

Mirjan Damaska

"Dos tipos de Estado y los objetivos del proceso judicial"

Capítulo de su libro *Las caras de la justicia y el poder del Estado (Análisis comparado del proceso legal)*,
trad. de Andrea Morales Vidal,
Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 125-168.

3 DOS TIPOS DE ESTADO Y LOS OBJETIVOS DEL PROCESO JUDICIAL

En busca de una orientación básica, exploraré la forma en que el proceso legal puede verse afectado por dos disposiciones contrastantes del Estado: la inclinación a gestionar la sociedad, y la disposición de proporcionar un marco para la interacción social. Algunos Estados prefieren una implicación mínima en ciertas esferas de la vida social y en otras, ser gestor; pueden adoptar una disposición como ideal de reglamentación y temperar otra; una vez más, pueden verse profundamente desgarrados entre la inclinación por mantenerse al alcance de la mano, y el deber de asumir responsabilidad para guiar a la sociedad. De este modo cubren una gama que abarca desde un extremo teórico –un Estado que penetra en la vida social– al otro, es decir, un Estado auténticamente de *laissez faire*.

Podría pensarse que existe una visión doble de una administración de justicia intervencionista y otra de *laissez faire* suficientemente polarizada como para cubrir los sistemas existentes, sin incluir los puntos finales de este continuum y por lo tanto evitando asumir doctrinas políticas extremas. En suma, para descubrir los supuestos de estas dos visiones podría pensarse que bastaría con analizar los procedimientos en los cuales los Estados *moderados* buscan

implementar programas, y aquellos procedimientos en que esos Estados proporcionan un foro para la resolución de problemas sociales. Este enfoque se puede reformular en forma algo distinta: incluso si los impulsores gestores y de *laissez faire* llevan a ideas diferentes acerca del diseño del proceso legal, estas ideas son indiferentes al ámbito cam-biante del gobierno. En la medida en que las inclinaciones gestoras de un Estado crecen, hay formas del proceso de *laissez faire* que permanecen inalteradas; sólo disminuye el alcance de sus aplicaciones. De modo opuesto, cuando la agenda del Estado se reduce, hay formas del proceso inter-vencionista que quedan inalteradas, y sólo se estrecha el dominio de su aplicabilidad. Sin embargo en un análisis más minucioso, este argumento es poco recomendable. Las esferas en que los Estados moderados eligen asumir res-ponsabilidades gestoras y las esferas en que optan por no implicarse, no están herméticamente selladas; más bien se penetran e influyen recíprocamente. La concepción do-minante del papel del Estado —la idea de un gobierno limitado, por ejemplo, afecta más o menos abiertamente al proceso judicial incluso en aquellas esferas en que el Esta-do se separa de su ideal. Por lo tanto es más posible encontrar híbridos y contaminaciones antes que formas pu-ras. Sólo en el arsenal ideológico de las teorías políticas extremas se encuentra un apoyo y justificación adecuados para las visiones polarizadas de las administraciones de justicia de tipo *laissez faire* y dirigistas.

Pero antes de considerar los extremos de Estados poco implicados o intervencionistas, sería de utilidad hacer algu-nas puntualizaciones generales sobre la naturaleza de la polaridad y algunos de los problemas que implica.

La dicotomía se reconduce a dos interpretaciones de la relación entre Estado y sociedad. De acuerdo con una posi-ción, la tarea del Estado es apoyar la práctica social existen-te. Es impropio que el Estado conduzca a la sociedad de acuerdo con sus visiones de lo que sería una forma de vida deseable: la sociedad debería ser inmune a la dirección consciente desde el Estado. La otra posición autoriza al

Estado a tener e imponer visiones particulares sobre cómo debería ser la sociedad y conducirla en las direcciones deseables. De acuerdo con la variante progresista de esta posición, las instituciones sociales existentes se pueden trans-formar de acuerdo con los objetivos del Estado; según la variante conservadora, los cambios sociales espontáneos pue-den y deberían ser resistentes si se apartan de la concepción estatal del bienestar. Entre las doctrinas políticas interven-cionistas, aquellas de interés especial otorgan al Estado un programa que permite su penetración en todas las esferas de la vida social; entre las ideologías del gobierno limitado, las de interés especial limitan su función a mantener el equilibrio social. Claramente ambos grupos de doctrinas políticas no dejan de tener matices de pensamiento utópi-co: en tanto que un grupo contempla un Estado omnívoro, un Levitán dispuesto a tragar completamente la sociedad civil; el otro lo ve en desaparición, como un gato de Cheshire político. Llamaré a un extremo Estado reactivo y al otro, Estado activista. Estos términos pueden causar malos enten-didos que han de anticiparse para eliminarlos en este pun-to. En muchos ambientes ha ganado popularidad referirse a las diferentes definiciones extremas de gobierno minimalis-ta como Estado reactivo, diciendo que un Estado es activis-ta incluso cuando utiliza moderadamente su potencial de gestión y sigue considerando la ausencia de dirección esta-tal como ideal general.¹ Esta convención no ha de confun-dirse con lo que proponemos aquí: un Estado activista limitado puede estar más cerca de uno de *laissez faire* que de un Estado auténticamente intervencionista cuando se observa desde la perspectiva más amplia requerida por los

¹ La doctrina del activismo liberal estadounidense es ejemplar al respec-to. De acuerdo con ella, la autonomía del individuo y la interferencia limitada del gobierno en la vida social continúan considerándose un ideal, pero al mismo tiempo la responsabilidad gubernamental en la solución de los proble-mas sociales se enfatiza cada vez más, sobre todo para lidiar con un pequeño conjunto de imperfecciones del mercado. Ver B. A. Ackerman, *Reconstructing american law*, 1-6, 32 (1984).

horizontes comparativos.² Los devotos de un activismo tan limitado pueden no obstante resentir el uso comparativista: "activismo" se asocia con un Estado que penetra profundamente en la vida social y por lo tanto el término invoca el espectro del totalitarismo. Pero no quiero decir que la expansión de la agenda de un Estado lleve inexorablemente a regímenes gestores opresivos: puede haber posiciones intermedias estables. Buscando un equilibrio adecuado entre los impulsos activistas y reactivos, es equívoco invocar la bestia negra de un gobierno extremadamente indiferente mientras se cierran los ojos al carácter preciso de un Estado extremadamente interventor. En un período histórico en que se hace cada vez más importante la búsqueda de posiciones intermedias aceptables entre la dirección estatal y la autodefinition individual, hay que esforzarse por delimitar adecuadamente los polos del debate.

