direito procesal civil*, V. 21, Curitiba, 2001, pp. 530 – 541.
175. DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. II Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2008.
176. DÍEZ-PICAZO, LUIS, “La seguridad jurídica”, en *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2014, pp. 9 – 38.
177. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO “Artículo 24: Garantías procesales”, en ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1996, pp. 24 – 119.
178. DILLA CATALÁ Mª JOSÉ; SOBRINO GONZÁLEZ, GEMMA Mª; “La inevitable flexibilidad de las condiciones laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 25, nº 2, 2007, pp. 77 – 93.

179. DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, *La instrumentalidad del proceso*, Monroy Palacios, Juan José (trad.), Communitas, Lima, 2009.
180. DOS SANTOS BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO, *Direito e proceso. Influência do Direito Material Sobre o Processo*, Malheiros Editores, Brasil, 1995.
181. DOS SANTOS BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO, *Efectividad del proceso y técnica procesal*, Monroy Palacios, Juan José; Delgado Suárez, Christian (trads.), Communitas, Lima, 2010.
182. DWORKIN, RONALD, “Es la riqueza un valor”, en *Una cuestión de principios*, Boschioli, Victoria (trad.), Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, pp. 295 – 331.
183. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Gustavino, Marta (trad.), 2ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1989.
184. DWORKIN, RONALD, “¿Porqué la eficiencia?”, en *Una cuestión de principios*, Boschioli, Victoria (trad.), Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, pp. 333 – 359.
185. DWORKIN, RONALD, *Taking rights seriously*, (reimp.), Duckworth, London, 2005.
186. DWORKIN, RONALD, “The model of rules”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, Issue 1, 1967, pp. 14 – 46.
187. DWYER, DÉIRDRE (ed.), *The civil procedure rules ten years on*, Oxford University Press, Nueva York, 2009.
188. DWYER, DÉIRDRE, “What is the meaning for CPR R 1.1(1)?”, en DWYER, DÉIRDRE (ed.), *The civil procedure rules ten years on*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, pp. 65 – 73.
189. EINHAUS, STEFAN, “The introductory phase and the procedural contract – England and Wales”, en CARPI, FEDERICO; ORTELLS, MANUEL (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, Vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, 241 – 249.
190. ELIZONDO GASPERÍN, MA. MACARITA, “Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados”, en ELIZONDO GASPERÍN, MA. MACARITA (Relatora General), *Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados, XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, Instituto Nacional de Estudios superiores en Derecho Penal, División Editorial, México, 2003, pp. 19 – 90.
191. ENGISCH, KARL, *Introducción al pensamiento jurídico*, Garzón Valdés, Ernesto (trad.), Ediciones Guadarrama, Madrid, 1967.

192. ENGLE, ERIC, "The history of the general principle of proportionality: an overview", *The Dartmouth Law Journal*, Vol. 10 (1), 2012, pp. 1 – 11.
193. ERMIDA URIARTE, ÓSCAR, "La flexibilidad en algunas experiencias comparadas", en ROMAGNOLI, UMBERTO; ERMIDA, ÓSCAR; TAPIA, FRANCISCO, *La transformación del Derecho del trabajo. Experiencias de flexibilidad normativa*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, Chile, 1992, pp. 29 – 54.
194. ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, Editorial Comares, Granada, 1996.
195. FABBI, ALESSANDRO, "New 'sources' of civil procedure law: first notes for a study", en CADIET, LOÏC; HESS, BURKHARD; REQUEJO ISIDRO, MARTA, *Procedural science at the crossroads of different generations. Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for international, european and regulatory procedural law*, v. 4, Nomos, Baden, 2015, pp. 73 – 91.
196. FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; su causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1953.
197. FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, "El proyecto de la ordenanza procesal civil austriaca visto por Franz Klein", en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 301 – 323.
198. FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, "Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo", en *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, pp. 823 – 837.
199. FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, "La sistematización de los procedimientos declarativos españoles", en *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, pp. 747 – 791.
200. FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, "Notas sobre el principio de concentración", en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 281 – 299.
201. FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Lo "sumario" y lo "plenario" en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
202. FEIJÓ, MARIA ANGÉLICA; KOCHER, RONALDO LUIZ, "What to expect from new Brazilian Civil Procedure Code of 2015", *Zeitschrift für*

- Zivilprozess International*, N° 20, Wolters Kluwer Deutschland, Köln, 2015, pp. 363 – 380.
203. FENECH, MIGUEL, “Facultades procesales de dirección”, en FENECH, MIGUEL; CARRERAS, JORGE; *Estudios de Derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962, pp. 241 – 251.
204. FENWICK, MARK; WRBKA, STEFAN (eds.), *Legal Certainty in a contemporary context. Private and Criminal Law Perspectives*, Springer, Singapur, 2016.
205. FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., “New trends in international commercial arbitration in Latin America”, en CORDERO-MOSS, GIUDITTA (ed.), *International Commercial Arbitration. Different forms and their features*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013, pp. 389 – 426.
206. FERNHOUT, FOKKE, “Formal rules in civil procedure and access to justice: striking a balance between excessive formalism and 'anything goes'”, en VAN RHEE, C.H.; UZELAC, A (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2008, pp. 207 – 216.
207. FERRAJOLI, LUIGI, “Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 36, 2013, pp. 559 – 572.
208. FERRAJOLI, LUIGI, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 35, 2012, pp. 791 – 818.
209. FERRAJOLI, LUIGI, “El papel de la función judicial en el estado de Derecho”, en ATIENZA, MANUEL; FERRAJOLI, LUIGI, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 86 – 108.
210. FERRAJOLI, LUIGI, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, pp. 3 – 18.
211. FERRAND, FRÉDÉRIQUE, “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France”, en TROCKER, NICOLÒ; VARANO, VINCENZO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 7 – 32.
212. FERRÉR BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2007.

213. FERRERES COMELLA, VÍCTOR, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, 2000, pp. 29 – 47.
214. FIGUEROA YÁVAR, JUAN AGUSTÍN; MORGADO SAN MARTÍN, ERIKA, *Procedimientos civiles e incidentes*, Thomson Reuters, Santiago, 2013.
215. FISS, OWEN M., “Against settlement”, *The Yale Law Journal*, Vol. 93, N° 6, 1984, pp. 1073 – 1090.
216. FISS, OWEN, *El Derecho como razón pública*, Restrepo Saldarriaga, Esteban (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
217. FISS, OWEN M., “Foreword: The forms of justice”, *Harvard Law Review*, Vol. 93, Issue 1, noviembre, 1979, pp. 1 – 58.
218. FISS, OWEN, “¿La muerte del Derecho?”, en *El Derecho como razón pública*, Restrepo Saldarriaga, Esteban (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, pp. 249 – 266.
219. FISS, OWEN, *The law as it could be*, New York University Press, Nueva York – Londres, 2003.
220. FISS, OWEN, “The social and political foundations of adjudication”, *Law and Human Behavior*, Vol. 6, N° 2, American Psychology - Law Society, Springer, 1982, pp. 121 – 128.
221. FIX-FIERRO, HÉCTOR, *Courts, justice and efficiency. A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2003.
222. FONSECA COSTA, EDUARDO JOSÉ DA, “As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiencia”, *Revista de Processo*, Vol. 30, N° 121, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 275 – 301.
223. FONSECA GAJARDONI, FERNANDO DA, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual)*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
224. FONSECA GAJARDONI, FERNANDO DA, *Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia procesual*, Editorial Atlas, São Paulo, 2008.
225. FRODL, SUSANNE, “The heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896”, *Civil Justice Quarterly*, N° 31 (1), 2012, pp. 43 – 67.
226. GALIČ, ALEŠ, “(In)compatibility of procedural preclusions with the goals of civil justice: an ongoing debate in Slovenia”, en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary*

