

¿INQUISITIVISMO COMO EFICIENTISMO?

Utopía, distopía y ucronía del Inquisitivismo

Por: Roberto González Álvarez*
rgonzaleza@pucp.edu.pe

Sólo el calor humano, la amistad franca y el sincero consejo de Adolfo Alvarado Velloso, se equiparan a su genialidad inconfundible, a sus dotes de maestro y a su espíritu libertario, que hacen de su obra una auténtica, digna y honesta Escuela procesal: la garantista de Latinoamérica.

1.- Premisa. I: Estructura trialista integral-funcional del proceso. 2.- Las tres dimensiones del derecho: trialismo del mundo jurídico. 2.1.- Trialismo del derecho procesal civil. 2.1.1.- Una distinción semántica necesaria: eficacia, efectividad y eficiencia. 2.1.2.- Trialismo integral-funcional del proceso. 2.1.3.- Sentidos vectoriales de indagación y declinación trialista. II: Eficiencia del proceso civil. 3.- La eficiencia en la *jurística* sociológica. 4.- Eficiencia y teoría económica del derecho. 5.- Eficiencia y teoría postmoderna del derecho. 5.1.- Perspectivas y orientaciones postmodernas. 5.2.- La percepción postmoderna del «sistema»: «cibernética», «teoría del caos», «efecto mariposa» y «globalización». 5.3.- Derecho procesal civil postmoderno. 6.- Eficiencia y derecho procesal civil.

689

1. PREMISA

«El fin de la historia» (*The end of history*) es hoy sólo un «audaz» título, formulado como interrogante, para un audaz artículo periodístico que apareciera en 1989 en *The National Interest* para dar lugar en 1992 al libro *El fin de la historia y el último hombre* (*The end of history and the last man*), en el que la historia termina porque las ideas se apagan, es decir, las ideologías se extinguen y con ellas la historia de guerras y revoluciones sangrientas¹, sin interesar si el Estado capitalista, que es el vencedor «al final» de la historia, tenga o no presencia en todo el planeta. Fukuyama, el autor del artículo y libro aludidos, no advirtió que las ideologías vencidas (*v. gr.* fascismo, marxismo) cuando parecen que mueren se escurren, mutan o sobreviven usurpando denominaciones que las disimulan y encubren, que succionan la apatía negacionista que abriga su pulso y que sólo esperan adormecer y curtir más con su infectada presencia para tornar «su

* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNSAAC. Presidente de la Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

¹ Fukuyama, Francis, *The end of the history and the last man*, Avon Books, New York, 1992; *El fin de la historia y el último hombre : la interpretación más audaz y brillante de la historia presente y futura de la humanidad*, Buenos Aires : Planeta, 1992, *passim*.

lucha». Entonces, sobra decirlo, la historia no ha terminado ni las ideologías se han acabado; «el fin de la historia» fue sólo una idea optimista que no llegó a realizarse, una utopía.

El mundo del proceso civil no es ajeno a utopías similares. Que alguien haya proyectado el «inquisitivismo» actual como «eficientismo» procesal no es sino la proyección «optimista» de que lo malo llegue a ser bueno, de que lo irrealizable alguna vez llegue a ser, en fin, de que lo inconstitucional se haga constitucional. Y con esto adelanto que la lectura de lo eficiente en el proceso civil es (*rectius*: debe ser) constitucional, porque es componente funcional de la estructura del Derecho mismo, y por tanto del proceso y del derecho procesal. Como más adelante se verá el Derecho es eficacia, efectividad y eficiencia, y esta estructura trialista, que es traducción finalista, fundamental y funcional del valor, norma y hecho, no permite separaciones, es integral, pues es el Derecho mismo. Lo eficiente es la visión funcional de la dimensión fáctica del derecho que se sujeta o supedita a lo efectivo que es la visión fundamental de la dimensión normológica del derecho; por eso no se puede pensar en disociar lo efectivo de lo eficiente, que equivale a disociar lo constitucional de la función (atención: función y no finalidad) pública y privada del proceso. Siendo así, la eficiencia del proceso es consecuencia funcional fáctica o sociológica del sentido constitucional (efectivo) del proceso, entonces, el autoritarismo inquisitorial en el proceso, que es supuración de esas ideologías que Fukuyama declaró desaparecidas, nunca llegará a identificarse con la doctrina que profesa lo eficiente del proceso, que es el efficientismo procesal, un nombre que sin duda le queda muy grande o que sólo se explica en una lectura utópica del inquisitivismo.

690

Pero la utopía no es la única recitación desordenada de la realidad que los Fukuyama del inquisitivismo viven, pues también hay ucronía y distopía en sus escritos; así, con relación al primero, creyeron que la confrontación ideológica procesal había desaparecido, mejor aún, que habían desaparecido² los debates mismos entre disositivistas e inquisitivistas, y que la «victoria»³ había sido del efficientismo (*rectius*: inquisitivismo), es decir, realizaron una línea temporal alternativa a la real, reconstruyéndola con supuestos acontecimientos que no sucedieron, pues desde Satta a Cipriani, Montero y Alvarado la ideología disositivista sigue puesta en pie contra la arbitrariedad que encarna el inquisitivismo, es más, el inquisitivismo, mal denominado efficientismo, nunca asumirá una victoria mientras haya un orden constitucional que respetar, en consecuencia, viven la irrealidad de un qué hubiera ocurrido si el disositivismo (*rectius*: garantismo) no existiera; y, con relación al segundo, proyectan un mundo procesal futuro antiutópico de un inquisitivismo «puro», con un «juez teleólogo»⁴ o «sastre»⁵, en un proceso «servidor» de fines⁶ y valores, dentro de estos últimos el valor «conveniencia»⁷ –sabe Dios de dónde obtenido–, y otras pesadillas más que empalidecen el «disositivismo-inquisitivismo» que la actual irracionalidad inquisitiva alega desde hace buen tiempo para lograr sobrevivir.

Lo que el inquisitivismo disfrazado de efficientismo exprese, bien puede ser entendido en la línea utópica, distópica o ucrónica, pero para advertirlo en su sentido real es necesario primeramente demostrar que el efficientismo procesal no significa inquisitivismo, todo lo contrario, significa ante todo efectivismo, porque de éste depende su presencia funcional en la estructura procesal. Consecuentemente, si bien proyectaré la composición trialista integral-

² Peyrano, Jorge Walter, *Derecho procesal civil de acuerdo al C.P.C. peruano*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 68.

³ *Ibidem*, p. 69.

⁴ *Ibidem*, pp. 83, 104.

⁵ *Ibidem*, p. 102.

⁶ *Ibidem*, p. 85.

⁷ *Ibidem*, p. 104.

funcional del proceso y del derecho procesal, acentuaré la explicación en la eficiencia del proceso, para establecer que el inquisitivismo asume una denominación que no le corresponde porque no refleja lo que es.

I. ESTRUCTURA TRIALISTA INTEGRAL-FUNCIONAL DEL PROCESO

2. LAS TRES DIMENSIONES DEL DERECHO: TRIALISMO DEL MUNDO JURÍDICO

El entendimiento del Derecho a través de sus tres dimensiones se ha asentado con mucho significado en diversas posiciones filosóficas⁸; así, entre las más destacadas, el integrativismo de Joreme Hall, la egología de Carlos Cossio, el tridimensionalismo de Miguel Reale y la teoría «trialista del mundo jurídico» de Werner Goldschmidt⁹.

Esta última, iniciada en 1960¹⁰, diferencia la filosofía jurídica mayor, que pertenece a un escenario filosófico general dentro del cual tiene posicionamiento la filosofía del derecho, de la filosofía jurídica menor o *jurística*, que atiende al mundo interior del derecho desde donde lo construye al calor del pensamiento de los juristas sin rendir cuentas de la cultura general. Ambos ámbitos filosóficos se estudian en una parte histórica y otra sistemática; precisamente en esta última es donde se desenvuelve el trialismo del mundo jurídico comprendiendo, según su autor, sus dimensiones sociológica, normológica y dikelógica.

691

- a) La *jurística* sociológica, se orienta al estudio de la «adjudicación» o «reparto» que comprende el comportamiento (conducta) de los hombres. El «reparto», que puede ser «autoritario» (evidencia poder, el «repartidor» no se preocupa de la conformidad o disconformidad de los demás protagonistas) o «autónomo» (supone cooperación, los protagonistas acuerdan y coinciden en sus conductas, ambos son adjudicadores), se diferencia de la «distribución» porque ésta es la adjudicación por determinación de la naturaleza y aquel por determinación de la voluntad del hombre, y comprende (i) «repartidores» (siempre el hombre), (ii) «recipiendarios», es decir, destinatarios de las adjudicaciones que son hombres y también animales o cosas, (iii) «lo repartido» o «los objetos a repartir» que son derechos («potencias») y obligaciones («impotencias»), ambos entendidos como tareas en el campo de la justicia, (iv) «su justicia» se desprende del contenido del «reparto» y (v) «su orden» pues el «reparto» tiene naturaleza temporal.
- b) La *jurística* normológica, armonizando con la *jurística* sociológica muestra la norma como la recepción lógica y razonable de un proyecto de reparto expuesto por un tercero, la norma describe tanto la voluntad del «repartidor» como el cumplimiento de esa voluntad por los «recipiendarios». La norma es fiel o infiel según reproduce con fidelidad o no la voluntad del «adjudicador» («repartidor») o la deforma atenuándola o exagerándola; y es exacta cuando coincide en la realidad con el cumplimiento de la voluntad de su autor, es decir, cuando se da su eficacia, que compete a la *jurística* dikelógica, lo que, en todo caso, muestra la vinculación estrecha de las *jurísticas* normológica y dikelógica. A pesar de haber tenido la

⁸ Piombo, Horacio Daniel, *Teoría trialista del mundo jurídico*, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Driskill, Buenos Aires, 1993, Apéndice i, p. 729; Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Depalma, Buenos Aires, 1976, pp. 18-20.