I. EL ESTADO REACTIVO (Estado de *laissez faire*)

Características generales

Un Estado reactivo se limita a proporcionar el marco de apoyo dentro del cual los ciudadanos persiguen los objetivos que han elegido. Sus instrumentos deben liberar las fuerzas espontáneas de la autogestión social. El Estado no contempla ninguna noción de interés separado, aparte de los intereses sociales e individuales (privados): no existen problemas que son inherentes al Estado, sólo problemas sociales e individuales. A menudo se dice de este tipo de Estado "minimalista" que sólo hace dos cosas: protege el orden, y ofrece un foro para resolver aquellas disputas que

los propios ciudadanos no pueden resolver.³ Pero la tarea de proteger el orden —especialmente cuando se refiere a acciones preventivas— puede llevar a una extensión considerable de la actividad gestora. Del mismo modo, los extremos genuinos de una ideología reactiva tienden a colapsar la protección del orden en resoluciones de disputas. La estrategia principal es la siguiente: porque el Estado no tiene intereses aparte de la sociedad, tampoco tiene derechos como tales que puedan ser violados, aparte de la violación de un "derecho" privado; cualquier ruptura del orden se origina en la violación del derecho de alguien, de modo que el Estado sólo se lanza a acciones protectoras cuando alguien se queja y pide compensaciones, y alguien se niega a satisfacer sus demandas. Proteger el orden es, por tanto, resolver disputas.

También es cierto que el Estado aparece superficialmente como guardián de un interés que le es propio. En realidad, sin embargo, sus funciones son secundarias: el Estado sólo actúa para proteger aquellos intereses que idealmente serían exigidos por individuos o grupos de ciudadanos. La protección de los intereses de los individuos que no son —o no son todavía— capaces de estructurar independientemente sus propios asuntos es un caso pertinente: de cara a los niños o los discapacitados mentales, el Estado asume el papel de padre sustituto. Pero cuando el estado actúa en esta función, los intereses que representa retienen la identidad individual: nunca están en un plano más exaltado, por encima de los intereses privados.

² Pueden implementarse programas gubernamentales para corregir las fallas de la "mano invisible" del mercado, o bien para reducir la necesidad de intervención de la "mano visible" del manejo gubernamental de vastos segmentos de la vida económica y social.

³ En este caso se niega deliberadamente la función externa del Estado en la defensa nacional y durante la guerra. Los teóricos asutios han dado en el clavo al observar que la guerra inviste al Estado de un propósito común y de tareas de gestión que tienden a subvertir su postura abstencionista. Michael Oakeshott ha articulado una distinción entre dos "caracteres" del Estado que pueden clasificarse como variantes de la ideología activista y la reactiva, y ha señalado —en forma correcta— que el Estado como una "asociación civil" (reactivo) se mueve en la dirección de una asociación "empresarial" o de gestión (activista) en tiempos de guerra y durante los preparativos para ésta. Ver M. Oakeshott, *On human conduct*, 146, 272 (1975).

La visión de un Estado así carece evidentemente de poder transformador: aparece sin inspiración, casi sin vida. La sociedad civil, separada del Estado, se convierte en centro de acción política: los valores, las iniciativas—hasta los proyectos de un nuevo Jerusalén—se originan aquí. Y es en la sociedad civil que los individuos—soberanos para determinar qué hacer con sus vidas—pueden, si así lo desean, formar comunidades dedicadas a la promoción de objetivos compartidos, incluyendo, si es preciso, el aniquilamiento común. En la sociedad civil las voces de los hombres y mujeres pueden ser corales.

Este aspecto del Estado reactivo requiere de una breve digresión. Como las variantes más importantes de la doctrina que consideramos ahora nacen en el contexto de sociedades organizadas en torno a los mercados capitalistas, se ha argumentado vigorosamente que, antes que promover una diversidad de grupos orgánicos o asociaciones libres, las ideologías de la no implicación gubernamental apoyan una sociedad de individuos competitivos o "posesivos".⁴ Pero no hay una conexión necesaria entre la postura reactiva, el capitalismo y el individualismo. La idea del Estado minimalista constituye parte de una importante tradición socialista. Su variedad anarcosindicalista ve una sociedad compuesta de asociaciones mutuales en el contexto de una forma de gobierno "abstencionista". Esta visión, aunque empañada por el socialismo estatal, sigue teniendo influencia en las ideologías políticas contemporáneas, incluso en países donde los

⁴ La frase es de C. Macpherson, *The political theory of possessive individualism* (1962). Teniendo en mente el discurso de la ideología liberal clásica, muchos han argüido que nunca hubo realmente un Estado de *laissez-faire*, que los mercados nunca han sido verdaderamente autorregulados, y los límites de la actividad estatal nunca tan restringidos. Pero aun dentro de la tradición marxista se suele reconocer que durante ciertas etapas de la historia moderna algunos países se aproximaron a constituir una "sociedad autónoma de mercado", con la esfera gubernamental relativamente disminuida y el poder social real conferido a los exitosos componentes de la "sociedad civil". Mientras más exitoso el mercado, más se retrae el Estado a una postura de no involucramiento. Ver, p. ej., G. Lichlein, *From Marx to Hegel*, 133 (1971).

progenitores del anarcosindicalismo son criticados y ridiculizados. Por ejemplo, inmersa en una línea del pensamiento marxista, la doctrina yugoslava de autogestión pide un gobierno minimalista, pero de hecho ha producido una reducción dramática en el rol del Estado.⁵ También vale la pena señalar que los Estados reactivos han existido por la fuerza de las circunstancias (antes de la aparición de las ideologías políticas) en marcos en los cuales las asociaciones independientes desempeñaban un papel de absoluta importancia. Antes de que surgieran los mercados capitalistas, los Estados centrales de Europa medieval eran predominantemente reactivos. Su agenda se limitaba a prevenir hostilidades mediante acuerdos pacíficos de las disputas de los clanes. La sociedad, no obstante, era atomista. En suma, las ideologías de los Estados reactivos o incluso gobiernos reactivos no siempre han de asociarse con el apoyo de los mercados privados, ni ser siempre tratados como pantallas de humo para que quienes ostentan el poder económico validen el status quo.