- Judicial Systems, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 221 – 243.
227. GAMERO CASADO, EDUARDO; FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERINO, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
228. GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *Fundamentos de Derecho laboral*, 4ª ed. actualizada, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2014.
229. GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, “La flexibilidad laboral”, *Cuadernos Jurídicos*, N°5, Universidad Adolfo Ibañez, Santiago, 1996, pp. 1 – 51.
230. GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, “La flexibilidad laboral: Apuntes críticos”, *Revista Laboral Chilena*, 2003, pp. 60 – 68.
231. GANDULFO RAMÍREZ, EDUARDO, “La validez en los contextos de fundamentación y aplicación”, *Revista de ciencias sociales. John Rawls Estudios en su memoria*, N° 47, Edeval, Valparaíso, 2002, pp. 485 – 532.
232. GANDULFO, RAMÍREZ, EDUARDO, “Presupuestos procesales y su decaimiento en los juicios personalísimos. La capacidad procesal en el caso 'Quezada Arias con Farías Lauri'”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 18 N° 1, Coquimbo, 2011, pp. 281 – 299.
233. GANDULFO RAMÍREZ, EDUARDO, “Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas. Ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico”, *Ius et Praxis*, Vol. 15, N° 1, Talca, Chile, 2009, pp. 121 – 189.
234. GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ *Constitución y Derecho Procesal*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2009.
235. GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008.
236. GARCÍA FIGUEROA, ALONSO, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
237. GARCÍA ODGERS, RAMÓN, *Develación, diagnóstico y proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del Derecho comparado*, Tesis para optar al grado de doctor en Derecho [inérita], Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2018.
238. GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

239. GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el Derecho. Bases agumentales de la prueba*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2004.
240. GÉLINAS, FABIEN *et al.*, *Foundations of civil justice. Toward a value-based framework for reform*, Springer, Suiza, 2015.
241. GÉLINAS, FABIEN; CAMION, CLÉMENT, “Efficiency and values in the constitution of civil procedure”, *International Journal of Procedural Law*, Vol. 4, N° 2, Intersentia, 2014, pp. 202 – 216.
242. GENN, HAZEL, *Judging civil justice*, The Hamlyn Lectures, Cambridge Univesity Press, Cambridge – New York, 2010.
243. GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Editorial Porrúa, México, 2003.
244. GIDI, ANTONIO, “Notas críticas al anteproyecto de código modelo de procesos colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho procesal”, en GIDI, ANTONIO; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 411 y 412.
245. GIMENO SENDRA, VICENTE, “Causas históricas de la ineficacia de la justicia”, en WEDEKIND, W. (edit.), *Justice and efficiency. General reports and discussions. The Eighth World Conference on Procedural Law*, Kluwer, Deventer, 1989, pp. 19 – 38.
246. GIMENO SENDRA, VICENTE, *Introducción al Derecho Procesal*, 9ª ed., UNED, Colex Editorial, Madrid, 2014.
247. GODOY ARCAJA, ÓSCAR, “Antología política de Montesquieu”, *Estudios Públicos*, N° 62, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1996, pp. 337 – 406.
248. GOLDSCHMIDT, JAMES, *Derecho, Derecho penal y proceso. Vol. II. Derecho procesal civil*, Prieto Castro, Leonardo (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2010.
249. GOLDSCHMIDT, JAMES, *Derecho, Derecho penal y proceso III. El proceso como situación jurídica*, López Barja de Quiroga, Jacobo *et al.* (trads.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2015.
250. GOLDSCHMIDT, JAMES, *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1961.

251. GOMETZ, GIANMARCO, “Grados y dimensiones de la certeza jurídica”, en CRUZ MORATONES, CARLES; FERNÁNDEZ BLANCO, CAROLINA; FERRER BELTRÁN, JORDI (eds.), *Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2015, pp. 29 – 48.
252. GONZÁLEZ, LIONEL, “Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas '*decisoriae*' y '*ordinatoriae litis*' vinculantes en el arbitraje irritual y en la jurisdicción de equidad”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XL, 1º Semestre, Valparaíso, 2013, pp. 535 – 573.
253. GONZÁLEZ GARCÍA, JESÚS MARÍA, “Los procesos declarativos y el régimen de su adecuación”, en ORTELLS RAMOS, MANUEL (dir.), *Los procesos declarativos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 117 – 171.
254. GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2015.
255. GORIGOITÍA ABBOTT, FELIPE, *El contenido del deber de buena fe en el proceso civil: una propuesta de interpretación del artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tesis para optar al grado de Máster en Derecho [inédita], Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, s/f.
256. GORIGOITÍA ABBOTT, FELIPE, “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XL), Valparaíso, 2013, pp. 575 – 599.
257. GORIGOITÍA ABBOTT, FELIPE, “Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 20, N° 1, Coquimbo, 2013, pp. 129 – 154.
258. GORIGOITÍA ABBOTT, FELIPE, “La buena fe en el proceso civil chileno”, *Nomos*, Universidad de Viña del Mar, N° 2, 2008, pp. 133 – 159.
259. GORIGOITÍA ABBOTT, FELIPE; “La inadmisión de los recursos en los sistemas procesales español y chileno”, en *Actas del Congreso Internacional de Derecho en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Tomo IV, Derecho procesal y Derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 2012, pp. 161 – 183.
260. GORIGOITÍA ABBOTT, FELIPE, *La subsanación de los defectos procesales*, Tesis para optar al grado de doctor en Derecho [inédita], Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2012.

261. GOTTWALD, PETER, "International Arbitration: Current Positions and Comparative Trends", *Rivista Dell' Arbitrato*, N°6, 1996, pp. 211 – 237.
262. GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, "El principio de legalidad de las formas", *Revista Derecho y Sociedad*, N° 32, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 245 – 264.
263. GRECO, LEONARDO, "Os atos de disposição procesual – primeiras reflexões", *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 1ª ed., 2007, pp. 7 – 28.
264. GRUNSKY, WOLFGANG, "Reflexiones sobre la eficacia del Derecho procesal civil en Alemania", en RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, Barcelona, 1982, pp. 143 – 154.
265. GUASP, JAIME, *Concepto y método de Derecho Procesal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
266. GUASP, JAIME, *Derecho Procesal Civil. Introducción y parte general*, Tomo Primero, 3ª ed. Corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
267. GUASP DELGADO, JAIME, *La pretensión procesal*, 2ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1985.
268. GUASTINI, RICARDO, *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2016.
269. GÜNTHER, KLAUS, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", Velasco, Juan Carlos (trad.), *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 17-18, 1995, pp. 271 – 302.
270. GUZMÁN FLUJA, VICENTE, "Artículo 25. Determinación del procedimiento", en BARONA VILAR, SILVIA (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, 2ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 1158 – 1179.
271. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Carrió, Genaro R. (trad.), 2ª ed., (reimp.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
272. HABSCHEID, WALTHER J., "As bases do direito procesual civil. Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual – Gand (Bélgica) 1977", *Revista de Processo*, Vol. 11/12, Revista dos Tribunals, Sao Paulo, 1978, pp. 117 – 145.

273. HABSCHEID, W. J., “Les principes fondamentaux du droit judiciaire prive. The fundamental principles of the law of civil procedure”, en STORME, MARCEL; CASMAN, HÉLÈNE (eds.), *Towards a justice with a human face. The first International Congress on the Law of Civil Procedure. Faculty of Law, State University of Ghent, 27 August - 4 September 1977*, Kluwer, Antwerpen, Bélgica, 1978, pp. 29 – 66.
274. HARASIC YAKSIC, DAVOR; MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN; MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS, “Principios generales en el nuevo código procesal civil”, *Revista de Derecho Procesal*, N° 22, Santiago, 2012, pp. 189 – 253.
275. HELMER, ELENA V., “International Commercial Arbitration: Americanized, ‘Civilized,’ or Harmonized?”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 19, Issue 1, 2003, pp. 35 – 67.
276. HERNÁNDEZ GALILEA, JESÚS MIGUEL, *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Editorial Forum, Oviedo, 1995.
277. HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2005.
278. HEROLDOVICH NOKHRIN, DMITRY, “Civil litigation in Russia: ‘guided justice’ and revival of public interest”, en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 183 – 203.
279. HERRERO, CARMEN, “Racionalidad individual – Irracionalidad social: el conflicto justicia – eficiencia”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 13, 1993, pp. 49 – 67.
280. HESS, BURKHARD, “Judicial discretion”, en STORME, MARCEL; HESS, BURKHARD, *Discretionary power of the judge: limits and control*, Kluwer, Mechelen, 2003, pp. 45 – 69.
281. HESS, BURKHARD; JAUERNIG, OTHMAR, *Manual de Derecho Procesal civil*, Roig Molés, Eduard (trad.), 30ª Edición, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2015.
282. HIERRO, LIBORIO L., “Contra el imperio de la riqueza (Dworkin v. Posner)” en *Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje*, *Revista de Ciencias Sociales*, n° 38, Edeval, Valparaíso, 1993, pp. 383 – 411.
283. HIERRO, LIBORIO, *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