⁹ Goldschmidt, Werner, *Introducción... cit., passim*.

¹⁰ Goldschmidt, Werner, «Trialismo. Su semblanza» en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Driskill, Buenos Aires, 1986, Apéndice v, p. 785.

lógica y metodología jurídicas una asignación inicial para el estudio de la *jurística* normológica, es en la teoría general del derecho donde ésta ha encontrado mayor desarrollo.

- c) La *jurística* dikelógica, está referida a la teoría de la justicia o «dikelogía», que es un término empleado antes por Althusio en el significado de «enciclopedia jurídica», pero acuñado por Goldschmidt como «ciencia de la justicia»¹¹ en base al nombre Dike que es la deidad griega que representa la justicia. La dikelogía comprende una parte general en la que la justicia se conceptúa como valor, y una parte especial referida a la forma o estructura formal de la justicia (dikelogía axiológica o axiológica) y a su contenido (dikelogía axiosófica o axiosofía).

2.1. TRIALISMO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

Se hace incierta la definición del derecho procesal civil cuando de ella se advierten tres puntos de vista, uno vinculado a los valores, otro referido a las normas positivas estatales y finalmente un punto de vista que entiende el derecho procesal civil como una realidad social generadora de particulares conductas sociales; se identificará entonces el derecho procesal civil, en su definición, con la justicia, el Código Procesal Civil o conductas y decisiones expuestas en hechos, actos y negocios procesales referidos a un servicio público de solución de conflictos. ¿Será cada perspectiva absolutamente apartada y excluyente de las otras? ¿Serán estas perspectivas reductibles entre sí? ¿Podrán subordinarse bajo una concepción general?

692

Las preguntas asumen respuesta en la confluencia de las tres dimensiones del derecho desde la perspectiva trialista con la particularidad interactiva de sus componentes en cada sentido vectorial de indagación que hemos acogido y adaptado del tridimensionalismo¹²; en consecuencia, el derecho procesal civil puede ser entendido desde cualquiera de sus dimensiones, con las particularidades que identifican a cada una, reflejando siempre sus vinculaciones con las otras dos, aclarando que tanto «el sentido vectorial de indagación» como la «declinación trialista» se fundamentan en la interactuación de las tres dimensiones según las exigencias de cada una en cuanto sea dominante.

El derecho procesal civil entendido en el obrar social toma como sentido vectorial de indagación el manifestado en la vinculación *hecho-valor-norma*; que se explica en la «fórmula Reale»¹³ como la integración del hecho en un valor para dar lugar a la norma, proyectada en este caso a nuestra clasificación jurídica en armonía a la noción goldschmidtniana de *jurística* sociológica. Esta dimensión comprende, en el plano filosófico, el panorama que la culturología jurídica le asigna al derecho procesal civil, es decir, su entendimiento como objeto cultural, como producto de la vida humana objetivada; y en el plano empírico los estudios que la historia del derecho y la sociología del derecho aportan. Los hechos tratados en los planos filosófico y empírico son atendidos no como simples hechos sino como hechos que tienen una dimensión de constituir y concretizar normas y otra dimensión de orientación predispuesta a valores para el logro de directrices estimativas.

¹¹ Goldschmidt, Werner, *La ciencia de la justicia (dikelogía)*, Aguilar, Madrid, 1958, *passim*.

¹² Cfr., Reale, Miguel, *Teoría tridimensional o direito*, Saraiva, San Pablo, 1968, *passim*; *Teoría tridimensional del derecho – Una visión integral del derecho*, trad. de Ángeles Mateos, Tecnos, Madrid, 1997, *passim*; *Introducción al derecho*, Pirámide, Madrid, 1993, p. 73; *Teoría do direito e do Estado*, Martins, 1972, pp. 26-ss; *Fundamentos del derecho*, trad. de Julio O. Chiappini, Depalma, Buenos Aires, 1976, *passim*; *Filosofia do Direito*, Saraiva, San Pablo, 1953, t. ii, v. 1, *passim*.

¹³ Reale, Miguel, «Sobre el origen del término 'tridimensionalismo' jurídico», en *Derecho PUC – Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, N° 52, 1998, pp. 248-249; *Teoría tridimensional... cit.*, p. 120.

La dimensión valorativa del derecho procesal civil discurre por la secuencia *valor-norma-hecho*, esto explica que los valores inspiran el derecho pero no únicamente en el mundo axiológico sino conduciendo la elaboración y concreción del contenido normativo coercitivo para asistir a la realidad social de los hombres. La estimativa o axiología jurídica y la política del derecho concurren en los planos filosófico y empírico, respectivamente, como consecuencia del entendimiento del derecho (procesal) como valor.

La apreciación normológica del derecho procesal civil tiene sentido vectorial de indagación en la vinculación secuencial *norma-hecho-valor*. El sistema de normas por sí mismo, sea elaborado por los hombres en una determinada situación histórica de las que se afirma vigencia formal debe brotar en determinados hechos de la realidad humana social trascendiéndolos con miras a alcanzar valores. El derecho procesal civil en su aspecto normativo da espacio, en el plano filosófico, a la teoría fundamental o general del derecho, y en el plano empírico a la ciencia dogmática o técnica del derecho positivo.

2.1.1. UNA DISTINCIÓN SEMÁNTICA NECESARIA: EFICACIA, EFECTIVIDAD Y EFICIENCIA

La proyección del trialismo jurídico muestra la finalidad (valor), fundamentalidad (norma) y funcionalidad (hecho) del derecho, y en esta empresa se advierte, correlativamente, la eficacia, efectividad y eficiencia como centros neurálgicos de la integralidad tridimensional; por eso es necesario partir de una distinción de las acepciones de las palabras eficacia, efectividad y eficiencia, y se acude a esto porque el diccionario esclarece la idea con que los conceptos estudiados son manejados, lo que es sabido siempre ha ayudado a que los principales interrogantes de los problemas *ius* filosóficos más empinados pierdan mucho de su misterio¹⁴. Aun corriendo el riesgo de que más allá de la facilitación en la operación mental de abstracción –generalización– y discriminación –reducción de datos irrelevantes para acertar la acepción apropiada– que genera el acudir a la significación de una palabra¹⁵, para purgar el equívoco del uso del referente de la expresión, se engancha la línea expresiva a un enorme y pesado tren de entidades cognoscibles jurídicas no siempre avistadas desde el libro idiomático y ahí es que lo complicado viene de la mano de la exigencia de limpieza idiomática, traducida en el esfuerzo de mantener lo lingüístico en las sinuosas rieles del siempre esquivo vehículo del razonar jurídico.

Se entiende por el término *eficacia* (del latín *efficio, feci, fectum, ficere* que significan hacer, efectuar, causar, ocasionar, respectivamente) la «virtud, actividad, fuerza y poder para obrar», «capacidad de conseguir un efecto querido», de ahí que lo *eficaz* esté definido como «activo, poderoso para obrar», dicho de cosa, «que produce el efecto propio o esperado» y dicho de persona

¹⁴ Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, 1983, p. 250.

¹⁵ Para todas las significaciones anotadas véanse, Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa-Calpe, Madrid, tres últimas ediciones; Real Academia Española– Asociación de Academias de la Lengua Española, *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana Ediciones Generales, 2005.

«competente, que cumple perfectamente su cometido». En este último sentido se recomienda usar *eficiente*. Es preferible usar el sustantivo *eficacia* en vez de *efectividad*.

Efectividad significa «cualidad de efectivo», en el doble sentido del término *efectivo -va*, esto es, «cualidad de ser real, verdadero, no quimérico, no nominal», y aplicado a cosas «cualidad de lo que causa efecto» («eficaz, capaz de lograr el efecto que se desea»), en este último sentido se recomienda el uso, con preferencia, de la voz *eficacia*. No debe usarse *efectividad* como sinónimo de *eficiencia*. No debe usarse *efectivo*, referido a personas, como sinónimo de *eficiente* («dicho de persona, 'competente, que rinde en su actividad'»).

Por *eficiencia* se entiende la «virtud y facultad para lograr un efecto determinado». No debe emplearse *eficiencia* por *efectividad*. «*Eficiente*», dicho de persona significa «competente, que rinde en su actividad», y dicho de cosa, «eficaz, capaz de lograr el efecto que se desea». Se recomienda, en relación a cosas, el uso de los adjetivos *eficaz* o *efectivo*. Enfocando la significación de estos términos al ámbito jurídico, en la medida de lo que se quiere explicar, se ve que:

- a) *Eficacia*, desde su connotación significativa tiene una doble proyección: a) como «poder para obrar» que bien identifica la eficacia como valor (*jurística* dikelógica); y, b) como «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera», bajo la línea de esta última acepción *eficaz* significa «que produce el efecto propio o esperado» aplicándose preferentemente a cosas, caso en el que de usarse los términos *efectivo* o *eficiente* significan lo mismo, es decir, *efectividad* y *eficiencia*, dichos de cosas significan *eficacia* en su segunda acepción, tanto que en este caso se recomienda el uso de este último término.
- b) *Efectividad* también tiene una doble proyección en referencia al doble sentido del término efectivo(a): a) como «cualidad de ser real, verdadero», propiedad que tiene el ordenamiento jurídico positivo (*jurística* normológica); y, b) dicho de cosas, como equivalente de *eficacia*, «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera».
- c) *Eficiencia*, tiene una orientación subjetiva dominante pues vale por sí misma cuando se dice de persona o entidad; implica, entonces, el significado de «competente», «capaz», «capacitado» para su función o actividad. El concepto *eficiencia* tiene importancia, entre otros ámbitos del conocimiento humano, en la economía, gerencia, psicología y administración, en cuanto comprende la «capacidad de elección del medio más adecuado para lograr una función o un efecto» o «capacidad de disponer»; este orden significativo proyecta un doble aspecto el término *eficiencia*, diferenciado cuando es dicho de cosas o de personas y entidades, en el primer caso significa *eficacia* y queda devaluada por ella, porque al implicar un sentido subjetivo dominante pierde sentido en las cosas; pero en el segundo caso la «capacidad», que tiene connotación fáctica (*jurística* sociológica), encuentra consistencia cuando (*eficiencia*) nace de la función o actividad de una entidad o de una persona posibilitándole, según la capacidad desplegada en su función o actividad (entendida como capacidad de establecer o disponer los medios más adecuados para el mejor beneficio), conseguir un efecto determinado.