Ahora podemos considerar una implicación importante de la negativa del Estado reactivo a abrazar cualquier teoría independiente de lo que es bueno para la sociedad. En virtud de su propia abstención, el Estado puede abarcar e incluir asociaciones e individuos con objetivos muy disímiles. Cuando se produce un conflicto de grupo o individual, el Estado puede tomar una posición neutra: entre las tormentas y luchas de la sociedad, puede profesar una objetividad tranquila: *tranquillitas in unadis*. Sus ciudadanos no están vinculados por un deseo mutuo de conseguir un objetivo común; más bien están conectados con el Estado en su calidad de foro neutral para resolver disputas. Tal como durante el período formativo del Estado europeo

⁵ Para una extensa literatura sobre la autogestión yugoslava, ver C. Lindblom, *Politics and markets*, 387 (1977); D. Rustinow, *The yugoslav experiment* 1948-1974, 32-245 (1978).

moderno cuando los príncipes integraban una sociedad fragmentada proporcionando una corte común y eran concebidos esencialmente como jueces, el Estado reactivo es antes que nada un cuerpo adjudicativo. Todas las demás actividades del Estado están subordinadas a resolver disputas y son una extensión de ello.⁶ Lejos de ser la rama del Estado menos peligrosa, lo judicial es —con alguna exageración— la única rama del Estado.

Pese a que el Estado reactivo no necesariamente necesita casarse con un escepticismo epistemológico, cuando se ancla allí parece muy cómodo. Cuando parece que existen medios no enteramente objetivos para determinar qué valores merecen apoyarse, o siguiera una forma objetiva para establecer qué visiones científicas reflejan la realidad con exactitud,⁷ falta un predicado firme para formular los objetivos del Estado. Por defecto, digamos, la definición de las ambiciones de la vida han de confiarse a individuos a quienes entusiasme elegir por sí mismos. Siguiendo sus preferencias, indirectamente, los individuos tal vez puedan contribuir al bienestar de todos: cuando la rosa florece, todo el jardín se ve mejor.

El derecho

Allí donde el Estado celebra la autorregulación por miembros de la sociedad civil, la fuente del derecho tiende a estar fuera o "encima" del Estado. Y donde las preferencias individuales son soberanas, los aparatos de creación de normas

⁶ Aunque los príncipes occidentales legislan desde la época medieval, continuaban concibiéndose sobre todo como jueces hasta el siglo dieciséis. Ver Q. Skinner, *The foundations of modern political thought*, vol. 2, 289 (1978).

⁷ A menudo se ha recalcado el escepticismo ante los valores de las doctrinas del *laissez faire*; este escepticismo puede extenderse a los hechos. Un ejemplo es el reciente intento de ligar el disgusto general por la epistemología con una forma de asociación política en que el pueblo se une en términos de "civildad" más que en términos de objetivos comunes. Ver R. Rorty, *Philosophy and the mirror of nature*, 318 (1979). Esta extensión del escepticismo es interesante en tanto puede influir en la elaboración de técnicas de indagación para el proceso legal.

más adecuados son diversos tipos de acuerdos, contratos y pactos.⁸ Incluso Mefistófeles, tan independiente y prepotente, se somete a la regla mágica del contrato.

Decir que el derecho emana de la relación social y por lo tanto empobrece al Estado legislador, no quiere sugerir que no haya lugar para el derecho substantivo. Consideremos primero el derecho substantivo. No todas las conductas que causan conflictos pueden ser anticipadas por un contrato o pacto real que defina las reglas substantivas para su disposición. Si de hecho los acuerdos previos fuesen prerequisites para la conducta permisible, la actividad privada quedaría intolerablemente restringida.⁹ Además, incluso cuando una disputa es precedida y anticipada por contrato, los términos del acuerdo pueden ser vagos, ambiguos o poco definidos. De modo que el Estado ha de enfrentar incertidumbres o lagunas en los acuerdos contractuales privados. Pero el tenor del derecho estatal no es anunciar lo que los ciudadanos han de hacer substantivamente; más bien fijará procedimientos para que dichos arreglos sean vinculantes y se puedan poner en vigor. En otras palabras, el Estado no dice a los ciudadanos lo que deben hacer o acordar, sino cómo llegar a acuerdos, hacerlos vinculantes, y cómo comportarse en caso de conflicto. Pero ¿cómo han de formularse los estándares legales, substantivos o procesales? Cuando el Estado abraza un sistema de valores o políticas no independientes, claramente su ley no puede abarcar y expresar los valores y políticas estatales. La única ruta legítima que puede emprender el legislador es intentar determinar cómo los ciudadanos hubieran acordado resolver un tema, si lo hubiesen anticipado; las expectativas

⁸ En Proudhon, por ejemplo, las empresas llegan a ser importantes células sociales basadas en los contratos con los trabajadores. A través de acuerdos entre sectores económicos, así como de pactos con las autoridades estatales, se forman unidades mayores. Ver G.D.H. Cole, *Socialist thought: The forerunners, 1789-1850*, vol. 1 (1953). La distinción proudhoniana entre pactos sectoriales y pactos más amplios con el Estado se ha reproducido casi con exactitud en el experimento yugoslavo para reemplazar la legislación estatal por "acuerdos de autogestión" (*samoupravani sporazumi*) y "pactos sociales" (*drugstveni dogovori*).