284. HIERRO, LIBORIO, “Justicia igualdad y eficiencia”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, N° 9, 1998, pp. 129 – 171.
285. HIERRO, LIBORIO, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003.
286. HIRALDE VEGA, GERMÁN; CAUSSE, FEDERICO, “La celeridad procesal a cargo de las partes (invitación del propio juez de la causa)”, en DO PASSO CABRAL, ANTONIO; NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coords.), *Negócios processuais*, Editora JusPodivm, Salvador – Bahía, 2015, pp. 371 – 381.
287. HITCHCOCK, DAVID, “Instrumental rationality”, en MCBURNEY, P.; RAHWAN, I.; PARSONS, S. (eds.) *Argumentation in Multi-Agent Systems, 7th International Workshop, ArgMAS 2010, ON, Canada, May 10, 2010, Revised, Selected and Invited Papers*, Lecture Notes in Computer Science, vol 6614, Springer, Berlin, Heidelberg, 2011, pp. 1 – 11.
288. HONMA, MANABU, “The preliminary phase and the trial agreement in Japan”, en CARPI, FEDERICO; ORTELLS, MANUEL (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, Vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 251 – 261.
289. HOYOS HENRECHSON, FRANCISCO, *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*, Cono Sur Lexis Nexis, Santiago, 2001.
290. HUNTER AMPUERO, IVÁN, “La aplicación judicial del Derecho y la motivación de la sentencia en el PCPC”, en AGUIRREZABAL G., MAITE (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 23, Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2012, pp. 149 – 172.
291. HUNTER AMPUERO, IVÁN, “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 2, 2011, pp. 73 – 101.
292. JEULAND, EMMANUEL, “Case management in France”, en VAN RHEE, C. H. (REMCO); YULIN, FU (eds.), *Civil litigation in China and Europe. Essays on the role of the judge and the parties*, Springer, Dordrecht – Heidelberg – New York – London, 2014, pp. 349 – 358.

293. JOLOWICZ, J. A., "Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation", en *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 175 – 182.
294. JOLOWICZ, J. A., "'General ideas' and the reform of civil procedure", en *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 355 – 372.
295. JOLOWICZ, J. A., "On the nature and purposes of civil procedural law", en *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 59 – 80.
296. JOLOWICZ, J. A., "Reform of English civil procedure: a derogation from the adversary system?", en *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 373 – 385.
297. JOLOWICZ, J. A., "The dilemmas of civil litigation", en *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 81 – 93.
298. JONGBLOED, A. W., "The Netherlands (1838 – 2005)", en VAN RHEE, C. H. (ed.) *European traditions in civil procedure*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 69 – 95.
299. KARPEN, ULRICH, "Efficacy, effectiveness, efficiency: from judicial to managerial rationality", en MESSERSCHMIDT, KLAUS; OLIVER-LALANA, A. DANIEL (eds.), *Rational lawmaking under review. Legisprudence according to the German Federal Constitutional Court*, Springer, Suiza, 2016.
300. KELSEN, HANS; BULYGIN, EUGENIO; WALTER, ROBERT; *Validez y eficacia del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.
301. KENGYEL, MIKLÓS; CZOBOLY, GERGELY, "Battle between individual rights and public interest in Hungarian civil procedure, en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 205 – 220.
302. KERN, CHRISTOPH A., "Un análisis comparado del Derecho procesal civil de EE.UU. y de Alemania", en PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; TAVOLARI GOYCOOLEA, PIA (coords.), *Derecho procesal civil comparado: Homenaje a Rolf Stürner*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2013, pp. 319 – 343.
303. KERN, CHRISTOPH A., "Procedural contracts in Germany", en DO PASSO CABRAL, ANTONIO; NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coords.), *Negócios*

- processuais*, Editora JusPodivm, Salvador – Bahía, 2015, pp. 179 – 191.
304. KOLLER, CHRISTIAN, “Civil justice in austrian-german tradition. The Franz Klein heritage and beyond”, en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 35 – 59.
305. LLANO ALONSO, FERNANDO H., *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparatista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
306. LETURIA I, FRANCISCO J. (ed.), *Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?*, Universidad Diego Portales, Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago, 2011.
307. LEUBSDORF, JOHN, “The Myth of civil procedure reform”, en ZUCKERMAN, ADRIAN A. S. (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, reimpr., Oxford University Press, New York, 2003, pp. 53 – 67.
308. LHUILLIER, JULIEN, “Contractualisation (consensus oriented approach) and judicial process in Europe (situation in 2009)”, European commission for the efficiency of justice (CEPEJ), 2010, pp. 1 – 59. Disponible en red: <https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-contractualisa/1680747658>. (Última visita 11 de septiembre de 2018).
309. LIEBMAN, ENRICO TULLIO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Sentís Melendo, Santiago (trad.), Editorial EJEJA, Buenos Aires, 1980.
310. LIFANTE VIDAL, ISABEL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
311. LIFANTE VIDAL, ISABEL, “Seguridad Jurídica y previsibilidad”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 36, 2013, pp. 86 – 105.
312. LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., 3ª reimpr., Gallego Anabitarte, Alfredo (trad.), Editorial Ariel, Barcelona, 1983.
313. LÓPEZ GONZÁLEZ, ENRIQUE, “Una aproximación de la ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública”, *Documentación administrativa*, N° 218-219, 1989, pp. 67 – 96.

314. LÓPEZ F., DIEGO, “Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización laboral: un debate permanente”, *Labour Again, Online Publications*, Marzo, 2007, pp. 1 – 17.
315. LÓPEZ ORTIZ, LUIS, “Los contratos procesales”, *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, T. XXIX, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, pp. 52 – 85.
316. LÓPEZ PESCIO, EDGARDO, *Nociones generales de Derecho Procesal. Derecho Procesal orgánico. Primera parte*, Tomo I, Edeval, Valparaíso, 1987.
317. LORANGE BACKER, INGE, “Goals of civil justice in Norway: readiness for a pragmatic reform”, en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 105 – 121.
318. LOWENFELD, ANDREAS F., *International litigation and arbitration*, 3^a Ed., Thomson West, Minesota, 2006.
319. LUCAS, JAVIER DE (ed.), *Introducción a la teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
320. LUISO, FRANCESCO P., *Diritto Processuale Civile, V. II, Il Processo di Cognizione*, 8^a Ed., Guiffre Editore, Milán, 2015.
321. MANIOTIS, DIMITRIS N., “Some remarks concerning the pre-trial stadium and the proceeding before the court according to the greek code of civil procedure”, en CARPI, FEDERICO; ORTELLS, MANUEL (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, Vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 269 – 277.
322. MARCUS, RICHARD, “‘American exceptionalism’ in goals for civil litigation”, en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 123 – 141.
323. MARINONI, LUIZ GUILHERME, “Derecho a la tutela judicial de los derechos”, en PRIORI POSADA, GIOVANNI (coord.), *Derecho material y proceso. El modo como el proceso se adecúa a la tutela del derecho material*, Palestra, Lima, 2017, pp. 21 – 55.
324. MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Zela Villegas, Aldo (trad.), Palestra Editores, Lima, 2007.

325. MARINONI, LUIZ GUILHERME, “El precedente en la dimensión de la seguridad Jurídica”, *Ius et Praxis*, Año 18, N° 1, 2012, pp. 249 – 266.
326. MARINONI, LUIZ GUILHERME, “La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil”, *Revista peruana de Derecho Procesal*, N° 6, 2003, pp. 263 – 272.
327. MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutela específica de los derechos*, Zela Villegas, Aldo (trad.), Palestra Editores, Lima, 2008.
328. MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutela Inhibitoria*, Criado Sánchez, Laura (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2014.
329. MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, Communitas, Lima, 2010.
330. MARINONI, LUIZ GUILHERME; PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010.
331. MARTÍNEZ CINCA, CARLOS DIEGO, “Insuficiencias de análisis económico como base para una teoría de la adjudicación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 3, 2014, pp. 925 – 955.
332. MATHIS, KLAUS, *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Shannon, Deborah (trad.), Springer, s. l., 2009.
333. MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN; RIVERO HURTADO, RENÉE, “Un nuevo sistema procesal civil: una necesidad social impostergable o un antojo académico”, en AGUIRREZABAL G., MAITE (ed.) *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 23, Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2012, pp. 87 – 105.
334. MENESES PACHECO, CLAUDIO, *El documento público como medio de prueba en el proceso civil chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2017.
335. MENESES PACHECO, CLAUDIO, “La reforma procesal civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional”, en CARRASCO POBLETE, JAIME (ed.), *La reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 16, Universidad de los Andes, Santiago, 2009, pp. 17 – 51.
336. MERCADO PACHECO, PEDRO, *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