Ayuda a construir de mejor manera el significado de las palabras *eficacia* y *eficiencia*, considerar la diferencia que existe entre ellas concebidas como esencia causal; así, la Sociedad Francesa de Filosofía¹⁶ entiende por *eficaz* «la causa que produce su efecto sin perder ni ganar nada de sí misma», y por *eficiente* «la causa que produce su efecto transformándose en él parcial o totalmente». Esto genera un doble beneficio: a) con relación a la eficacia, respalda su categoría axiológica en tanto resulta inmutable, como lo es la justicia o todo otro valor, lo que con las particularidades pertinentes también se puede decir del ordenamiento jurídico, en cuanto es causa que permanentemente motiva (espontánea o forzosamente) conductas sin convertirse en ellas; y, b) con relación a la eficiencia, denota que se consume, parcial o totalmente, al alcanzar su objetivo, se refunde en éste. Sobre esto último veremos que la eficiencia que proyecta el proceso civil termina por refundirse en la efectividad de la norma de derecho material tutelado y en la consecución de valores fundamentales. En consecuencia, *eficacia* es la «virtud, actividad, fuerza y poder para obrar», la «capacidad de conseguir un efecto querido», *efectividad* es la «cualidad de ser real, verdadero, no quimérico, no nominal», y *eficiencia* es la competencia o capacidad de establecimiento y disposición de los mejores medios para alcanzar el mayor beneficio en la realización de una función. Estas significaciones no son excluyentes de las otras que hemos visto, sino, se asumen preponderantes porque demuestran utilidad plena y primaria para el propósito de estudio.

2.1.2. TRIALISMO INTEGRAL-FUNCIONAL DEL PROCESO

Es inevitable la percepción trialista del mundo jurídico¹⁷ para determinar la dinamicidad sistemática del hecho, valor y norma en el derecho procesal civil, esto nos permite percibir de dónde fluyen y a dónde se proyectan los conceptos de eficacia, efectividad y eficiencia, que en todo caso son expresión prevalente de las *jurísticas* dikelógica, normológica y sociológica, respectivamente, en la finalidad, fundamentalidad y funcionalidad jurídicas.

La *eficacia*¹⁸ tiene una proyección general, es decir tanto en los ámbitos dikelógico, normológico como sociológico del derecho procesal y en cada caso muestra una particularidad. La «eficacia como valor» se muestra con carácter instrumental frente a la justicia, es expresión del «poder para obrar del derecho» procesal. La «eficacia proyectada en el ámbito positivo material del derecho» (eficacia material) se traduce en la significación de la efectividad, es por tanto la «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera». La «eficacia proyectada en el ámbito procesal del derecho» (eficacia instrumental), en tanto expresa la realidad fáctica e instrumental del proceso, se traduce en eficiencia,

¹⁶ Sociedad Francesa de Filosofía, *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*, A. Lalande (Director), El Ateneo, Buenos Aires, 1953, voces «eficacia» y «eficiencia».

¹⁷ Cfr., Goldschmidt, Werner, *La ciencia de la justicia (dikelología)*, Aguilar, Madrid, 1958, *passim*; *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Depalma, Buenos Aires, 1976, *passim*; «Trialismo. Su semblanza» en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Driskill, Buenos Aires, 1986, Apéndice v, p. 785; Chiappini, Julio Oscar, «Trialismo», en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Driskill, Buenos Aires, 1989, Apéndice iv, pp. 572-574; Piombo, Horacio Daniel, *Teoría trialista del mundo jurídico*, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Driskill, Buenos Aires, 1993, Apéndice i, p. 729; Bidart Campos, Germán J., *Filosofía del derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969, p. 12.

¹⁸ Cfr., Falzea, Angelo, «Efficacia giuridica», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, v. xiv, pp. 437- 464; Gardella, Juan Carlos, «Eficacia del orden jurídico», en *Enciclopedia jurídica Omeba*, Diskill, Buenos Aires, 1993, t. ix, p. 715.

significando en este caso también la capacidad de lograr el efecto deseado. En cualquier situación, por la procedencia axiológica de la eficacia, es esencia causal que no gana ni pierde de sí cuando produce su efecto o realiza su orientación teleológica: aproximar el derecho a la justicia, que en buena cuenta es lograr la justicia como fin del derecho.

La *efectividad*¹⁹ es propia del orden normativo del derecho, lo que junto a su significación de «eficacia material» le asigna la concepción de «realización o actuación» de los derechos sustanciales sea en forma espontánea o forzosa, esta última gracias a la eficiencia. La exigencia de efectividad de los derechos sustanciales se satisface desde una perspectiva constitucional, que de ser exigencia de efectividad forzosa la perspectiva constitucional será la que valore el proceso como real sistema de garantías. Si el eje gravitatorio de la normatividad jurídica es su constitucionalidad, no se duda en advertir que la efectividad es la fundamentalidad del orden normativo. De ahí que el garantismo procesal asiste a la lucha de la efectividad de los derechos materiales, bien puede decirse, entonces, que garantismo es efectivismo procesal.

La *eficiencia* procesal parte de la expresión dimensional sociológica del derecho, por eso acompaña a su significación de «eficacia» su sentido instrumental en tanto se revela como capacidad de elección del medio más adecuado para lograr un fin (*rectius*: una función), yendo un poco más, tal capacidad posibilita el mejor beneficio con el menor costo. La eficiencia como esencia causal se transforma en su efecto que es la actuación (forzosa) del derecho material, es decir, la eficiencia se funda en la efectividad, por eso se subordina o somete a ella. En el derecho, la eficiencia, a diferencia de la eficacia, no es teleológica, sino funcional, es decir se orienta a la función misma del derecho, que si se la ve a nivel procesal será la función privada y la función pública que desarrolla el proceso. Esto permite determinar que si se alude al trialismo integral-funcional, será remisivo a la eficiencia del proceso; en igual forma que si se refiere al trialismo integral-teleológico o finalista, será remisivo a la eficacia, y lo propio ocurrirá cuando se exprese trialismo integral-fundamental con la efectividad del derecho.

Sirven mucho, para entender lo expuesto, los sentidos vectoriales de indagación y la declinación trialista. Pero antes de pasar a ello, y para concluir el rubro, corresponde aclarar que el inquisitivismo procesal se autodenomina «eficientismo procesal» asentando su pensamiento en la eficiencia conceptualmente aislada de la estructura trialista del derecho enfocándola como capacidad de la mejor decisión del juez para el mayor beneficio en proceso y, por tanto, pervirtiendo su esencia funcional con una imposición finalista o teleológica, que a ciegas le permite «justificar» recortar la brecha procesal sin importar la inconstitucionalidad en que incurre, *v. gr.*, solventando medidas de aceleración del proceso, poderes probatorios de oficio y otras barbaridades supuradas de ideologías autoritarias y disposiciones inconstitucionales. Es evidente que nada tiene que ver la bien entendida

¹⁹ Cfr., Gavazzi, Giacomo, «Effettività (principio di)», en *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1994, p. 3; Piovani, Pietro, «Effettività (principio di)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1965, t. xiv, pp. 427-ss.

eficiencia del proceso con el inquisitivismo procesal. Mal se hace en consentir que el inquisitivismo se presente como eficientismo.

2.1.3. SENTIDOS VECTORIALES DE INDAGACIÓN Y DECLINACIÓN TRIALISTA

En definitiva si bien eficacia (valor-finalidad), efectividad (norma-fundamentalidad) y eficiencia (hecho-funcionalidad) son conceptos sistemáticamente articulados y complementarios entre sí no son lo mismo, cada una expresa una fase jurídica, y por tanto un sentido vectorial²⁰ de indagación apropiado, es decir, un orden interno secuencial de realización, en el que, en cada caso, concurren exigencias metódicas diferentes; así, el sentido vectorial de indagación en la *jurística* sociológica es *hecho-valor-norma*, en la *jurística* normológica es *norma-hecho-valor*, y en la *jurística* dikelógica es *valor-norma-hecho*. Estos tres sentidos vectoriales de indagación no sólo se orientan a explicar las dimensiones fáctica o de vigencia –funcionalidad–, normativa o de fundamento –fundamentalidad– y valorativa o de eficacia²¹ –finalidad–, sino, en el caso de las dos primeras dimensiones también explican las dimensiones de eficiencia y de efectividad, correlativamente.

Esa (triple) estructura del mundo jurídico genera la «declinación trialista»²² que, me parece, no sólo somete un fenómeno jurídico al (triple) tratamiento sociológico, normológico y dikelógico²³, sino explica por qué los (tres) conceptos (hecho, norma, valor) aparecen tres veces, una vez en cada una de las tres dimensiones y cada vez con diferencias rendidas a sus distintos posicionamientos, lo que también explica los tres distintos sentidos vectoriales de indagación.

697

II. EFICIENCIA DEL PROCESO CIVIL

3. LA EFICIENCIA EN LA JURÍSTICA SOCIOLOGICA

El derecho objetivo puede hacerse efectivo (real o cumplido) espontánea o forzosamente: la primera forma se da cuando los sujetos sobre los que recae lo cumplen o acatan de propio impulso; y, la segunda forma se da al no ocurrir la primera, por lo que actúa un mecanismo instrumental que lo efectivice bajo la jurisdicción estatal, que es el proceso (procesal).