⁹ Ver la opinión en este sentido de R. Nozick, *Anarchy, state and utopia* 72 (1974).

sociales deben ser entendidas y definidas. Del mismo modo incluso el derecho estatal se ve afectado por el imaginario y la hermenéutica de los acuerdos, aunque sea de un modo subterráneo. En el fondo se puede estimar que todo el derecho puede considerarse como un contrato hipotético o modelo. Y siendo substitutos de acuerdos reales, en principio puede ser desplazado y modificado por los acuerdos "privados" reales de individuos y grupos. Por tanto, un amplio terreno legal de normas derogables (*loi supplétive, jus dispositivum*) se caracteriza por la cultura legal del Estado reactivo; las prohibiciones u órdenes absolutas son anómalas.¹⁰ Si se promulga o "codifica" un derecho en anticipo a una disputa real o en el contexto de su resolución, es un problema relacionado con la estructura de la autoridad estatal y no cabe discutirlo aquí.

La relación entre el derecho estatal y la misión del Estado ya tendría que estar clara: el derecho facilita y apoya una reglamentación autónoma por miembros de la sociedad civil en su creación de "instrumentos de negociación" de transacción entre los ciudadanos. Los participantes en las negociaciones se dan cuenta de que a menos que lleguen a acuerdos, una parte puede invocar el foro del Estado, apto para imponer el acuerdo "modelo".

La centralidad del modo contractual está estrechamente relacionada con otro rasgo de la cultura legal en el Estado reactivo: la apoteosis de los derechos privados, individuales o de grupo. Porque tanto los contratos como los pactos son elementos para asignar derechos y deberes, cualquier reglamentación estatal puede traducirse fácilmente en una red de

¹⁰ De este modo las prohibiciones de la ley penal pueden convertirse de inmediato en licencias que pueden adquirirse a un precio: los ciudadanos de un Estado reactivo pueden imitar a Lucio Veroato, de quien se dice se paseaba por las calles de Roma abofeteando en la cara a la gente que le disgustaba: y al mismo tiempo ofrecía gustoso pagar la multa correspondiente. Ver Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 20, 1, 13. Como la misión de los Estados reactivos nunca es completamente provisional, sus defensores conceden la existencia de un pequeño núcleo de disposiciones que los ciudadanos no pueden alterar mediante transacciones voluntarias. Esta admisión de algún modo embarazosa y de mala gana se refleja en actitudes hacia la renuncia de los derechos procesales discutidos *infra*.

derechos y deberes personales. Ninguna reglamentación "objetiva" dirigida a los funcionarios estatales está exenta de esta transformación. Si se dirige a un juez para que declare inocente a un acusado que cometió un acto ilegal bajo coacción, parecerá natural concluir que dicho individuo—si se encuentra bajo cierto tipo de compulsión—tiene un derecho personal a cometer un acto que de otro modo sería ilegal. Pronto se verá que en la cultura legal de los Estados activistas esto es muy extraño. Pero la apoteosis de los derechos no implica solamente que todo el derecho se transforme en un paquete de derechos con sus obligaciones correspondientes. Sólo en el ambiente ideológico del Estado reactivo se puede separar la afirmación de los derechos de la evaluación de las consecuencias de dicha afirmación. El Estado no adopta una visión de política agregada a la luz de la cual puedan evaluarse los efectos que emanan de la afirmación de los derechos. Como los árboles y las flores en los márgenes de los manuscritos medievales, los derechos son tratados en aislamiento monádico, esto es en su sentido más fuerte y absoluto.¹¹

Administración de justicia

¿Puede el Estado reactivo asociarse con un diseño particular del proceso legal? Sugiriendo una respuesta afirmativa, pri-

¹¹ El adjetivo "absoluto" puede entenderse aquí en su sentido etimológico original de "libre de todo efecto" (*absolutus ab effectu*). Los derechos también pueden tratarse como realmente personales o "subjetivos", esto es, algo que es inherente (*subiacet*) a un individuo en virtud de ser un fin en sí mismo más que algo que es arrojado (*ob-jectum*) ante él y concedido de forma condicional. Quizás nos hemos movido, en la mayor parte de las esferas de la vida social, hacia un punto en que resulta difícil imaginar los derechos en este sentido fuertemente "abstracto", tan natural a pensadores como Leibnitz, Locke, Spinoza y sobre todo Kant. Pero aun en los Estados Unidos de las postimerías del siglo veinte existen aspectos de la experiencia social en que se presenta la dificultad opuesta: la dificultad de pensar en ciertos derechos como dependientes de los beneficios sociales resultantes de su ejercicio. Para el origen relativamente reciente y decididamente occidental de las nociones fuertes de derecho, ver M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, 140-77, "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam" (Paris, 1969).

mero demostraré cómo el Estado minimalista colorea la percepción del significado de administrar justicia y, segundo, cómo tales percepciones pueden afectar la elección de los principios estructurales básicos para el diseño del proceso judicial.

Ya se ha señalado que en la óptica de la ideología reactiva, todas las actividades estatales se hacen inseparables de la resolución del conflicto. Siendo meramente reactivo, un Estado no puede responder legítimamente a una crisis de la sociedad civil a menos que —y hasta que— los contendientes civiles hayan comprometido su foro: su proceso judicial presupone necesariamente una situación de disputa real. En la medida en que el Estado se comprometa en una administración residual, ello también se entremezcla con el litigio. Si la administración desea actuar de un modo que provoque oposición de alguien, ha de iniciar algún tipo de acción "civil" ante un tribunal, y no limitarse a llevar a cabo sus planes y dejar el peso de la acción en el ciudadano afectado.