337. MEULDERS, DANIELÈ; WILKIN, LUC, “Labour Market Flexibility: Critical introduction to the analysis of a concept”, en *Labour Market Flexibility, Discussion Papers*, Labour Market Program, International Institute for Labour Studies, Ginebra, Suiza 1991, pp. 1 – 13.
338. MIKELÉNAS, VALENTINAS, “Efficiency of civil procedure: mission (im)possible?”, en NEKROŠIUS, VYTAUTAS *et al.*, *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, International Association of Procedural Law, Vilnius University Press, Vilnius, 2013, pp. 140 – 154.
339. MILLAR, ROBERT WYNESS, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Ediar, Buenos Aires, 1945.
340. MONTERO AROCA, JUAN; GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; BARONA VILAR, SILVIA, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 22^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
341. MONTERO AROCA, JUAN *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 23^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
342. MONTERO AROCA, JUAN, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
343. MONTERO AROCA, JUAN, “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontifica Universidad Católica del Perú, N° 53, Lima, 2000, pp. 583 – 668.
344. MONTERO AROCA, JUAN, *La paradoja procesal del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
345. MONTERO AROCA, JUAN, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
346. MONTERO AROCA, JUAN (Coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
347. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Blázquez, Mercedes; de Vega, Pedro (eds.), Altaya, Barcelona, 1993.
348. MONTES, ÁNGEL CRISTÓBAL, *Las obligaciones alternativas*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1992.
349. MORENO CATENA, VÍCTOR; CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, *Introducción al Derecho Procesal*, 5^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
350. MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M., *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

351. MOSQUERA RUIZ, MARIO, “Seguridad jurídica y Derecho procesal”, en *Derecho y seguridad jurídica, Colección de Seminarios*, N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp. 115 – 132.
352. MOSQUERA RUIZ, MARIO, “Seguridad jurídica y Derecho procesal”, *Revista de Derecho Procesal*, N°18, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1994, pp. 79 – 88.
353. MÜLLER, JULIO GUILHERME, “Convenciones procesales”, Cárdenas Rodríguez, Luis (trad.), en NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE; CAVANI, RENZO (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, Vol. 1, Raguél Ediciones, Lima, 2015, pp. 187 – 219.
354. MULLERAT BALMAÑA, RAMÓN, “El arbitraje internacional. Confluencia de dos tradiciones jurídicas: ‘common law’ y ‘civil law’”, *Revista Vasca de Derecho procesal y arbitraje*, Vol. 19, N° 1, 2007, pp. 31 – 38.
355. MUÑOZ SABATÉ, LLUIS, “Acabemos con la excepción de proceso inadecuado”, en *Técnica Procesal: 25 años de estudios forenses*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2012, pp. 263 – 265.
356. MUÑOZ SABATÉ, LLUIS, *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.
357. MURRAY, PETER L.; STÜRNER, ROLF, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press, Durham, 2004.
358. NG, G. Y., “Case management: procedural law v. best practices”, en VAN RHEE, C.H. (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 111 – 137.
359. NIEMI KIESILÄINEN, JOHANNA, “Efficiency and justice in procedural reforms: the rise and fall of the oral hearing”, en VAN RHEE, C.H.; UZELAC, A. (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 29 – 45.
360. NIEVA FENOLL, JORDI, *Derecho Procesal I. Introducción*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2014.
361. NIEVA FENOLL, JORDI, *Derecho procesal II. Proceso civil*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2015.
362. NIEVA FENOLL, JORDI, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2016, pp. 27 – 48.

363. NIEVA FENOLL, JORDI, “Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional”, en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 13 – 47.
364. NIEVA FENOLL, JORDI, “La oralidad en el arbitraje”, en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 953 – 970.
365. NIEVA FENOLL, JORDI, “La desburocratización de los procedimientos judiciales. (Reflexiones a propósito del Código Procesal Modelo para Iberoamérica)”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2016, pp. 619 – 639.
366. NIEVA FENOLL, JORDI, “Las excepciones en el arbitraje”, en *Jurisdicción y proceso: Estudios de ciencia jurisdiccional*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 859 – 875.
367. NIEVA FENOLL, JORDI, “Los problemas de la oralidad”, en *Jurisdicción y proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 91 – 110.
368. NIEVA FENOLL, JORDI, “Modo de plantear y resolver las excepciones y atisbo de jurisdicción sobrevenida por silencio del demandado: artículo 22 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”, *Anuario de Justicia Alternativa*, N° 5, 2004, pp. 65 – 84.
369. NIEVA FENOLL, JORDI, “Reformas pasadas y reformas pendientes al proceso civil español”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2016, pp. 603 – 618.
370. NOBLAT, FRANCISC; MEIRELLES, DELTON RICARDO SOARES, “De ‘poder do juiz’ a ‘convensação das partes’: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de proceso civil”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 13, no 13, 2014, pp. 200 – 228.
371. NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, “La cláusula general del acuerdo de procedimiento en el nuevo Código de proceso civil brasileño”, Cavani, Renzo (trad.), en NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE; CAVANI, RENZO (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, Vol. 1, Raguel Ediciones, Lima, 2015, pp. 271 – 291.
372. NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, “Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia, principios)”, en DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS; PALOMO VÉLEZ, DIEGO IVÁN, *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 677 – 695.

373. NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo”, *Ius et Praxis*, vol. 14, N° 1, 2008, pp. 199 – 223.
374. NÚÑEZ OJEDA, RAÚL; PÉREZ RAGONE, ÁLVARO, *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*, Thomson Reuters, Santiago, 2013.
375. OBERHAMMER, P.; DOMEJ, T., “Germany, Switzerland, Austria (C. A. 1800-2005)”, en VAN RHEE, C. H. (ed.) *European traditions in civil procedure*, Interestia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 103 – 128.
376. OJEDA AVILÉS, ANTONIO, *La deconstrucción del Derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2010.
377. OLIVA EKELUND, CLAUDIO, “Los principios de Dworkin y su ubicación en la controversia entre positivismo jurídico y iusnaturalismo”, en SQUELLA, AGUSTÍN (dir.), *Positivismo jurídico y doctrinas del Derecho natural. Revista de Ciencias Sociales*, N° 41, Edeval, Valparaíso, 1996, pp. 441 – 484.
378. OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO; VEGAS TORRES, JAIME, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013.
379. OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO; VEGAS TORRES, JAIME, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005.
380. OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO; VEGAS TORRES, JAIME, *Derecho Procesal Civil. Introducción*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
381. OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA, *El papel del juez en el proceso civil: frente a ideología, prudentia iuris*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012.
382. OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA, “Prudencia versus ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil”, *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 243 – 294.
383. OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA; PALOMO VÉLEZ, DIEGO (Coords.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
384. OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA; PEITEADO MARISCAL, PILAR, *Sistema de tutela judicial efectiva*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2014.
385. OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980.

386. OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO, “Seguridad jurídica y Derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, 2009, pp. 181 – 199.
387. ORELLANA TORRES, FERNANDO, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico*, Tomo I, 5ª ed., Librotecnia, Santiago, 2010.
388. ORTELLS RAMOS, MANUEL (dir.), *Derecho procesal civil*, 13ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.
389. ORTELLS RAMOS, MANUEL, “Efficiency of civil justice and appeals system. The Spanish reforms in the European context”, en NEKROŠIUS, VYTAUTAS *et al.*, *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, International Association of Procedural Law, Vilnius University Press, Vilnius, 2013, pp. 170 – 224.
390. ORTELLS RAMOS, MANUEL, “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, *Ius et Praxis*, Vol. 16, N° 1, Talca, Chile, 2010, pp. 395 – 440.
391. ORTELLS RAMOS, MANUEL, “Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa», *Ius et Praxis*, Año 18, N° 1, Talca, Chile, 2012, pp. 397 – 424.
392. ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2ª época, N° extraordinario 2, España, 2004, pp. 31 – 73.
393. ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, “El análisis económico del derecho: ¿método útil, o ideología nefasta?”, en COURTIS, CHRISTIAN (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, 1ª reimp., Trotta, Madrid, 2016, pp. 321 – 348.
394. ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, “La economía como herramienta en la evaluación legislativa: análisis de costes, coste-eficacia y coste-beneficio”, en BECERRA MUÑOZ, JOSÉ; NIETO MARTÍN, ADÁN; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, MARTA (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 79 – 105.
395. PALMA FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS, *La seguridad Jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
396. PALOMO VÉLEZ, DIEGO, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, Librotecnia, Santiago, 2008.
397. PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, *Revista de Derecho*, Vol. XVIII - N° 1, Valdivia, 2005, pp. 171 – 197.