La efectividad espontánea del derecho objetivo implica eficiencia sin despliegue de medios, es decir, eficiencia absoluta o funcionalidad total del derecho; en esta forma (i) si no hay presencia de conflicto resulta tan difícil de apreciar la eficiencia separada de la efectividad que podría decirse, sin que signifique que lo hago, que no existe eficiencia en la actuación espontánea sino únicamente en la forzosa; y (ii) si hay presencia de conflicto son las partes las que lo disuelven,

²⁰ Chiappini, Julio Oscar, «Trialismo», en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Driskill, Buenos Aires, 1989, Apéndice iv, p. 572.

²¹ *Ibidem*.

²² Goldschmidt, Werner, «Trialismo. Su semblanza» en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Driskill, Buenos Aires, 1986, Apéndice v, p. 786; *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Depalma, Buenos Aires, 1976, pp. 31-32.

²³ Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 31.

notándose la eficiencia jurídica en los métodos que lo posibiliten. En cambio, la efectividad forzosa del derecho objetivo comprende el despliegue de medios o uso del proceso como método; en esta forma, que siempre implica un conflicto a resolverse por un tercero ajeno a él, la eficiencia es propia de la función (privada y pública) que la regulabilidad de un discurrir dialéctico, llamado proceso, desarrolla para alcanzar un fin: la sentencia.

Ahora, ¿dónde y cuándo aparece la eficiencia en el derecho?, no precisamente con el surgimiento del proceso, sino posteriormente, es parte del equipaje con que arribó el garantismo constitucional a la Europa posguerra envuelta en una punzante ideología constitucional de protección de derechos y libertades del hombre tras un amargo episodio genocida; ese panorama desconsolador abrió las puertas del derecho a la *eficacia*, esa vieja virtud atisbada para el orden jurídico.

Las garantías constitucionales y los mecanismos de efectivización de los derechos que tutelan, captaron las primeras oscilaciones de esa eficacia para más tarde reverberarla a todo el orden jurídico al trasluz de su manifestación efectiva en lo normativo y eficiente en lo fáctico.

Procesalmente se entiende la eficiencia como la virtud y facultad «para» lograr una función o efecto determinados, es decir aquello que se realiza «para» —indica un medio— una función o una consecuencia, o como expresa la acepción indicada «para lograr», que bien puede ser «para conseguir», «para alcanzar», o finalmente «para algo» que será una operatividad o función y un efecto, o el efecto de una función, claro está, determinados; pero siempre connotando un desarrollo, despliegue o funcionamiento, que si se orienta a «un efecto determinado», bajo el clima jurídico, será la función (privada y pública) de un procedimiento (proceso) para un objeto o fin (la sentencia). Fácil es, entonces, desde ya vincular el concepto eficiencia al ámbito procesal y propiamente al desenvolvimiento del mismo.

La eficiencia aparece en el proceso a instancia ideológica de la Constitución, ella inspira la eficacia de sus garantías y no habría otra forma de alcanzarla en proceso sino en base a un proceso eficiente que hará de la actuación forzosa del derecho algo efectivo. De no ser eficiente el proceso lo efectivo del derecho no podría nacer; pero, no se olvide, lo eficiente no puede desviarse de la ruta que le traza lo efectivo, que en el proceso es lo constitucional de sí. Entonces, ¿qué es lo constitucional del proceso? El respeto que éste guarda al contenido de los derechos fundamentales del justiciable. Tan simple como eso.

Este es el punto de partida de la auténtica formación del proceso civil actual y a ello debe acometer la jurisprudencia procesal nacional, que es tal vez el punto más débil de nuestro sistema de servicio de justicia, y que no ha puesto aún el énfasis suficiente para dar marcha adelante al proceso patrio, la abundancia de jurisprudencias calcadas del texto normativo adjetivo y la literalidad fantasmal de una doctrina jurisprudencial (artículo 400 del Código Procesal Civil) delatan jueces aferrados al conocimiento que, de la interpretación exegética de la letra de la ley inquisitiva, a duras penas pueden mitigar para sus sentencias.

4. EFICIENCIA Y TEORÍA ECONÓMICA DEL DERECHO

Encaminar que la ley sea efectiva «al menor costo» y con «el mayor beneficio» es procurar que, al mismo tiempo, sea eficiente. En la teoría económica hay un conjunto de nuevas aproximaciones a la idea de justicia a partir del razonamiento de los economistas orientado al de los juristas; se trata, ante todo, de una propuesta metodológica que muestra los problemas

jurídicos desde otra perspectiva que cuestiona la realidad desde la realidad no con descripciones sino con prescripciones detectando los valores en las conductas.

La pauta utilitarista de valoración económica de un sistema social, que gran parte del siglo pasado predicaba que la finalidad determinante era «la felicidad de los individuos que componen la sociedad» toda vez que los intereses sumados de los miembros de la sociedad hacen el interés de la comunidad, se vio devaluada al subordinar al individuo a la sociedad, es decir, al imponer el beneficio de los más por el perjuicio de los menos fundando ello en un criterio de «felicidad de la mayoría» poco determinable cuantitativa y cualitativamente y por tanto en preferencias declaradas completamente cuestionables. Se dio, entonces, la necesidad de atender jurídicamente al individuo, de orientarse por la filosofía que lo dignifica, de valorar sus esfuerzos, en fin, de tomar con seriedad los derechos. Para Bentham la felicidad de los integrantes individuales de la sociedad es el fin que el legislador debe perseguir, siendo el interés de la comunidad la suma de los intereses de cada individuo; se dio así el criterio de «la mayor felicidad posible del mayor número posible», que es como Bentham define la justicia. Sobre el particular Kelsen refiere la imposibilidad de un orden social justo basado bien en la felicidad individual de todos o bien en la mayor felicidad posible del mayor número posible, en este último caso, que sería de mayores posibilidades, la negativa del autor de la teoría pura del derecho va por la carga subjetiva que se le atribuye²⁴.

El criterio individualista traducido en la eficiencia social se introdujo por la teoría económica del derecho, preponderantemente, con el pensamiento de Pareto en cuanto «una decisión social es óptima si no existe otra situación diferente que se prefiera unánimemente»; así, de los inconvenientes del utilitarismo se pasó a la unanimidad de los individuos en la declaración de rechazo o aceptación de situaciones peores o mejores, respectivamente, lo que, a su turno tampoco dejó de evidenciar inconvenientes cuando con ello se quiso establecer una aproximación a lo justo de las decisiones; sin embargo, si bien el criterio de Pareto, no supone la justicia de la decisión, sí satisface la eficiencia en ella.

Con Wilfredo Pareto²⁵ se entiende la eficiencia en dos niveles: a) el Criterio de Pareto (eficiencia relativa), que supone la mejora de una situación anterior por causa de una nueva situación que la desplaza significando a su vez la mejora en el bienestar social, es decir, el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen; y, b) el Óptimo de Pareto (eficiencia absoluta), que supone una situación de adecuada distribución y uso de recursos de modo tal que es impensable una situación mejor o que alterar esa situación perjudicaría a otros miembros de la sociedad. Las críticas al criterio de Pareto son, particularmente, en razón a que (i) cualquiera de los individuos puede vetar una medida o decisión social; (ii) no cuestiona la situación a partir de la cual toma impulso y conserva, por tanto, el *statu quo*; (iii) no atiende los problemas relativos a la justicia distributiva, y (iv) tiene una proyección restringida, o sea, no se proyecta a solucionar problemas con generalidad.

Son diversas las concepciones de eficiencia que el análisis económico del derecho convoca²⁶, sin embargo, predominantemente la eficiencia se postula como criterio que permite precisar

²⁴ Cfr. Bentham, J., *Principles of morals and legislation*, Oxford, 1948, capítulo 3, sección 1; Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Fontamara, México D. F., 1998, pp. 13-14.

²⁵ Cfr. Torres López, *El análisis económico del derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 32; Bullard, Alfredo, *Derecho y economía*, Palestra, Lima, 2003, pp. 39-40.

²⁶ Posner, Richard A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, trad. de Eduardo L. Suárez, México, D. F., 2000, pp. 21-23.

proposiciones normativas de resolución de conflictos acudiendo en todo caso a la solución que proporcione el mayor beneficio por el menor costo, configurándose en el valor más consagrado en un sistema económico, en el que su carácter (economista) individualista, personalista y egoísta la posicionan en una relación inversa con la equidad, cuanto más equitativa sea una decisión resultará ser menos eficiente, y esto muestra el concurso de componentes de justicia que en ocasiones parece uno u otro dominante, pero casi siempre será protagonista la eficiencia.

En el análisis económico del derecho una ley es (i) *eficaz*, cuando la conducta de los sujetos normativos guarda una relación de coincidencia²⁷, por correspondencia (cuando los sujetos normativos producen la prescripción, del estado de cosas o la acción, de la norma), acatamiento²⁸ (cuando los sujetos normativos producen la prescripción, del estado de cosas o la acción, de la norma conociéndola) o cumplimiento (cuando los sujetos normativos producen la prescripción, del estado de cosas o la acción, de la norma con conocimiento y en virtud de ella), con la prescripción normativa, es decir, cuando la actuación normativa del derecho como controlador de la conducta del hombre en sociedad incide en la realidad (social) con las conductas de los sujetos; (ii) *efectiva*, cuando logra materializar los objetivos que con ella se buscan, es decir la norma aún siendo válida y eficaz, puede no ser efectiva; y, (iii) *eficiente*, cuando procura el mayor beneficio con el menor costo.

La eficacia se relaciona directamente con la efectividad y la eficiencia. El primer criterio se refiere a la obediencia de la norma (conducta de los individuos), el segundo a la materialización de sus finalidades y el último al medio más adecuado para propiciar el mínimo costo en la obtención de sus finalidades en su expresión más benéfica. Usualmente los estudios del análisis económico del derecho versan únicamente sobre el criterio de eficiencia sobredimensionándolo en detrimento de los criterios de eficacia y efectividad, pues el maximizar beneficios y minimizar costos se proyecta en todo caso a predecir conductas o evaluar por qué tienen el efecto que tienen y no otro si éste fuera menos costoso y más beneficioso, es decir, no se proyecta a aquello que siendo eficaz es también efectivo y eficiente.