Las disputas que llegan a los tribunales del Estado reactivo implican no solamente a los individuos, sino también a asociaciones voluntarias. Precisamente porque el Estado no está implicado, se han creado espacios para las actividades de grupos de ciudadanos que implican conflictos. El litigio de los grupos puede tener un impacto amplio que se extiende a áreas que la mayoría de los Estados tienden a reglamentar a la luz de las políticas que adoptan. Es difícil "despolitizar" un conflicto de grupo y verlo como restringido, estrecho o "privado". Pero no es así en la óptica de la ideología reactiva: aquí existen políticas en cuyo contexto se pueden medir los efectos de las disputas de grupo más amplias y las disputas así tratadas son ocasión para implementar una política estatal. Incluso en esta situación, se puede mantener la idea de que administrar justicia es meramente resolver una disputa.

En los casos excepcionales en los cuales el Estado reactivo funciona como subrogado de intereses sin mucha representación, aparentemente debe desarrollar "políticas" respecto a los intereses que quiere salvaguardar o promocionar. Cuando un "promotor" oficial entra en conflicto con un ciudadano o

asociación, en el primer momento parece que ya no puede entenderse el proceso judicial como dedicado únicamente a la resolución de disputas. Recordar, no obstante, que estas políticas no son "independientes" y que los intereses del Estado subrogado están en un plano igual con los intereses privados: el funcionario estatal debe demandar para poner en vigor esos intereses, y han de ser tratados en los tribunales en condiciones de igualdad con sus oponentes privados. En otras palabras, la relación entre los funcionarios del Estado subrogado y el individuo privado o grupo, es "horizontal" —ambos son partes de una disputa—, de modo que incluso las actividades del Estado subrogado se anexas con la resolución de conflictos. Desde luego, el marco del litigio, el tratamiento igual de ambas partes, será cuestionado porque el Estado es a la vez un contendiente y un árbitro de la contienda, esto es, el juez en su propia causa (*judex in causa sua*). Cualquiera sea la respuesta última a esta pregunta, observen que un Estado en extremo reactivo proporcionalmente —relativamente— el entorno más propicio para tomar en serio el marco del litigio, incluso en esta situación. Cuando el Estado no adopta una teoría de la buena vida y sólo está comprometido en proyectos fragmentarios y subrogados, una cierta ecuanimidad o *nonchaloir* con respecto al resultado es mucho más plausible. Como he observado, el Estado puede seguir profesando impasividad —*tranquillitas in undis*— antes que demandar la implicación de los jueces.

Habiendo mostrado que bajo la lente de una ideología extremadamente reactiva, administrar justicia significa implicarse en la resolución de disputas, ahora quiero sugerir formas en las cuales los temas maestros del diseño procesal pueden verse afectados por esta perspectiva particular de los propósitos del proceso judicial.

Allí donde el proceso judicial implica una disputa sobre derechos, hay dos partes —grupos o individuos— que plantean alegatos opuestos y presionan para que el caso se resuelva en disposiciones incompatibles. Para la resolución de la controversia, ¿deberían elegirse formas conciliadoras o de confrontación? Nuevamente la respuesta debe surgir del

carácter del Estado reactivo. Su idea de la autogestión lo hace, básicamente, confiar en la sociedad civil para resolver disputas: si los contendientes pertenecen a la misma asociación o son parte de la misma institución social, será mejor que sus desacuerdos se resuelvan internamente. En este marco, se puede entender que la resolución de disputas implica una búsqueda de posiciones intermedias de reconciliación y mediación entre las demandas en competencia: las apelaciones por objetivos compartidos o las exhortaciones al sacrificio mutuo para preservar relaciones que se valoran, toman el lugar que les corresponde. Recurrir a un foro del Estado se imagina como último recurso, cuando los medios privados menos "drásticos" hayan fracasado. Pero cuando un contendiente decide llevar su caso ante un juez, su acción indica el rechazo a subordinar éste a los valores compartidos y objetivos, o reconocer un terreno intermedio. Un Estado que se niegue a adoptar una teoría de la buena vida no puede proporcionar el terreno común que falta para reunir a los litigantes. Además, que un tribunal estatal busque un terreno intermedio, fácilmente puede interpretarse en formas que dañen la misión del Estado reactivo. En controversias que implican la reclamación de derechos—temas dicotomizados—cualquier actividad independiente por parte del juez puede interpretarse como parcialidad. Al urgir un compromiso, puede parecer que presiona a un litigante para que renuncie a su parte de acuerdo con el derecho.¹² En la medida en que el Estado reactivo quiere que sus tribunales refuercen y elaboren mejor el marco normativo, instrumentos de negociación, de la autogestión social, surge otra objeción a la disputa mediadora. La conciliación resulta en un veredicto que no

¹² El compromiso también puede considerarse un desincentivo inadecuado para la violación de derechos: si el agraviado y el transgresor son presionados a entenderse, cada uno cediendo un poco, la violación de la ley por parte del transgresor valdrá la pena en cierto grado, a menos que el agraviado reclame "con el tejo pasado". Por ejemplo, si A obtiene ilegalmente 100 dólares de B y el compromiso es que devuelva 80, habrá ganado 20 dólares, a menos que B infle su demanda anticipándose al compromiso.

refleja el derecho relacionado con los temas de controversia: la decisión es un acuerdo que raras veces ofrece puntos de referencia fijos en cuanto a cómo deberían decidirse los casos futuros en ausencia de una ordenación privada.

Por todas estas razones, cuando se lleva una controversia a un tribunal estatal, la morfología conciliatoria deja de ser apropiada. Los arreglos que enfrentan a los querellantes en un juicio se transforman en un adecuado sustituto pacífico al encuentro violento entre quienes no reconocen un terreno común. Por fin, el principio estructural fundamental sobre el cual se erige el edificio procesal del Estado reactivo es que los procedimientos son una contienda de dos partes. No obstante, es un error imaginar que la idea de autogestión está enteramente descartada cuando se ha invocado la jurisdicción del Estado. Como el fénix, esa idea puede surgir de sus propias cenizas. Si los contendientes alcanzan un acuerdo fuera de los tribunales, los procedimientos legales pierden su impulso vital, llegando a un fin; los acuerdos entre los que fuesen litigantes se imponen a cualquier decisión judicial previa. Como se ha expresado en un viejo adagio que data del tiempo en que el objetivo fundamental de los tribunales era evitar la guerra de los clanes, *pactum vincit legem et amor iudicium* (el acuerdo prevalece sobre el derecho y el amor sobre la sentencia).