398. PARRA QUIJANO, JAIRO, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2004.
399. PASSO CABRAL, ANTONIO DO; NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coords.), *Negócios processuais*, Editora JusPodivm, Salvador – Bahía, 2015.
400. PASSO CABRAL, ANTONIO DO, “Prólogo”, en NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE; CAVANI, RENZO (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre el negocio jurídico y proceso*, Raguel Ediciones, Lima, 2015, pp. 7 – 11.
401. PASTOR PRIETO, SANTOS; MORENO CATENA, VÍCTOR (dirs.), *El coste de la justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, XV-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.
402. PASTOR PRIETO, SANTOS, “¿Penuria de medios? Un análisis empírico de los costes públicos y privados visibles y ocultos de la justicia”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, FAUSTINO (dir.), *La justicia procesal*, Cuadernos de Derecho Judicial, VI-2008, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 345 – 434.
403. PECZENIK, ALEKSANDER, “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 12, 1992, pp. 327 – 331.
404. PEDROSA NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE, “Sobre os acordos de procedimiento no proceso civil brasileiro”, en DO PASSO CABRAL, ANTONIO; NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coord.), *Negócios processuais*, Editora JusPodivm, Salvador – Bahía, 2015, pp. 81 – 92.
405. PEÑA ADASME, ANDRÉS, “La flexibilidad procesal del arbitraje en la Ley 60/2003. Concepto y fundamentos”, *Anuario de justicia alternativa*, Tribunal Arbitral de Barcelona, Nº 14, Barcelona, 2017, pp. 39 – 89.
406. PEÑA ADASME, ANDRÉS, *Un procedimiento a medida: la flexibilidad procedimental del arbitraje en la ley 60/2003*, Tesis para optar al grado de Máster en Derecho, Universidad Pompeu Fabra [inédita], Barcelona, 2014.
407. PÉREZ RAGONE, ÁLVARO, “Diálogo y cooperación en la justicia civil contemporánea: hacia una mayor eficiencia, legitimidad y justicia de la decisión”, en PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; TAVOLARI GOYCOOLEA, PÍA, *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 65 – 92.
408. 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”, *Revista de Derecho*,

- Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLII, Valparaíso, 2014, pp. 523 – 551.
409. PÉREZ RAGONE, ÁLVARO, “¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea”, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito do Universidade Federal da Bahia*, Nº 20, Vol. I, 2010, pp. 183 – 208.
410. PÉREZ RAGONE, ÁLVARO, “Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: misión y visión en Latinoamérica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 28, Santiago, 2017, pp. 137 – 182.
411. PÉREZ RAGONE, ÁLVARO J.; ORTIZ PADILLO, JUAN CARLOS (trads.), *Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, 2006.
412. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN-JESÚS, *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª ed., Andavira, Coruña, 2010.
413. PERROT, ROGER, “La eficacia del proceso civil en Francia”, en RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, Barcelona, 1982, pp. 181 – 202.
414. PEYRANO, JORGE W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.
415. PICHÉ, CATHERINE, “Figures, spaces and procedural proportionality”, *International Journal of Procedural Law*, Vol. 2, Nº 1, 2012, pp. 145 – 166.
416. PICÓ I JUNOY, JOAN, *El principio de la buena fe procesal*, 2ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 2013.
417. PICÓ I JUNOY, JOAN, “La iniciativa probatoria del juez civil”, en *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su recepción actual*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 99 – 128.
418. PICÓ I JUNOY, JOAN, *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
419. PICÓ I JUNOY, JOAN, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2º Ed., Bosch Editor, Barcelona, 2012.
420. POLINSKY, A. MITCHELL, *Introducción al análisis económico del Derecho*, Álvaro Flórez, J. M. (trad.), Editorial Ariel, Barcelona, 1985.
421. POLLERT, ANNA, “La ortodoxia de la flexibilidad”, en POLLERT, ANNA (comp.), *¿Adiós a la flexibilidad?*, Baquera, Concepción (trad.), Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

422. POLLERT, ANNA (ed.), *Farewell to flexibility?*, Blackwell, Oxford, 1991.
423. POSNER, RICHARD A., *Economic análisis of law*, 7ª ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2007.
424. POSNER, RICHARD A., *The economy of justice*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1981.
425. POSNER, RICHARD A., *The problems of jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1990.
426. POSNER, RICHARD A., “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, Issue 1, 1979, pp. 103 – 140.
427. POSNER, RICHARD A., “Wealth Maximization Revisited”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 2, Issue 1, 1985, pp. 85 – 105.
428. POUND, ROSCOE, “The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice”, *American Law Review*, Vol. 40, N° 5, 1906, pp. 729 – 749.
429. PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
430. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, LEONARDO, *Derecho Procesal Civil*, 5º ed., Tecnos, Madrid, España, 1989.
431. PRIORI POSADA, GIOVANNI F., “El procedimiento preestablecido en la ley: la crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado constitucional”, en PRIORI POSADA, GIOVANNI F. (Coord.), *Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*, Palestra, Lima, 2013, pp. 585 – 592.
432. PRIORI POSADA, GIOVANNI F., “El proceso dúctil”, en *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Colombia, 2015, pp. 983 – 999.
433. QUEZADA MELÉNDEZ, JOSÉ, *Derecho Procesal Chileno. La competencia*, 2ª ed., Ediciones Digesto, Santiago, 1997.
434. QUINTANA HERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL, “¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, Derechos laborales y sociales en tiempos de crisis: por un reparto justo de la riqueza = Lan eta gizarte eskubideak krisi garaietan: aberastasunaren banaketa zuzen baten alde*, N° 26, 2012, pp. 131 – 159.
435. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 5ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1992.

436. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, 9ª ed., Atelier, Barcelona, 2013.
437. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar litigios civiles*, Tomo I, Atelier, Barcelona, 2008.
438. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, “La eficacia del proceso”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, N° 2, 1982, pp. 97 – 113.
439. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, “La reforma de los procesos civiles especiales”, en *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 81 – 87.
440. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (ed.), *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, Barcelona, 1982.
441. RAMOS ROMEU, FRANCISCO, “En busca de la tutela judicial efectiva por la obra del profesor Ramos Méndez”, Barcelona [inédito].
442. RAMOS ROMEU, FRANCISCO, “Forma del proceso y funcionamiento de la justicia: análisis de derecho comparado”, en CARPI, FEDERICO; ORTELLS, MANUEL (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, Vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 476 – 488.
443. RAMOS ROMEU, FRANCISCO, “Justicia civil interina: eficiencia, contenido y calidad”, en V.V.A.A., *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global: Liber amicorum II en honor a Mª del Carmen Calvo Sánchez*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 167 – 179.
444. RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Las obligaciones alternativas*, 2ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
445. RASO DELGUE, JUAN, “Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del Derecho del trabajo?”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 87, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1993, pp. 384 – 418.
446. RECHBERGER, WALTER H, “Economy and efficiency of civil procedure versus litigation culture – An Austrian perspective”, en *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure. Materials of international conference, 9 - 10 of May 2013*, Vilnius University Press, Vilnius, 2013, pp. 225 – 242.
447. RECHBERGER, WALTER H, “The continuing effect of central themes of *Franz Klein* in recent Austrian civil procedure legislation”, en VILNIUS UNIVERSITY, *The recent tendencies of development in civil procedure law. Between east and west. International Conference to celebrate the*