A diferencia de la relación de dependencia que existe entre eficacia y efectividad (pues no se puede pensar en el logro de los objetivos que se tenían pensados con una ley cuando ésta, para comenzar, no es obedecida), en la relación entre eficacia y eficiencia no se aprecia un orden determinante porque se da el caso que una norma aún teniendo eficacia no tiene eficiencia, resulta, entonces, que ésta no es exigencia ineludible de aquella. Lo que no ocurre en la vinculación de la efectividad con la eficiencia porque el menor coste social será siempre en atención al logro de los objetivos deseados con la norma. Consecuentemente hay una relación eficacia-efectividad-eficiencia que no puede alterar ese orden cuando la norma jurídica ingresa al mundo real con su validez, pues cuando aún está en la mente del legislador los ingredientes de su elaboración indistintamente concurren desde su proyección de eficacia, efectividad y/o eficiencia.

Lo trascendente en una norma es lo que pretende motivar y que exista en la realidad (eficacia), lo que consigue (efectividad) y cómo lo consigue (eficiencia).

La eficacia, efectividad y eficiencia de las normas acentúan el empleo de racionalidad estratégica y no paramétrica en su creación. El legislador debe pensar en estas tres condiciones que evalúan la utilidad del resultado de su trabajo, aún cuando sus proyecciones más adelante,

²⁷ Navarro, Pablo Eugenio, *La eficacia del derecho – Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 16.

²⁸ Goldschmidt, Werner, «Prólogo», en Aragonese, Alonso, Pedro, *Proceso y derecho procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, p. xiv.

puesta en escenario real su ley con la validez del caso, no coincidan con la realidad a la que en todo caso no dejó de ver.

Si bien las nociones de eficacia y efectividad son orientadas por la racionalidad económica, en su vertiente estratégica, coincidiendo complementariamente con la eficiencia en la búsqueda de un sistema jurídico ideal, no siempre la racionalidad se entrelaza con la eficiencia, pues lo racional no siempre es lo eficiente y de demostrar ello se ha ocupado el dilema del prisionero²⁹ al punto tal que se considera mucho actualmente que es necesario cooperar cuando se es realmente egoísta. Básicamente el dilema del prisionero describe la detención de dos ladrones por la policía luego que aquellos robaran unos almacenes; para que la policía, por carecer de pruebas, haga confesar a los ladrones su delito necesita que estos se acusen recíprocamente; por lo que, separados los ladrones a cada uno se le hace una propuesta que los enfrenta a cuatro alternativas: a) si acusa a su compañero y éste no le acusa, quedará libre y su compañero tendrá diez años de prisión; b) si acusa a su compañero y éste también lo acusa, ambos tendrán cinco años de prisión; c) si no acusa a su compañero y éste lo acusa, tendrá diez años de prisión y su compañero quedará libre; y, d) si no acusa y su compañero tampoco lo acusa, ambos estarán como máximo dos meses en prisión. Si el prisionero procede con razonamiento económico concluirá que sea cual fuese la decisión de su compañero conviene acusarlo, y en efecto, al día siguiente, preguntados por la policía ambos ladrones se acusan mutuamente. El dilema muestra, en todo caso, que una decisión racional puede llevar a una solución ineficiente, porque lo eficiente también requiere de la cooperación, lo que en un plano más próximo a lo jurídico se aprecia en la cooperación y participación estatal que exige la eficiencia que busca el individuo.

5. EFICIENCIA Y TEORÍA POSTMODERNA DEL DERECHO

El postmodernismo, propagado según Lyotard, su principal exponente, con el inicio de la segunda mitad del siglo pasado, propiamente luego de la época de la recuperación seguida a la segunda postguerra mundial, indica lo que sigue al modernismo y no se define como método, ni teoría ni doctrina; es ante todo una actitud³⁰ de desconfianza e incredulidad en el pensamiento totalizante³¹, entre otros, del fenómeno social; no hay, pues, teoría perfecta, coherente, completa viabilizable a través del razonamiento teórico, no hay sistema cierto ni metateorías que logran alcanzar todo, las explicaciones absolutas de la realidad o metarrelatos³² murieron cuando nadie más se preguntó sobre la verdad y el ser de las cosas, no hay más fe en los cimientos epistemológicos presupuestales del conocimiento porque la metafísica se apagó, no hay ninguna verdad última sólo hay aperturas históricas³³. Esto en el ámbito jurídico también se expresa con esos términos; así, no hay sistema jurídico verdadero, en tanto este signifique completo, coherente o perfecto, explicable teóricamente. El modernismo jurídico se asentó en la sistematización cerrada, de autoalimentación, del conocimiento jurídico fundado en la hiperteorización que prometía la verdad del derecho a través del método, de un nuevo método siempre pendiente de alcanzar; por eso el esfuerzo jurídico asistía al encuentro de un cada vez más refinado y pulido método de la «verdad fundamental», que como era de esperarse nunca llegó y sólo envió contradicción y confusión. No era raro, entonces, que el escepticismo, la mirada a la realidad y

²⁹ Cfr. Calsamiglia, Albert, «El hombre económico», en *Racionalidad y eficiencia del derecho*, Fontamara, México D. F., 1997, p. 50; Schotter, *La economía del libre mercado*, ob. cit., pp. 65-ss.

³⁰ Minda, Gary, «La teoría postmoderna del derecho», en *I metodi della giustizia civile*, al cuidado de Mario Bessone, Elisabetta Silvestri y Michele Taruffo, Cedam, Padua, 2000, p. 175.

³¹ Heller, Mario, «La postmodernidad o una interpretación falaz», en *Aa. Vv., ¿Postmodernidad?*, Biblos, Buenos Aires, 1988, p. 89.

³² Lyotard, Jean-Francois, *La postmodernidad (explicada a los niños)*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 31.

³³ Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad*, Gedisa, Barcelona, 1986, p. 154.

el rechazo a lo moderno caracterizaran a lo que habría de venir: el postmodernismo.

5.1. PERSPECTIVAS Y ORIENTACIONES POSTMODERNAS

Si con los tiempos postmodernos el hombre ha experimentado cambios sustanciales en su forma de vida incorporando a ella las nuevas tecnologías y los efectos de las globalizaciones económica, ambiental, de las comunicaciones, de la información, etcétera, es natural que su percepción, perspectiva y orientación de lo postmoderno atienda a la diversidad cultural (pluralidad de percepción) de donde brota.

Entonces, en el escenario jurídico, las diversas perspectivas de la postmodernidad se tangibilizan en (i) la asimilación de una razón hermenéutica³⁴; (ii) una nueva corriente política, económica y social como tercera vía³⁵, (iii) una nueva expresión humanista³⁶; (iv) la sacralización de los derechos y la trivialización del Derecho³⁷; (v) la vinculación del derecho con otras ciencias sociales; (vi) la diversidad cultural y normativa y criterios de eficiencia en el logro de las políticas propuestas³⁸, que se visualizan en corrientes³⁹ del pensamiento como «jurisprudencia de intereses» y «realismo jurídico», derivando de este último posiciones tan sugestivas como en algunos casos exageradas⁴⁰, *v. gr.*, «reconstrucción del derecho», «*law and economy*», «*critical legal studies*», «*feminist jurisprudence*», «*total indeterminacy*»; (vii) la tecnología aplicada a la codificación⁴¹; (viii) la concepción de los derechos humanos como principio del discurso jurídico en sustitución de la retórica y tópica, dada su ausencia en aquel discurso⁴²; y, (ix) la justicia procesal⁴³. Aun cuando no esté claro si por postmodernismo se debe entender una condición⁴⁴, era⁴⁵, pensamiento⁴⁶, ola⁴⁷ o movimiento⁴⁸, las orientaciones que asume se reparan en (i) entender el Estado bajo la doctrina de la institución⁴⁹, expresión limitante y desjerarquizante del estatismo que apagó el monolítico entendimiento del Derecho como norma jurídica única y exclusivamente producida por el Estado haciendo espacio a las dimensiones axiológica y sociológica del derecho⁵⁰; y, (ii) el pensamiento caracterizado por (ii.i) el rechazo a la razón extremadamente rígida; (ii.ii) los sistemas abiertos y flexibles,

702

³⁴ Russo, Eduardo Angel, *Teoría general del derecho: en la modernidad y en la postmodernidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 352.

³⁵ Ghersi, Carlos Alberto, *Manual de postmodernidad y tercera vía*, GOWA, Buenos Aires, 2001, p. 244.

³⁶ Kaufmann, Arthur, *La filosofía del derecho en la postmodernidad*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 9.

³⁷ Santos, Boaventura de Sousa, citado por Tobón Sanín, Gilberto, *Estado, derecho y política en la postmodernidad y la crisis*, Diké, Medellín, 2001, pp. 84-85.

³⁸ De Trazegnies Granda, Fernando, *Postmodernidad y derecho*, ARA, Lima, 1996, *passim*.

³⁹ Cappelletti, Mauro, «L'accesso alla giustizia e la responsabilità del giurista nella nostra epoca» en *Studi in onore di Vittorio Denti*, Cedam, Padua, 1994, v. i, pp. 266-269.

⁴⁰ Berizonce, Roberto O., *Derecho procesal civil actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 16, nota 9.

⁴¹ Ramos Núñez, Carlos, *Codificación, tecnología y postmodernidad*, ARA, Lima 1996, p. 29.

⁴² Ureta Guerra, Juan, *Introducción al derecho postmoderno*, Fondo Editorial de la Universidad Inca Gracilaso de la Vega, Lima, 2000, p. 21.