En un proceso, el punto al que puede llevarse la causa de un contendiente dependerá del grado en que se permita la intervención de una tercera parte: el juez del Estado. Mientras más limitada sea la oportunidad de intervención, más pronunciado será el motivo de la contienda. Por lo tanto es claro que las variantes extremas de la ideología reactiva refuerzan el diseño de combate extremo: aquí el desapego del Estado incluye interferencias mínimas con la forma en la cual los contendientes gestionan el combate forense. Los jueces se limitan a presidir sobre la disputa de las partes enfrentadas e intervienen en el proceso sólo en la medida que esto se requiera para hacer un seguimiento que asegure la justa disposición de las controversias incidentales. Sigue el veredicto al cierre de la contienda, y si la contienda es justa

y el juez no ha comprometido su neutralidad, el perdedor tiene pocas razones para sospechar de la legitimidad de su derrota. Básicamente puede acusarse a sí mismo por la decisión adversa, e incluso si se rebela, la sociedad como totalidad mantiene su fe en la administración neutral de la justicia. Por tanto las disputas pueden ser "absorbidas" por un proceso judicial que lleve la idea de la contienda al límite.

En el próximo capítulo exploraré hasta dónde puede llegar la conexión entre la ideología del Estado reactivo y la forma del proceso. Pero incluso la primera aproximación revela que el proceso legal del Estado reactivo recuerda lo que puede llamarse "proceso adversarial" en las culturas del *common law* y el proceso "gobernado por la parte", "contradictorio" o "acusatorio" en la cultura legal continental.¹³ Para evitar sus confusas connotaciones en el análisis convencional, reticentemente descartaré niveles mejor conocidos y llamaré al proceso sobre la ideología reactiva "proceso de resolución de conflictos". Desde luego los que tienen el hábito de identificar el proceso legal con la resolución de conflictos encontrarán que esta terminología es un pleonamo. Pero habrá de suspenderse la desaprobación hasta que se haya diseñado una visión diferente de la justicia, una visión que se adecue a la ideología del activismo.

II. EL ESTADO ACTIVISTA (Estado de bienestar)

Características generales

Centremos nuestra atención en el otro extremo del espectro ideológico, en el Estado activista extremo. Tal Estado hace mucho más que adoptar unas cuantas políticas y programas

¹³ "Procedimientos dominados por la parte" (*Parteienverfahren*) y "proceso contradictorio" (*procédure contradictoire*) son términos empleados sobre todo en la discusión del proceso civil, mientras que el "proceso acusatorio" aparece principalmente en el análisis de la justicia criminal.

de bienestar. Abarca o lucha por una teoría coherente de la buena vida y trata de usar su base para un programa completo de mejora material y moral de los ciudadanos.¹⁴ Todas las esferas de la vida social, incluso los temas que tienen lugar *in planissimo*, pueden por lo menos potencialmente evaluarse en términos de políticas de Estado, conformándose a sus demandas.

Las instituciones sociales existentes y la práctica social implican poca deferencia: tal como es, la sociedad es defectuosa y necesita mejoras. Con la sociedad civil despojada de su legitimidad, los proyectos y perspectivas que surgen espontáneamente entre los ciudadanos son sospechosos, pues pueden chocar con los que apoya el Estado, pueden debilitar el compromiso con los objetivos del Estado y socavar la confianza en sus acciones. De modo similar, tendrían que desmantelarse o ponerse bajo supervisión las asociaciones voluntarias. Es apenas una exageración decir que las asociaciones cívicas, incluso si son superficialmente independientes, se vuelven anexos de las agencias estatales, conductos a través de los cuales se imparten las ideas estatales a la población. El Estado se vuelve el único foro de actividad política, al que se debe entera fidelidad: la sociedad está "estatizada", tragada por el Estado. Por lo tanto los problemas y las políticas sociales se disuelven en problemas y políticas de Estado.

Las relaciones con las personas y sus vínculos con el Estado pueden caracterizarse de diversas maneras, pero es común a todas las formulaciones un fuerte énfasis en un sentimiento compartido de ciudadanía, en armonía y cooperación.

¹⁴ Aunque algunos aspectos de este programa pueden ligarse al más allá, en lo que sigue nos concentraremos en los objetivos seculares. Debe tenerse en cuenta una posible tensión en este dominio más limitado: el mejoramiento material, con su énfasis en la explotación de los recursos naturales, tiende a producir enfoques instrumentalistas aun en entornos no dominados por la burocracia racional. Por otro lado, la tarea de incrementar el bienestar moral se encamina hacia valores expresivos o no instrumentales aun en entornos burocráticos. Esta tensión puede verse reflejada en el sistema legal, donde dos paradigmas de la ley colisionan y pugnan por la primacía.

ración, antes que disonante o en conflicto. La gente debería vincularse por sus esfuerzos por conseguir objetivos comunes, cada uno subordinado al interés superior del Estado. El Estado, por sí mismo, no se considera la institución neutral para resolver conflictos, sino más bien el gestor de un objetivo común.¹⁵ Su tarea es unir a la gente y diseñar incentivos para movilizar a los individuos inertes. Aquellos que creen que el trabajo en proyectos cívicos y la participación en ceremonias públicas ocupa demasiadas tardes, merecen escarnio: la simple indiferencia hacia los programas estatales puede parecer rebeldía. Inevitablemente se reducen las posibilidades de que los ciudadanos hagan su voluntad. Pero a la luz de la filosofía estatal, esto no debe preocupar: el Estado suscribe la opinión de Rousseau de que mientras más tiempo ocupen los ciudadanos en asuntos cívicos y menos en sus propios asuntos privados, será mejor.