- 100th anniversary of the birth of profesor Jonas Zéruolis*, Justitia, Vilnius, 2007, pp. 51 – 55.
448. REDONDO, BRUNO GARCÍA, “Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes”, *Revista Jurídica UNIGRAN*, v. 15, n° 30, Dourados, 2013, pp. 97 – 110.
449. REDONDO, BRUNO GARCÍA, “Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015”, en DO PASSO CABRAL, ANTONIO; NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coords.), *Negócios processuais*, Editora JusPodivm, Salvador – Bahía, 2015, pp. 269 – 278.
450. REINHARD, JAKOB, “Civil procedure in the USA”, en CARPI, FEDERICO; ORTELLS, MANUEL (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, Vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 279 – 284.
451. RESNIK, JUDITH, “Managerial judges”, *Harvard Law Review*, Vol. 96, N° 2, Diciembre, 1982, pp. 374 – 448.
452. REZENDE DE ALMEIDA, DIOGO ASSUMPCÃO, “As convenções processuais na experiencia francesa e no Novo CPC”, en DO PASSO CABRAL, ANTONIO; NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE (coords.), *Negócios processuais*, Editora JusPodivm, Salvador – Bahía, 2015, pp. 245 – 268.
453. RIVERA MORALES, RODRIGO, *La prueba: Un análisis racional y práctico*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2011.
454. ROCA AYMAR, JOSÉ LUIS, *El arbitraje comercial internacional*, ICEX, Madrid, 2006.
455. ROJAS AGUIRRE, ÓSCAR; VENEGAS LAGOS, RAQUEL, *El proceso sumario de cognición (Juicio Sumario)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963.
456. ROMAGNOLI, UMBERTO, “Las transformaciones del Derecho del trabajo”, en ROMAGNOLI, UMBERTO; ERMIDA, ÓSCAR; TAPIA, FRANCISCO, *La transformación del Derecho del trabajo. Experiencias de flexibilidad normativa*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, Chile, 1992, pp. 11 – 28.
457. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *Curso de Derecho procesal civil. Tomo I. La acción y la protección de los derechos*, reimp. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

458. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
459. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.
460. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *Curso de Derecho procesal civil, Tomo IV. De los actos procesales y sus efectos*, Thomson Reuters, Santiago, 2017.
461. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, “El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente. La capacidad procesal”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 N° 4, Santiago, 2001, pp. 781 – 789.
462. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, “La adecuación del procedimiento en materia de Derecho indígena”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3, Santiago, 2012, pp. 819 – 828.
463. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, “La falta de jurisdicción y su denuncia en el proceso: las excepciones procesales y materiales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31 N° 1, 2004, pp. 183 – 193.
464. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 3, Santiago, Chile, 2001, pp. 509 – 535.
465. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, “Nociones generales sobre la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 26, N° 2, Santiago 1999, pp. 405 – 430.
466. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO; DÍAZ VILLALOBOS, JOSÉ IGNACIO, *El arbitraje interno y comercial internacional (Parte general)*, 2ª ed. actualizada, Ediciones UC, Santiago, 2016.
467. ROSENBERG, LEO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Romera Vera, Angela (trad. de la 5ª ed. Alemana), T. I, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1955.
468. RUIZ-TAGLE, PABLO, “Análisis comparado de la función judicial”, *Estudios Públicos*, N° 39, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1990, pp. 131 – 162.
469. SAENGER, INGO, “Case management in Germany”, en GOTTWALD, PETER (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services*,

- key features and funding*, Giesecking – Verlag, Bielefeld, 2010, pp. 15 – 37.
470. SAFFIE G., FRANCISCO, “Sobre la (irrelevante) distinción entre reglas y principios”, *Anuario de filosofía jurídica y social. Ponencias en Santiago II*, N°25, Edeval, Valparaíso, 2007, pp. 393 – 408.
471. SALAS VIVALDI, JULIO E., “Situaciones de interés en el procedimiento sumario”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 196, año LXII, 1994, pp. 141 – 151.
472. SALVADOR CODERCH, PABLO *et. al.*, “Deberes de eficiencia y libertad de actuar”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, N°4, Barcelona, 2014, pp. 1 – 46.
473. SAMUELSON, PAUL A.; NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, Rabasco, Esther; Toharia, Luis (trads.), Decimosexta Edición, McGraw-Hill, Madrid – Buenos Aires, 1999.
474. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, EDUARDO, *La desnaturalización del proceso*, Bosch Editor, Barcelona, 2013.
475. SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *Derecho Administrativo. Parte General*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
476. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, “El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral”, en *Estudios de Derecho judicial. La nueva ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 365 – 374.
477. SÁNCHEZ URRUTIA, ANA VICTORIA, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. Una aproximación al origen del concepto”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, N° 58, 2000, pp. 105 – 135.
478. SANDEL, MICHAEL J., *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?*, Campos Gómez, Juan Pedro (trad.), Debate, Madrid, 2011.
479. SANDEL, MICHAEL J., *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado*, Chamorro Mielke, Joaquín (trad.), Debate, Barcelona, 2013.
480. SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALONSO, *Principios de Derecho Administrativo General*, t. I, 4ª ed., Iustel, Madrid, 2016.
481. SANT’ANA PEDRA, ADRIANO, “Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la constitución”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 2012, pp. 369 – 390.

482. SCOTT, I. R., "Caseflow management in the Trial Court", en ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, ROSS (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on "Access to Justice"*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 1 – 30.
483. SEGURA ORTEGA, MANUEL, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Centro de Estudios Ramón de Areces, Madrid, 2006.
484. SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, "El proceso", en *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 231 – 259.
485. SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, "Impulso procesal", en *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, pp. 445 – 454.
486. SHETREET, SHIMON, "The discretionary power of the judge. General Report – Part two", en STORME, MARCEL; HESS, BURKHARD, *Discretionary power of the judge: limits and control*, Kluwer, Mechelen, 2003, pp. 73 – 116.
487. SILVESTRI, ELISABETTA, "Goals of civil justice when nothing works: the case of Italy", en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 79 – 103.
488. SIME, STUART, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 17^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.
489. SILVA, JOSÉ PEDRO; GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO; LETURIA, FRANCISCO J., *Justicia civil y comercial: Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2006.
490. SOLER MIRALLES, JULIO E., "Sociología de la función jurisdiccional", en GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO *et al.*, *La función judicial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 95 – 202.
491. SORABJI, JOHN, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms. A critical analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
492. SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2000.
493. STEFANO, GIUSEPPE DE, *Studi sugli accordi processuali*, Dott. A. Giuffrè editore, Milan, 1959.
494. STIGLITZ, JOSEPH E.; ROSENGARD, JAY K., *La economía del sector público*, 4^a ed., Antoni Bosch editor, Barcelona, 2016.
495. STORME, MARCEL (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne. Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Netherlands, 1994.

496. STORME, MARCEL, “Rumbos del proceso civil en la Europa unificada”, *Revista de Processo*, Vol. 93, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 244 – 257.
497. STÜRNER, ROLF, “Deber de esclarecimiento procesal”; en PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; TAVOLARI GOYCOOLEA, PÍA (coords.), *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 27 – 38.
498. STÜRNER, ROLF, “Harmonizing civil procedure – present status and future of model codes”, en PELLEGRINI GRINOVER, ADA; CALMON, PETRÔNIO (eds.), *XIII Congresso Mundial de Direito Processual – XIII World Congress of procedural law*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 668 – 680.
499. STÜRNER, ROLF, “Introducción a la justicia civil alemana. Principios y desarrollo del proceso de conocimiento”, en PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; TAVOLARI GOYCOOLEA, PÍA (coords.), *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 15 – 26.
500. TAPIA GUERRERO, FRANCISCO, “La flexibilidad en el Derecho chileno del trabajo”, en ROMAGNOLI, UMBERTO; ERMIDA, ÓSCAR; TAPIA, FRANCISCO, *La transformación del Derecho del trabajo. Experiencias de flexibilidad normativa*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, Chile, 1992, pp. 55 – 105.
501. TARUFFO, MICHELE, “Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización”, *AFDUAM*, N° 3, Madrid, 1999, pp. 61 – 75.
502. TARUFFO, MICHELE, “Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio”, en *Páginas sobre justicia civil*, Aramburo Calle, Maximiliano (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2009, pp. 365 – 377.
503. TARUFFO, MICHELE, “Cultura y proceso”, en *Páginas sobre justicia civil*, Aramburo Calle, Maximiliano (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2009, pp. 189 – 211.
504. TARUFFO, MICHELE, “Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria”, en *Páginas sobre justicia civil*, Aramburo Calle, Maximiliano (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2009, pp. 269 – 284.