⁴³ Ortiz Caballero, Rene, *El derecho en la sociedad postmoderna*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1976, p. 76.

⁴⁴ Lyotard, Jean-Francois, *The postmodern condition: a report on knowledge*, Mineapolis, University of Minnessota Press, 1984, la versión en español *La condición postmoderna*, Cátedra, Madrid, 1998.

⁴⁵ Minda, Gary, «La teoría postmoderna del diritto», en *I metodi della giustizia civile, a cargo de Mario Bessone*, Elisabetta Silvestri y Michele Taruffo, Cedam, Padua, 2000, p. 179.

⁴⁶ Schanck, Peter C., *Understanding postmodern thought*, S. Cal. L. Rev. 2505, 1992.

⁴⁷ Toffler, Alvin, *La tercera ola*, trad. de Adolfo Martin, Círculo de Lectores, Bogotá, 1980.

donde el equilibrio no es estático sino dinámico en base a variables reales y no jurídicas incorporadas funcionalmente al sistema y a la retroalimentación que permite elegir los mejores ingredientes del pasado para revitalizarlos o actualizarlos y emplearlos; (ii.iii) la orientación y respeto a la diversidad cultural; (ii.iv) la valoración pragmática, estética y ética; e) expresiones imprecisas, confusas y ambivalentes; (ii.v) la búsqueda de la reconstrucción del mundo eligiendo o utilizando los mejores elementos conocidos⁵¹ (eficiencia); y, (ii.vi) el subjetivismo y relativismo⁵².

En todo caso las orientaciones aludidas son la dirección tomada por el rechazo a la modernidad que impulsa al postmodernismo, y que se traduce en el rechazo a los principales lineamientos de aquella, es decir, (i) a la concepción estatista del derecho, propia de los grandes Estados legados por la sociedad medieval, reflejada en el Estado moderno⁵³ entendido como único productor jurídico y sujeto último de la historia (Hegel); y, (ii) a un pensamiento caracterizado⁵⁴ por (ii.i) el rechazo de la metafísica; (ii.ii) la exigencia de verificación; (ii.iii) la lógica formal interna; (ii.iv) pensamiento sistemático cerrado autoalimentario y por tanto autosuficiente; (ii.v) la construcción de lenguajes técnicos; (ii.vi) uso del método analítico; y, (ii.vii) la creencia en el progreso indefinido y la utilidad de la cultura.

Esfuerzo poco redituable sería sumergir con caracteres generales el pensamiento procesal del procesalismo en el modernismo y del inquisitivismo procesal en el postmodernismo, porque en ambos casos lo relativo y ambiguo asumen presencia que conduce a nada sólido o contundente cuando sí subjetivo y especulativo. Pero, si se trata de identificar el inquisitivismo, mal denominado eficientismo, con el postmodernismo en el mayor grado en que se emparentan no hay mejor punto de encuentro que la concepción postmodernista del sistema⁵⁵.

703

5.2. LA PERCEPCIÓN POSTMODERNA DEL «SISTEMA»: «CIBERNÉTICA», «TEORÍA DEL CAOS», «EFECTO MARIPOSA» Y «GLOBALIZACIÓN»

El centro de las características postmodernas es la reconceptualización del «sistema», a partir de la teoría general de los sistemas. Prigogine⁵⁶ estudió, en física y química, los «sistemas abiertos» (sistemas «viables» o «de no equilibrio»), que son aquellos que permanentemente fluctúan e intercambian elementos con el ambiente, ingresando y discurriendo estos en la estructura del sistema bajo ciertos parámetros que mantienen la función e identidad del sistema, haciéndolo reaccionar de dos maneras: (i) absorbiendo los nuevos elementos, cuando son fluctuaciones pequeñas, sometiéndolas, vía retroalimentación negativa, a la esencia del sistema; y, (ii)

⁴⁸ Aa. Vv., *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*, New York University Press, Nueva York-Londres, 1995, *passim*.

⁴⁹ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de Jorge Guerrero R., Temis, Bogotá, 1992, p.10. Cfr. Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 111-ss.

⁵⁰ Fernández, Vicente Alfredo, *El revés del derecho*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, *passim*.

⁵¹ De Trazegnies Granda, Fernando, *Postmodernidad y derecho*, ARA, Lima, 1996, p. 80.

⁵² Garzón Vallejo, Iván Darío, «La necesidad de una nueva fundamentación del derecho», en *Perspectiva. Persona y cultura*, N° 3, año 3, Bogotá, pp. 15-17.

⁵³ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, trad. de Jorge Guerrero R., Temis, Bogotá, 1992, pp. 9-10.

⁵⁴ Russo, Eduardo Angel, *Teoría general del derecho: en la modernidad y en la postmodernidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 334-335.

⁵⁵ Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 41-ss.

⁵⁶ Prigogine, Ilya, *Physique, temps et devenir*, Masson, Paris, 1982, *passim*.

adaptándose (evolucionando o reorganizándose) a los nuevos elementos, cuando son fluctuaciones o perturbaciones muy grandes que crean descontrol en la autorregulación del sistema imposibilitando su absorción, sometiéndose el sistema, vía retroalimentación positiva, a los cambios que exigen las nuevas influencias o de lo contrario colapsaría.

En la teoría general de los sistemas se asigna a la cibernética el solucionar los problemas de control y comunicación en general valiéndose de su concepto medular de «retroalimentación» (*feedback*) que es una función de los sistemas físicos, biológicos y sociológicos que entrelaza lógica, ordenada y coherentemente la totalidad de sus componentes para contener o estabilizar una desviación pequeña (retroalimentación negativa) o para desestabilizar su orientación y adaptarse a una desviación muy grande (retroalimentación positiva) para no perecer ante ella.

El sistema reorganizado tiene una «estructura disipativa» reconocible porque es irreversible y más compleja y evolucionada de su condición anterior, significando esto su permanente evolución desde que nace hasta que muere, por eso la irreversibilidad de los sistemas biológicos de no equilibrio sustenta la vida misma en el planeta, y en los sistemas sociales de no equilibrio sustenta la propia convivencia humana. Pero la evolución o progreso no es lineal porque ello conduciría a hablar de «destino», por eso Prigogine habla de novedad (por los cambios internos del sistema viable) y aleatoriedad (por el «efecto mariposa»).

704

La situación en que el sistema debe optar por su reorganización o destrucción se denomina «punto de bifurcación» y tiene presencia también en los sistemas sociales⁵⁷, económicos y políticos.

En la comprensión actual del sistema, bajo las pautas de la teoría general del sistema, tienen un rol determinante la teoría del caos, el efecto mariposa y el fenómeno globalizante.

a) *La teoría del caos.*- Los sistemas de no equilibrio o estructuras disipativas, que son sistemas abiertos, al ser estudiados en química cuántica por Prigogine fueron ordenados en lo que él denominó «teoría del caos», en tanto no se entienda por caos confusión, desorden o anarquía, sino orden o situación de la que proviene la buena disposición de las cosas (*v. gr.*, el estado amorfo e indefinido que dio paso a la formación del cosmos), según ella, en cuanto nos interesa entender, el derecho debe descubrir su orden y concierto cuando sus componentes vacilan en el caos, o situación-exigencia de transformación, cambio o reestructuración que establece la evolución (novedad y aleatoriedad) del sistema mismo, lo que no lo aparta de su impredecibilidad. Los múltiples pequeños cambios de las condiciones ambientales vinculadas al sistema determinan la impredecibilidad de sus consecuencias a mediano y largo plazo, aunque a corto plazo son determinables, de ahí que los sistemas sociales son impredecibles a mediano y largo plazo y por tanto indescriptibles en su totalidad.

La teoría del caos rompe el ideal de la certidumbre porque atenta al significado de tiempo y creatividad, se habla entonces de inestabilidad dinámica apreciada

⁵⁷ Laszlo, Edwin, *La gran bifurcación*, Gedisa, 1990, *passim*.

del tránsito de los sistemas viables por el tiempo, mostrando en sus diferentes niveles inestabilidades y bifurcaciones. El derecho como sistema social viable también expresa su inestabilidad frente al constante cambio de su ambiente de realización que es la vida social humana, por lo que se transforma constantemente en sus adentros para asistir con coherencia a tales cambios; por eso la inestabilidad es una característica organizacional jurídica que se complementa con otra característica, la autorregulación o autoorganización del sistema jurídico.

¿Será, entonces, el derecho un sistema impredecible? La respuesta debe distinguir el sistema social al que asiste el derecho, el cual definitivamente es impredecible porque a más de reaccionar por absorción reacciona por adaptación, y el sistema jurídico de composición trialista con que el derecho asiste a ese orden social, en el que se disuelve la impredecibilidad porque sólo reacciona por absorción de nuevos elementos, la misma que debe entenderse como inalterabilidad de su orden normativo-fundamental-efectivo. Si no se puede negar que el sistema jurídico evoluciona no se puede afirmar que sea un sistema de equilibrio o de estructura no disipativa (sistema cerrado) que no puede adaptarse a los cambios sociales. Todo lo contrario, es un sistema de no equilibrio o de estructura disipativa, es un sistema abierto, que se adapta a los cambios sociales, pero, sólo por absorción, lo contrario pondría en riesgo el orden estructural trialista del Derecho.

Consecuentemente, el sistema jurídico no es ajeno a esta transformación, de cerrado a abierto, que impone el postmodernismo en todas las esferas del pensamiento humano; ahora, la acentuación o grado de intensidad que muestre depende aún de los tiempos futuros; por lo pronto el derecho procesal es tal vez el ámbito del derecho en el que con mayor fuerza se viene dando este fenómeno que muestra al sistema procesal civil en su faz «abierta» (como sistema «viable», «de no equilibrio» o «estructura disipativa») frente a los nuevos hechos de la realidad, *v. gr.*, medios probatorios atípicos, proceso telemático, etcétera. Adviértase que se trata de absorciones que realiza el sistema, no de adaptaciones, porque éstas inducen a la impredecibilidad del derecho y al quebrantamiento de la propia estructura jurídica.