No es necesario decir que la autonomía individual está lejos de ser sacrosanta. Para un Estado activista, los individuos no necesitan ni siquiera ser jueces fiables de su mejor interés; su percepción, conformada por una práctica social defectuosa, puede ser errada e incorrecta. Desde luego, mientras más se adapten los ciudadanos a la imagen nacida de las teorías del Estado, más fácil será que el Estado permita una mayor definición individual: los deseos de los ciudadanos son cada vez más lo que el Estado quiere que deseen. Volveré a este punto, pero sólo brevemente, para mirar en dirección a los lejanos horizontes en que es mayor la convergencia de los deseos de los individuos y el Estado. Esperar esta situación puede ser como esperar a Godot.

Al contrario que una política reactiva bañada por el escepticismo, el Estado activista resplandece de optimismo.

¹⁵ Donde la existencia de clases antagónicas se reconoce *rebus non iam stantibus*, como un vestigio del pasado, el gobierno aun no se considera un árbitro neutral en los conflictos de clase resultantes; más bien se alinea con la clase favorecida por su teoría de la buena sociedad. Ocasionalmente, el Estado puede verse incluso tentado de producir legislaciones separadas, una permisiva para "nosotros" y una restrictiva para "ellos", las otras clases.

Su misión presupone la capacidad intelectual para distinguir los objetivos cuya consecución merece la formulación de políticas correctamente orientadas a ello. Mientras más abarquen y ambicionen los programas gubernamentales, más crucial es este optimismo: la incertidumbre sobre los poderes de la investigación y el análisis, pueden congelar la acción del Estado.¹⁶ También el escepticismo impedirá la traducción de los objetivos que proclama el Estado en acciones claras. Los escépticos no sólo raras veces se convierten en arquitectos de los programas de cambio social; sino que también rara vez corren a levantar barricadas.

El derecho

Antes que emanar de la sociedad civil y servir de espejo de su práctica, el derecho activista surge del Estado y expresa sus políticas. La imagen controladora del derecho es la del decreto estatal, completamente divorciado de las nociones contractualistas. En la medida que el objetivo del Estado sea crear bienestar material, sus decretos son programas, asignan tareas, o distribuyen porciones del pastel común a los ciudadanos. Cuando el Estado pretende promocionar el bienestar moral, sus decretos son una colección de directivas de conducta y actitudes correctas, o ejemplos cautelares de mala conducta y tendencias objetables. En contraste con el derecho en los Estados reactivos, cuyo énfasis reside en definir formas en las cuales pueden intentar alcanzarse los objetivos libremente elegidos, el derecho activista es imperativo, incluso amenazante: indica a los ciudadanos lo que deben hacer y cómo comportarse.

En tanto que el derecho activista no puede modificarse por las preferencias de aquellos cuya conducta intenta regular, en otro sentido es maleable y flexible, cambiando a su vez con cada fracaso o cada éxito para conducir al Estado

¹⁶ Ver C. Lindblom, *supra*, n. 5, 248-49.

hacia sus ideales. Tanto si toma la forma de reglamentación objetiva o modelo de conducta, no se puede permitir que esté fijado tan firmemente como para obstaculizar la realización de los programas estatales. Ha de ser modificado cada vez que resulte ineficaz o contraproducente. Si su interpretación a la luz de consideraciones políticas no consigue hacer disposiciones de acuerdo con la política del Estado, esta disposición ha de descartarse.¹⁷ El mejor ejemplo es el derecho penal: no ha de permitirse que un indeseable eluda la cárcel aunque su conducta, peligrosa y dañina para las políticas del Estado, no entre en ninguna de las categorías establecidas en el catálogo de delitos. La máxima *nullum crimen sine poena* (no hay crimen sin castigo) se impone a *nullum crimen sine lege previa* (no hay crimen sin una definición previa del derecho). De ser necesario, por tanto, las normas penales existentes han de extenderse por analogía para alcanzar aquello que se estime como conducta peligrosa o dañina.

No obstante hay limitaciones en la libertad para atisbar tras las disposiciones legales y examinar si se han alcanzado los objetivos deseados en casos particulares. Esto es así porque el esfuerzo por alcanzar objetivos de Estado sin la interposición de normas relativamente estables, puede ser una tarea imposible de dirigir que cree niveles peligrosos de incertidumbre y amplio espacio para la arbitrariedad. En tanto que la política general del Estado activista a menudo ofrece cierta guía, sus postulados no siempre pueden traducirse en acciones políticas claras y coherentes. Por tanto, incluso si su aparato de reglamentación parece implicar gran orden y uniformidad, el Estado activista está orientado a respetar un

¹⁷ Este hermenéutico paso adelante en la interpretación teológica a menudo es utilizado por los comentaristas soviéticos para distinguir concepciones de la legalidad burguesas (formales) de una "legalidad socialista". Ver F. C. Schroeder, *Rechtstaat und sozialistische Gesetzlichkeit, Aus Politik und Zeitgeschichte*, vol. 3, 7-8 (Bonn, 1980). Comparar con *supra*, cap. 1, n. 5. Esta visión ya no se sostiene con el vigor y la convicción que caracterizaba los pronunciamientos semifinales de las primeras cuatro décadas del régimen soviético.

grado de definición en su ley, tentando así el carácter instrumental de ésta.¹⁸ Sin embargo la separación resultante de las normas legales de los objetivos políticos subyacentes, crea una lamentable tensión en la administración de justicia. Definir los límites de esta separación representa un problema serio para las culturas legales auténticamente activistas. Su predicamento es análogo al experimentado cuando una cultura legal reactiva está forzada a reconocer algún límite exterior para el orden independiente de los miembros de la sociedad civil.