505. TARUFFO, MICHELE, "Drafting Rules for Transnational litigation", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, N° 2, Wolters Kluwer Deutschland, Köln, 1997, pp. 449 – 460.
506. TARUFFO, MICHELE, "El problema de la búsqueda de la verdad", en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Quintero, Beatriz (trad.), Editorial Temis, Bogotá, 2008, pp. 1 – 45.
507. TARUFFO, MICHELE, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Quintero, Beatriz (trad.), Editorial Temis, Bogotá, 2008.
508. TARUFFO, MICHELE, "Ideas para una teoría de la decisión justa", en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Quintero, Beatriz (trad.), Editorial Temis, Bogotá, 2006, pp. 199 – 212.
509. TARUFFO, MICHELE, "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica", en *Páginas sobre justicia civil*, Aramburo Calle, Maximiliano (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2009, pp. 55 – 62.
510. TARUFFO, MICHELE, "La función del juez", en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Quintero, Beatriz (trad.), Editorial Temis, Bogotá, 2008, pp. 107 – 178.
511. TARUFFO, MICHELE, "La ideología del 'adversary system'", en *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Quintero, Beatriz (trad.), Editorial Temis, Bogotá, 2008, pp. 237 – 275.
512. TARUFFO, MICHELE, "La justicia civil", en *Páginas sobre justicia civil*, Aramburo Calle, Maximiliano (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2009, pp. 153 – 188.
513. TARUFFO, MICHELE, "La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?", en ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, España, 1996, pp. 135 – 150.
514. TARUFFO, MICHELE, "La motivación de la sentencia", en *Páginas sobre justicia civil*, Aramburo Calle, Maximiliano (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona - Buenos Aires, 2009, pp. 515 – 526.

515. TARUFFO, MICHELE, *La motivación de la sentencia civil*, Córdoba Vianello, Lorenzo (trad.), Editorial Trotta, Madrid, 2001.
516. TARUFFO, MICHELE, *La prueba*, Ferrer Beltrán, Jordi; Manríquez, Laura (trads.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona - Buenos Aires, 2008.
517. TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, Ferrer Beltrán, Jordi (trad.), 4ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2011.
518. TARUFFO, MICHELE, “Legal cultures and models of civil justice”, en HELDRICH, ANDREAS; UCHIDA, TAKEYOSHI (eds.), *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996*, Seibundo, Tokyo, 1996, pp. 621 – 637.
519. TARUFFO, MICHELE, “Legalidad y justificación de la creación judicial del Derecho”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Quintero, Beatriz (trad.), Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2006, pp. 177 – 197.
520. TARUFFO, MICHELE, “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”, en *Páginas sobre justicia civil*, Aramburo Calle, Maximiliano (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2009, pp. 21 – 29.
521. TARUFFO, MICHELE, “Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas de civil law y de common law” en *Páginas sobre justicia civil*, Aramburo Calle, Maximiliano (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 77 – 91.
522. TARUFFO, MICHELE, “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI, FEDERICO; ORTELLS, MANUEL (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, Vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 185 – 204.
523. TARUFFO, MICHELE, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, pp. 249 – 271.
524. TARUFFO, MICHELE, “Racionalidad y crisis de la ley procesal”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 22, 1999, pp. 311 – 320.
525. TARUFFO, MICHELE, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Accatino, Daniela (trad.), Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2010.

526. }TARUFFO, MICHELE, “Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos”, en *Páginas sobre justicia civil*, Aramburo Calle, Maximiliano (trad.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona – Buenos Aires, 2009, pp. 113 – 126.
527. TASKOVSKA, DOBRINKA, “On historical and theoretical origins of the proportionality principle -A contribution towards a prospective comprehensive debate on proportionality-”, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 3(1), 2012, pp. 1 – 10.
528. TAVOLARI GOYCOOLEA, PÍA, “La dirección material del juez en el proceso civil alemán”; en PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; TAVOLARI GOYCOOLEA, PIA (coords.), *Derecho procesal civil comparado: Homenaje a Rolf Stürner*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2013, pp. 51 – 63.
529. TAVOLARI GOYCOOLEA, PÍA, “La fase introductiva y el contrato procesal en el proceso civil latinoamericano”, en CARPI, FEDERICO; ORTELLS, MANUEL (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, Vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 285 – 293.
530. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “El proceso civil chileno: lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma”, en *Comentarios Procesales*, Edeval, Valparaíso, 1994, pp. 81 – 113.
531. TOPASIO FERRETTI, ALDO, *Procedimiento civil romano*, Edeval, Valparaíso, 1992.
532. TROCKER, NICOLÒ; VARANO, VINCENZO, “Concluding remarks”, en TROCKER, NICOLÒ; VARANO, VINCENZO (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 243 – 267.
533. TROCKER, NICOLÒ, “Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas de Calamadrei y las reformas procesales en Europa”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, N° 7, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 107 – 130.
534. TROCKER, NICOLÒ, “Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa”, en SCARSELLI, GIULIANO (edit.), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del Convegno di Siena del 23 – 24*

- novembre 2007*, Cuaderni de Il giusto proceso civile, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles – Roma, 2010, pp. 165 – 197.
535. TRONSON, BRENDA, “Towards Proportionality – The 'Quick, Cheap and Just' Balance in Civil Litigation”, en PICKER, COLIN B.; SEIDMAN, GUY I., *The dynamism of civil procedure – Global trends and developments*, Springer, Suiza, 2016, pp. 183 – 202.
536. UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS; *Derecho del trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho*, LexisNexis, Santiago, 2004.
537. URRUTIA SALAS, MANUEL, *Manual de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949.
538. UZELAC, ALAN, “Efficiency of european justice systems. The strength and weaknesses of the CEPEJ evaluations”, *International Journal of Procedural Law*, Vol. 1, N° 1, 2011, pp. 106 – 146.
539. UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 34, Springer, Suiza, 2014.
540. UZELAC, ALAN, “Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world”, en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 3 – 31.
541. UZELAC, ALAN, “Reforming mediterranean civil procedure: is there a need for shock therapy?”, en VAN RHEE, C. H.; UZELAC, ALAN (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 71 – 99.
542. WACH, ADOLF, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Benzhaf, Tomás A. (trad.), EJEA, Buenos Aires, 1977.
543. VAN RHEE, C. H., “Civil justice in pursuit of efficiency”, en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 61 – 77.
544. VAN RHEE, C.H., “Dutch civil procedure: reform and efficiency”, en VAN RHEE, C.H.; UZELAC, A. (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 47 – 60.

545. VAN RHEE, C. H., “English civil procedure until the Civil Procedure Rules (1998)”, en VAN RHEE, C. H. (ed.), *European traditions in civil procedure*, Interestia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 129 – 160.
546. VAN RHEE, C. H. (ed.), *European traditions in civil procedure*, Interestia, Antwerpen – Oxford, 2005.
547. VAN RHEE, C.H., “Evolución del derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en normal”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, N° 2, 2011, pp. 11-40.
548. VAN RHEE, C. H., “Introduction”, en VAN RHEE, C. H. (ed.) *European traditions in civil procedure*, Interestia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 3 – 23.
549. VAN RHEE, C.H., “Introduction”, en VAN RHEE, C.H. (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 1 – 9.
550. VAN RHEE, C. H., “Public justice: some historical remarks”, en UZELAC, A; VAN RHEE, C.H. (eds.), *Public and private justice. Dispute resolution in modern societies*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, pp. 31 – 54.
551. VAN RHEE, C. H., “The development of civil procedural law in twentieth century Europe: a retrospective view”, en PELLEGRINI GRINOVER, ADA; CALMON, PETRÔNIO (eds.), *XIII Congresso Mundial de Direito Processual – XIII World Congress of procedural law*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 623 – 635.
552. VAN RHEE, C.H., “The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency”, en VAN RHEE, C.H. (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 11 – 25.
553. VAN RHEE, C. H. REMCO, “Tradiciones europeas en el procedimiento civil: una introducción”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 15, 2011, Santiago, pp. 15 – 42.
554. VAN RHEE, C.H.; UZELAC, A. (eds.), *Access to justice and the judiciary. Towards new European standards of affordability, quality, and efficiency of civil adjudication*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009.
555. VAN RHEE, C.H.; UZELAC, A. (eds.), *Civil justice between efficiency and quality: from ius commune to the CEPEJ*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008.