Un claro ejemplo de ese error, atribuido al postmodernismo, son las nuevas manifestaciones del inquisitivismo procesal, *v. gr.* medidas autosatisfactivas, pruebas dinámicas, etcétera, y otras no tan nuevas, *v. gr.*, pruebas de oficio, rechazo *in limine* de la demanda, etcétera. En estos ejemplos es evidente la imposibilidad de que sean absorbidos por el sistema, pues su inconstitucionalidad manifiesta los expeora de la estructura trialista del proceso y del derecho procesal, por eso los inquisitivistas han provocado una indebida reacción del sistema por adaptación, es decir, arguyendo una (negada) «evolución» o «reorganización» del Derecho a los nuevos elementos, fluctuaciones o perturbaciones sociales que justifican las medidas autosatisfactivas, pruebas de oficio, y otras inconstitucionalidades, haciendo aparecer que se trata de no crear descontrol en la autorregulación del sistema procesal, dado que es imposible su absorción, por lo que debe someterse el proceso y el derecho procesal, vía retroalimentación positiva, a los cambios que exigen las nuevas influencias o de lo contrario el sistema procesal colapsaría. Esto equivale a decir que el sistema procesal ahora debe ser inconstitucional para que no colapse frente a las exigencias postmodernas. Así de incongruente es el inquisitivismo actual, que arrastra su

tamaño error por no advertir que la estructura trialista jurídica no puede alterarse por una exigencia postmodernista mal canalizada.

- b) *El efecto mariposa.*- En el sistema jurídico procesal también influye, en la realización de su función y obtención de su fin, la más mínima perturbación en su estado inicial, se da pues una «dependencia sensible de las condiciones iniciales», que es como entiende Edward Lorenz lo que, estudiando las leyes atmosféricas, denominó «efecto mariposa», así, una disposición normativa que abra las puertas al inquisitivismo procesal civil terminaría en la «creación pretoriana» de medidas autosatisfactivas; en la medida en que el aleteo de una mariposa en la selva amazónica desencadena ciertos sucesos a los que coinciden otros terminando todos generando luego de cierto tiempo un ciclón en el Caribe. Pequeñas causas para grandes efectos, en el ejemplo de la medida autosatisfactiva la pequeña causa sería una disposición inconstitucional, o bien podría inclusive remontar ello a la voluntad autoritaria del legislador o a un interés político encubierto, para que ese estado inicial del sistema dinámico jurídico perciba pequeñas alteraciones contactadas por aleatoriedad con el ambiente social (*v. gr.*, el detrimento de la imagen del servicio de justicia por su lentitud y corrupción) se transforme en un estado subsecuente del sistema con enormes diferencias (*rectius*: alteraciones), *v. gr.*, juez creador de derecho, principio del interés prevalente, principio del valor dominante, apertura del debido proceso, y otras inconstitucionalidades que de no haberse atendido a esas pequeñas variaciones no se hubieran dado.

706

Coincide con todo esto que es fácil hallar en la literatura inquisitivista⁵⁸ afirmaciones en el sentido que en el razonamiento judicial nada es plenamente calculable porque la consecuencia ineludible no siempre se alcanzará dada la participación de valores que al ritmo de las variables fácticas y legales del caso concreto conducen la decisión final donde nunca se pudo prever o calcular, entonces lo de justicia predecible no es sino una expresión modernista que no prevé al interior del proceso la sensibilidad de sus condiciones iniciales a los múltiples condicionamientos del ambiente fáctico que expone el caso concreto. Lo predecible no siempre es lo justo porque es *a priori* y significa, antes que garantía, prejuizgamiento.

Ahora queda claro que el inquisitivismo intenta sobrevivir escondido en los tiempos postmodernistas, que le permiten afirmar con el mayor desparpajo que lo predecible puede ser injusto y hasta prejuizgamiento, claro está, no sin dejar de supurar en ello el autoritarismo que pretenden revolver en el desenfado postmodernista.

- c) *El fenómeno globalizante.*- La conexión de los diversos sistemas sociales se da con tanta fuerza gracias a las globalizaciones como mecanismos desnacionalizantes e interrelacionadores, entre otros, de la economía, derecho, política, sociedad y tecnología, que llevan en su desarrollo fenómenos que se retroalimentan en forma negativa como positiva, dando estas últimas, que son las más, lugar a estructuras disipativas globales. El derecho, y en buena cuenta el proceso, como sistema cibernético (globalizable), está propenso a contraer nuevas vinculaciones en razón

⁵⁸ Peyrano, Jorge Walter, *Derecho procesal... cit.*, p. 44.

a las particularidades de las globalizaciones, *v. gr.*, económica, ambiental, tecnológica de información, tecnológica de comunicación, etcétera; lo que revela y asegura que el sistema jurídico está siempre asequible al fenómeno globalizante, no sólo en sus interrelaciones sino también en su desnacionalización, *v. gr.*, el esfuerzo por los diversos códigos modelo, legislación supranacional, etcétera.

5.3. DERECHO PROCESAL CIVIL POSTMODERNO

Advertido el inquisitivismo disfrazado de eficientismo, crea un concepto paralelo, desfigurado, fraudulento y nocivo del postmodernismo en el proceso civil, que exige en todo caso atisbar al margen suyo una lectura correcta del pensamiento procesal en los tiempos postmodernos.

- a) *Inquisitivismo procesal y postmodernismo.*- Pretende inducir al error de concebir en el pensamiento procesal postmodernista la deslegitimación del saber y la superposición de la técnica a la ciencia, por tanto la eficiencia de la técnica como optimización del sistema lo que se traduce en beneficios medibles económicamente. Proyecta el tema así de frío, tanto que el descreimiento en los metarrelatos emancipatorios los condena a ser sólo cosa del pasado porque ahora importa el individualismo y sobre todo la optimización de la ecuación medios-fines del sistema a través de la eficiencia de su técnica que es la que no sólo proporciona mayores beneficios por menor costo sino legitima o deslegitima a la ciencia. Siguiendo esta lógica, quienes establecen los medios para los fines, y por tanto hacen la eficiencia de la técnica, en el ámbito procesal civil, son los jueces, que por buscar la eficiencia aplastan percepciones fundantes emancipatorias descreídas, como las libertades más elementales en juicio.

Como se puede ver el derecho procesal civil inquisitivo de estos días ha recepcionado el calor del pragmatismo y por tanto un interés desmedido por la eficacia (performatividad⁵⁹) que si muestra una meta bien puede ser, por no dejar mirar los costados y en ellos los caminos de la Constitución, el vacío epistemológico de la aceleración postmoderna que endiosa la elección del «mejor» medio para la consecución de un fin con mayor provecho y menor costo.

El inquisitivismo oculto en un mal denominado eficientismo es contradictorio al pensamiento postmoderno que rechaza al Estado interventor, sujeto último de la historia, propio de la concepción estatalista del derecho; entonces, ¿cuán postmoderno es el eficientismo procesal que impulsa un juez dotado de poderes discrecionales, director del proceso?, ¿dónde está su identificación con el estatalismo desjerarquizado y limitado que hace espacio a los valores y expresiones sociológicas del Derecho? Las respuestas remiten a lo ambiguo, impreciso, dudoso e incoherente, que en cierta medida sería lo único que caracteriza también a esa gran masa amorfa del pensamiento llamado postmoderno.

- b) *Garantismo procesal y postmodernismo.*- Frente al modernismo procesal asentado en una sistematización cerrada, de autoalimentación del conocimiento procesal hipervalorizado en la verdad jurídica objetiva o real, la publicización o

⁵⁹ Cullen, Carlos, «Ética y postmodernidad», en Aa. Vv., *¿Postmodernidad... cit*, p. 172.

socialización del proceso, la superposición de la jurisdicción a la acción, las grandes construcciones dogmáticas (*v. gr.*, Chiovenda y Calamandrei), etcétera, se hizo presente una actitud de descreimiento, crítica y revisión a partir de la Prolusión paduana, de Salvatore Satta, «*Las orientaciones publicísticas de la ciencia del proceso*»⁶⁰ (1937), buscando reafirmar el fin privatístico del proceso, lo que si bien por su data puede no querer encajarse en lo postmodernista sí coincide con su inspiración y con lo que más adelante, en claro pensamiento y actitud del postmodernismo aparece, por obra de Cipriani⁶¹, como la ruptura de grandes edificios intelectuales de la moderna sistemática procesalista, la desmitificación⁶² de la Prolusión boloñesa de Chiovenda y de la «democrática» labor legislativa de Calamandrei, a lo que se suma el rechazo al juez inquisitivo, a la función pública del proceso, al intervencionismo estatal, a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva o de la justicia como pretexto de autoritarismo judicial, etcétera. Es decir, el garantismo tiene más de postmoderno que el inquisitivismo, éste está a favor del activismo (*rectius*: autoritarismo) estatal, aquél lucha precisamente contra eso.

6. EFICIENCIA Y DERECHO PROCESAL CIVIL

En la estructura trialista del derecho la eficiencia corresponde al plano funcional fáctico o sociológico; la integralidad de esa estructura genera en ella una doble manifestación en el proceso civil, la primera es como traducción axiológica del valor eficacia en el ámbito formal del derecho, por lo que se entiende como capacidad de lograr la función y el efecto que se desea o se espera; se habla también, en ese entender, de la eficiencia como valor, y en ese caso arrastra la naturaleza de su influjo axiológico por el que también tiene naturaleza valorativa instrumental; y, la segunda, muy propia del postmodernismo, y en él de la visión de la teoría económica del derecho, como la capacidad de disponer los mejores medios, o los más adecuados, para el mayor beneficio en la efectivización del derecho material, por lo que es esencia causal que produce su efecto transformándose en él. La orientación que tiene la eficiencia del proceso a la efectividad del derecho material tutelado determina la sujeción de lo eficiente a lo efectivo, que en buena cuenta es la sujeción a la constitucionalidad del ordenamiento.