556. VAN RHEE, C. H.; UZELAC, A. (eds.), *Truth and efficiency in civil litigation. Fundamental aspects of fact-finding and evidence-taking in a comparative context*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2012.
557. VAN RHEE C. H. (REMCO); YULIN, FU (eds.), *Civil litigation in China and Europe. Essays on the role of the judge and the parties*, Springer, Dordrecht, 2014.
558. VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002.
559. VAQUER CABALLERÍA, MARCOS, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 186, Madrid, 2011, pp. 91 – 135.
560. VARGAS PAVEZ, MACARENA, “Reflexiones en torno a la figura del oficial de ejecución en el proyecto de reforma a la justicia civil chilena”, en LETURIA I, FRANCISCO J. (ed.), *Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?*, Universidad Diego Portales, Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago, 2011, pp. 471 – 487.
561. VARGAS VIVANCO, JUAN ENRIQUE, “Eficiencia en la justicia: modelos y buenas prácticas en gestión judicial”, en GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO; LETURIA, FRANCISCO J.; OSORIO, CLAUDIO (eds.), *Reforma al Poder Judicial: gobierno judicial, Corte Suprema y gestión. Bases jurídicas y de política pública para un debate necesario*, Universidad Adolfo Ibáñez, Pontificia Universidad Católica de Chile, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2007, pp. 251 – 289.
562. VARGAS VIVANCO, JUAN ENRIQUE, “Eficiencia en la justicia”, *Revista Sistemas Judiciales*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, Buenos Aires, 2003, pp. 68 – 92.
563. VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA, “La nueva ley de arbitraje comercial internacional de Chile y su análisis comparativo con la ley española”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Semestre II, Valparaíso, Chile, 2005, pp. 533 – 558.
564. VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA, *Las sedes arbitrales en el arbitraje comercial internacional*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2013.
565. VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA, “Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, Santiago, 2011, pp. 75 – 134.

566. VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA, *Tratado de arbitraje en Chile. Arbitraje interno e internacional*, Thomson Reuters, Santiago, 2018.
567. VESCOVI, ENRIQUE (ed.), *El Código procesal civil modelo para Iberoamérica: texto del antecedente: historia, antecedentes, exposición de motivos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.
568. VESCOVI, ENRIQUE, “Los principios procesales en el proceso civil latinoamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, vol. XIV, N° 40, 1981, pp. 227 – 265.
569. VESCOVI, ENRIQUE, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1984.
570. VERKERK, R., “England and wales”, en VAN RHEE, C. H. (ed.) *European traditions in civil procedure*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 307 – 316.
571. VERKERK, R.R., “What is judicial case management? A transnational and European perspective” en VAN RHEE, C.H. (ed.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 27 – 55.
572. VILAJOSANA, JOSEP M., *El Derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2010.
573. VILAJOSANA, JOSEP MARÍA, *Identificación y justificación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007.
574. VON BÜLOW, OSKAR, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Rosas Lichtschein, Miguel Ángel (trad.), Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1964.
575. VV. AA, *Accordi di parte e processo, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, N° 11, Giuffré Editore, Milano, 2008.
576. WAISMANN, FRIEDRICH, “Verifiability”, en FLEW, ANTONY (ed.), *Essays on logic and language (First series)*, Gregg Revivals, Aldershot, 1993, pp. 117 – 144.
577. WALL, ANDREA, “Austria & Germany: a history of successful reforms”, en VAN RHEE C. H. (REMCO); YULIN, FU (eds.), *Civil litigation in China and Europe. Essays on the role of the judge and the parties*, Springer, Dordrecht, 2014, pp. 141 – 177.
578. WALLGREN-LINDHOLM, CARITA, “Ad hoc arbitration v. institutional arbitration”, en CORDERO-MOSS, GIUDITTA (ed.), *International*

- Comercial Arbitration. Different forms and their features*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013, pp. 61 – 81.
579. WALTER, GERHARD; BAUMGARTNER, SAMUEL P., “Improving the Prospects of the Transnational Rules of Civil Procedure Project: Some Thoughts on Purpose and Means of Implementation”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, N° 5, Wolters Kluwer Deutschland, Köln, 2000, pp. 477 – 497.
580. WALTER FASCHING, HANS, “Liberalización y socialización del proceso civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 13-14, México, 1972, pp. 23 – 33.
581. WANG, HONGLIANG, “Civil pre-trial procedure in China”, en CARPI, FEDERICO; ORTELLS, MANUEL (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure*, Vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 295 – 309.
582. WEDEKIND, W. (ed.), *Justice and efficiency. General reports and discussions. The Eighth World Conference on Procedural Law*, Kluwer, Deventer, 1989, pp. 19 – 38.
583. WIJFFELS, A., “France”, en VAN RHEE, C. H. (ed.) *European traditions in civil procedure*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 269 – 279.
584. WIJFFELS, A., “French civil procedure (1806 – 1975)”, en VAN RHEE, C. H. (ed.) *European traditions in civil procedure*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 25 – 47.
585. WILENMANN, JAVIER, “La administración de justicia como un bien jurídico”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXVI, Valparaíso, 2011, pp. 531 – 573.
586. WRÓBLEWSKI, JERZY, “Ideología de la aplicación judicial del derecho”, en *Sentido y hecho en el Derecho*, Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.
587. YULIN, FU, “Social harmony at the cost of trust crisis: goals of civil justice in China”, en UZELAC, ALAN (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 34, Springer, Suiza, 2014, pp. 167 – 182.
588. ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, Gascón, Marina (trad.), 8ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2008.
589. ZANDER, MICHAEL, “Why Lord Woolf’s proposed reforms of civil litigation should be rejected”, en ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, ROSS

- (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on "Acces to Justice"*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 79 – 95.
590. ZUCKERMAN, ADRIAN, "Adjudication of civil dispute: a mismanaged public service", en VV. AA, *Accordi di parte e proceso, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, N° 11, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 121 – 126.
591. ZUCKERMAN, ADRIAN A. S., "Court case management in England under the Civil Procedure Rules 1998", en GOTTWALD, PETER (ed.), *Litigation in England and Germany. Legal Professional services, key features and funding*, Giesecking – Verlag, Bielefeld, 2010, pp. 1 – 14.
592. ZUCKERMAN, ADRIAN A. S., "Court control and party compliance – The quest for effective litigation management", en TROCKER, NICOLÒ; VARANO, VINCENZO (eds.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 143 – 161.
593. ZUCKERMAN, A. A. S., "English civil procedure - the shift away from party control and orality", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, N° 1, Wolters Kluwer Deutschland, Köln, 1996, pp. 65 – 87.
594. ZUCKERMAN, ADRIAN A. S., "Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure", en ZUCKERMAN, ADRIAN A. S. (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, reimp., Oxford University Press, New York, 2003, pp. 3 – 52.
595. ZUCKERMAN, ADRIAN A. S., "Lord Woolf access to justice: plus ça change...", *Modern Law Review*, Vol. 59, N° 6, Novembre, 1996, pp. 773 – 796.
596. ZUCKERMAN, ADRIAN A. S., "The Woolf Report on Access to Justice – An Overview", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, N° 2, Wolters Kluwer Deutschland, Köln, 1997, pp. 31 – 42.
597. ZUCKERMAN, ADRIAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 3rd ed., Thomson Reuters, Londres, 2013.
598. ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, ROSS (eds.), *Reform of civil procedure. Essays on "Acces to Justice"*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

OTROS DOCUMENTOS

1. BLECUA, JOSÉ MANUEL (dir.), *Diccionario General de sinónimos y antónimos*, Vox, Barcelona, 1999.
2. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde. Sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía*, Bruselas, 2002.
3. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro verde. Sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, Bruselas, 2002.
4. COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation N° R (84)5. Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice*, Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe in Strasbourg on 28 February 1984.
5. *Diccionario de sinónimos y antónimos*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2005.
6. *Diccionario de Sinónimos y Antónimos. Lengua española*, 3ª Ed., Ediciones SM, Madrid, 2006.
7. *Cambridge Advance Learner's Dictionary*, 3ª Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
8. *Diccionario Manual de sinónimos y antónimos Vox*, Larousse Editorial, Barcelona, 2007.
9. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia - Antecedentes - Exposición de motivos*, Montevideo, 1988. Disponible en red: http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf. (Última visita 11 de septiembre de 2018).
10. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, Caracas, Venezuela, 2004. Disponible en red: http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf. (Última visita 11 de septiembre de 2018).
11. INTERNATIONAL COMERCIAL CHAMBER, *ICC Commission Report: Controlling Time and Costs in Arbitration*, Francia, 2012.
12. LORD WOOLF, *Access to Justice. Interim Report, to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1995. Disponible en red: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interim/woolf.htm>. (Última visita 12 de enero de 2016);

13. LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report, to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, 1996. Disponible en red: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>. (Última visita 12 de enero de 2016).
14. *Oxford Latin Dictionary*, P. G. W. Glare (ed.), Oxford At The Clarendon Press, 1982.
15. *Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, EDEVAL, Valparaíso, 1989.
16. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª Ed., Edición del tricentenario, España, 2014.
17. *The New Oxford American Dictionary*, 2ª Ed., Oxford University Press, Oxford, 2005.
18. *The Oxford English Dictionary*, Vol. V, 2ª Ed., prepared by J.A. Simpson and E.S.C. Weiner, Clarendon Press – Oxford University Press, Oxford, 1991.