La efectividad del derecho material, y por tanto la efectividad del proceso, significa la realización o actuación de la previsión normativa (material). Esa efectividad puede ser *in natura*⁶³ (efectividad ideal o espontánea realizada vertical u horizontalmente, implícita en la noción genérica de tutela jurídica⁶⁴) o por medios sustitutivos (efectividad forzosa realizada verticalmente). De estos últimos el más importante es el proceso (implícito en la noción específica de tutela jurisdiccional).

⁶⁰ Satta, Salvatore, «*Las orientaciones publicísticas de la ciencia del proceso*», en *Derecho procesal civil - Soliloquios y coloquios de un jurista*, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, t. iii, 1971, pp. 145-164. Cfr. Monteleone, Girolamo, «*El actual debate sobre las «orientaciones publicísticas» del proceso civil*», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Juan Monroy Gálvez (Director), Buenos Aires, v. 7, 2005, p. 225, id. *Proceso civil e ideología*, Juan Montero Aroca (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 175; Vaccarella, Romano, «*Attualità*» di Salvatore Satta, en *www.judicium.it*

⁶¹ Cipriani, Franco, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, Giuffrè, Milán, 1991, *passim*; *Batallas por la justicia civil - Ensayos*, Cultural Cuzco, comp. y trad. de Eugenia Ariano Deho, Lima, 2003, *passim*; *Scritti in onore dei patres*, Giuffrè, Milán, 2006, *passim*.

⁶² Danovi, Remo, *Tra fantasia e diritto - list of novels*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 114-ss.

⁶³ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 482.

⁶⁴ Micheli, Gian Antonio, *Derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1970. t. i, p. 47.

No hay actuación forzosa del derecho material si la actuación espontánea no fracasó. Por la necesidad de efectivizar el derecho material fracasada su actuación espontánea es que se interactúa el derecho material con el derecho procesal para lograr esa efectividad bajo las circunstancias procesales que la posibilitan. La diferencia entre ambas formas de actuación normativa material se da en que para una el derecho material es autosuficiente (actuación espontánea del derecho material) y para la otra sin el derecho procesal el derecho material desaparece (actuación forzosa del derecho material).

En tanto la coercibilidad es esencia de la efectividad espontánea, la coerción lo es de la efectividad forzosa (siempre lograda a través de la eficiencia procesal). Situación que tiene su excepción en la tutela jurisdiccional preventiva, toda vez que la actuación forzosa a más de ser impositiva puede ser preventiva y en esta condición se adelanta a la actuación espontánea, lo que en el peor de los casos daría lugar a una actuación impositiva inmediata, es decir, la eficiencia puede inclusive adelantarse a la efectividad o preparar las condiciones de efectividad plena del derecho material, caso en el que la brecha procesal se hace más delgada que nunca.

La diferencia entre la efectividad espontánea y la efectividad forzosa, a través del proceso, se denomina *brecha procesal*. Cuanto más se aproxime la actuación forzosa del derecho material a la actuación que éste hubiera tenido en forma espontánea, es decir, cuanto más reducida o estrecha sea la brecha procesal, evidentemente sin mellar los cánones constitucionales en el proceso, más eficiencia se habrá logrado alcanzar.

¿Qué significa reducción de la brecha procesal? Conviene diferenciar la respuesta correcta entre las orientaciones del inquisitivismo y del garantismo.

- a) Según el *inquisitivismo*, la «aproximación» entre lo forzoso y lo espontáneo tiene una confrontación triple: de tiempo, verdad, y decisión. En el primer caso debe el juez propiciar la menor duración del proceso en atención a (i) la oportunidad con que el proceso debe proporcionar la solución al conflicto de intereses y (ii) las exigencias cognitivas del caso concreto según los requerimientos de urgencia que éste impone; de ahí la presencia de técnicas de aceleración del proceso, medidas autosatisfactivas, proveídos *inaudita altera pars*, etcétera. En el segundo caso se busca siempre la menor diferencia entre el conocimiento de los hechos por el juez y la realidad que asistiría a una no lograda actuación espontánea; a ello atiende la facultad del juez para ordenar de oficio actuaciones probatorias, las medidas para mejor resolver, el rechazo de medios probatorios ofrecidos por las partes según el criterio jurisdiccional de inconveniencia, etcétera. Y, finalmente, en el tercer caso, la normatividad aplicable, su interpretación y aplicación, debe estrechar lo más posible la decisión jurisdiccional a aquella que hubiera sido sustento de la actuación espontánea del derecho material, en el caso concreto, es decir debe buscarse la justicia en la decisión jurisdiccional, por eso el proceso tiene un «fin» público, el juez es director del proceso, etcétera.
- b) Según el *garantismo*, la reducción de la brecha procesal no pierde de vista la esencia trialista integral de la actuación espontánea del derecho material, cuanto más se mantenga ella en el uso del método dialogal de debate pacífico, el proceso, más estrecha será la brecha procesal. Esto significa que la eficiencia debe obedecer los parámetros, que son constitucionales, que le posibilite la efectividad procesal; entonces, si los sujetos en la actuación espontánea del derecho material discurren su obrar en un haz de constitucionalidad, traducida primariamente en la libertad que en ese entorno (espontáneo) les asiste, esa misma constitucionalidad (entiéndase libertad) debe asistirles en el entorno forzoso de su realización a través del proceso. Cuanto más se respete la efectividad del proceso más eficiente resulta éste.

Como se puede ver la diferencia entre inquisitivismo y garantismo sobre la brecha procesal la determina qué se entiende en cada uno por eficiencia, sistema y proceso.

Si la *eficiencia* se concibe como mera proporción entre medios y fines procesales (sea desde el análisis económico del derecho⁶⁵, la doctrina alemana sobre el principio de economía procesal⁶⁶, la performatividad⁶⁷ en el pensamiento jurídico postmoderno, el influjo del valor eficacia en el proceso civil⁶⁸, la aptitud instrumental del proceso para resolver el litigio⁶⁹, las técnicas de aceleración del proceso⁷⁰ y otros «avances» procesales⁷¹, posiciones todas coincidentes con el inquisitivismo procesal), no habrá más remedio que anteponer la técnica al conocimiento científico, algo muy propio del postmodernismo que tal vez sea lo único que coincide de él con el proceso civil inquisitivo. En cambio, si *ex* ciencia procesal se evidencia la eficiencia como componente estructural integral del proceso y del derecho procesal, que posibilita la fundamentalidad del orden normativo en su efectividad forzosa, mostrándose como la funcionalidad misma del proceso, se habrá supeditado la eficiencia al Derecho y no a la inversa que es lo que ocurre con la eficiencia del inquisitivismo.

Una situación similar ocurre con el entendimiento del *sistema*. En el inquisitivismo el sistema se reorganiza no sólo por absorción sino también por adaptación, es decir, puede desestabilizar su orientación y adaptarse a una desviación muy grande (retroalimentación positiva) para no «perecer» ante ella (*v. gr.* las medidas autosatisfactivas), la consecuencia evidente es que el sistema jurídico pierde su solidez estructural vulnerándose la fundamentalidad que le asiste por el predominio de una función (eficiencia) orientada a un fin (eficacia). En cambio, en el garantismo el sistema se autorregula o reorganiza solamente por absorción para contener o estabilizar una desviación (retroalimentación negativa) asegurando la inalterabilidad de su orden normativo-fundamental-efectivo, que es al que debe atender la función (eficiencia) del sistema.

El proceso es para el efficientismo un sistema impredecible, por eso asegura que pueden existir varias soluciones para un caso concreto, claro está, eso tiene mucho que ver con el margen de discrecionalidad del juzgador; en cambio, para el garantismo, el proceso es una sistema predecible, tanto que en buena cuenta hay una única solución para cada caso concreto. La concepción trialista del derecho procesal civil, que se orienta por el «sentido vectorial de indagación» de la *jurística* sociológica, determina que su contenido, es decir el estudio de los derechos, garantías, principios, fundamentos, instituciones, conceptos, definiciones, caracteres, fuentes, métodos, estructuras, contenidos, comparaciones, conexiones, formas y figuras, todos procesales y sistemáticamente articulados, atiendan a la «declinación trialista» del hecho, y por tanto de la eficiencia que reduce la brecha procesal al calor de las necesidades de fundamentalidad *in casu*.

⁶⁵ Cfr. Calsamiglia, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, Fontamara, México D. F., 1997, p. 50; Schotter, *La economía del libre mercado*, ob. cit., pp. 65-ss.

⁶⁶ Comoglio, Luigi Paolo, *Il principio di economia processuale*, Cedam, Padua, 1980, t. i, p. 7

⁶⁷ Cullen, Carlos, «Ética y postmodernidad», en *Aa. Vv., ¿Postmodernidad... cit*, p. 172.

⁶⁸ Peyrano, Jorge Walter, *Cuestiones de derecho procesal – Praxiología procesal*, La Ley, Buenos Aires, 1980, p. 19.

⁶⁹ Moreira, José Carlos Barbosa, *Temas de direito processual*, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 19; Gama, Ricardo Rodrigues, *Efetividade do processo civil*, Bookseller, Campinas, 2002, p. 19.

⁷⁰ Gajardoni, Fernando da Fonseca, *Técnicas de aceleração do processo*, Lemos & Cruz, São Paulo, 2003.

⁷¹ Cfr. Morello, Augusto, *El nuevo horizonte del derecho procesal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, *passim*; *Avances procesales*, Rubinzal-Zulzoni, Buenos Aires, 2003, *passim*; *La eficiencia del proceso*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, *passim*; *Estudios de derecho procesal – Nuevas demandas nuevas respuestas*, Platense – Abeledo Perrot, La Plata - Buenos Aires, 1998, 2 tt., *passim*.