El derecho activista no se puede traducir fácilmente en reclamaciones personales de los ciudadanos implicados en los esquemas regulatorios. Muchos decretos expresan la tarea de los funcionarios gubernamentales en la implementación de programas estatales y por tanto no están en absoluto dirigidos a los ciudadanos. Para repetir un ejemplo anterior, si se dirige a un funcionario para que declare inocente a un acusado que ha cometido un delito bajo coacción, parecería absurdo interpretar la situación resultante como creadora de un poder personal del individuo a no respetar la ley bajo esas circunstancias. La respuesta sería decir que el funcionario está obligado a eximir a un ciudadano de su castigo por no respetar el derecho bajo cierto tipo de compulsiones. Este enfoque se refleja en la estrategia óptima que un ciudadano puede emplear para obtener las ventajas que perciba en el esquema regulatorio. Insistir agresivamente en el derecho personal no lo llevará muy lejos: insistir en que los funcionarios hagan lo que les corresponde como está prescrito por decreto, y actúen de una forma que el ciudadano considere personalmente favorable, está más en armonía con la cultura legal activista. Como en el Jujitsu, y en su interés personal, para el ciudadano

¹⁸ Se puede imaginar un extremo tecnocrático de un gobierno activista, en cuyo caso los decretos estatales descartan regímenes normativos en favor de formulaciones tecnocráticas para el cálculo de resultados óptimos a la luz de los objetivos estatales, en todos y cada uno de los casos. Por supuesto, en este escenario tecnocrático la ley se degradará en una serie de disciplinas técnicas (análisis de costo-beneficio, etc.). Comparar *supra*, cap. 1, n. 4; ver también la discusión acerca de la naturaleza del reglamento procesal activista, *infra*, cap. 5.

será mejor utilizar el peso de la reglamentación "objetiva". En suma, no deberían proyectarse al entorno legal diferente del Estado activista las actitudes normales en un Estado reactivo, donde el derecho siempre puede transformarse en un paquete de derechos personales.

Tampoco los alegatos que surjan de decretos estatales, aunque por rutina se llamen "derechos", deberían equipararse con los derechos personales compatibles con la ideología reactiva. El ciudadano del Estado activista no posee derechos concedidos en virtud de que sean una finalidad en sí mismos.¹⁹ Ningún derecho es absoluto o abstracto, en el sentido de que su ejercicio pueda abstraerse de un impacto más amplio. Además, porque las políticas y programas del Estado activista teóricamente lo abarcan todo, en cualquier parte pueden detectarse implicancias más amplias: todos los derechos, por lo menos potencialmente, están sujetos a una cualificación o negación. Este concepto se expresa a menudo diciendo que no se puede ejercer un derecho que infrinja los intereses del Estado. La idea de "un manejo completo de los derechos" es repugnante, porque contradice la declarada supremacía del Estado y lo enfrenta al espectro de la autonomía personal, una "sucia desgracia" para la ideología activista.²⁰ Hablando en rigor, por tanto, los alegatos personales del derecho activista están mal expresados si se caracterizan como derechos. Para recalcar el contraste entre los derechos personales y un Estado extremadamente reactivo, sería mejor que se inventasen nuevos términos, decir que los decretos activistas dan privilegios condicionales, crean papeles, asignan tareas, dan a cada cual lo que les corresponde, y cosas similares.²¹

¹⁹ Ver *supra*, n.11.

²⁰ Ver G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, sexta ed., 224 (Stuttgart, 1963). Del mismo modo, la carta de Lenin a su comisario de justicia Kursky, en V. I. Lenin, *Sobranie Sochinenii*, vol. 44, 396 (Moscu, 1949).

²¹ Es sensato notar que los gobiernos gestionadores de la China imperial y Japón produjeron culturas en las cuales no existía un equivalente preciso para el término "derecho" (*ius, diktation, droit subjective*) tal como se entiende en los sistemas legales occidentales. Aun en Occidente, el concepto fuerte de derecho no es tan antiguo como a menudo se piensa. Ver M. Villey, *supra*, n.11.

Aquí vale la pena subrayar otra distinción de lo que ocurre en el Estado reactivo: en la perspectiva de una ideología activista extrema, los "derechos" se transforman en obligaciones. Por lo tanto un decreto puede especificar el derecho a la salud, y al mismo tiempo obligar a los ciudadanos a cuidar de su salud, sometiendo a todo el mundo a medidas obligatorias como las vacunaciones masivas. El derecho a la educación puede hermanarse con el deber de ir al colegio, o la obligación de ir a un colegio de un tipo particular.²² Pero esto no se ve como anómalo o lamentable. Por el contrario, para la ideología activista puede ser el heraldo de un futuro mejor en el cual los individuos pueden mejorar y relacionarse unos con otros de modo más armonioso. Por el momento podría concebirse que la identificación de derechos con obligaciones puede expresar aspiraciones más que realidades. Pero en la medida en que su nivel de conciencia siga creciendo, los ciudadanos comenzarán a llevar a cabo sus obligaciones con casi tan buena disposición como el ejercicio de sus derechos. Finalmente, como en la *concordia* de conocimiento y sentimientos contemplada por Agustín de Hipona, todas las alternativas de acciones que difieran de las que una persona debería realizar, han de ser poco atractivas: el derecho y la obligación están unidos en un todo indivisible.²³

²² La interpenetración de derechos y obligaciones caracteriza a la legislación soviética en diversas áreas. Ver *Fundamental principles of legislation of the USSR and union republics on public health*, art. 3 (1979), en *Collected legislation of the USSR and the constituent Union republics*, vol. 3, ed. W. Butler (1983). En la China comunista, el trabajo, la educación y aun la planificación familiar son deberes constitucionales. Ver Constitución de la República Popular China, arts. 42, 46, 49, *Beijing [Peking] Review*, Dec. 27, 1982.

²³ Para un recuento reciente de la *fundatissima fides* agustina, ver P. Brown, *Augustine of Hippo*, 365-75 (1969). La literatura legal soviética a menudo recurre a un argumento reminiscente de la *concordia* agustina, y también lo hace la carta del Partido Comunista soviético. Ver V. M. Chikhvradze, *The state, democracy and legality in the USSR: Lenin's ideas today*, 47 (Moscu, 1976); N. Aleksandrov, ed., *Teoriya gosudarstva i prava*, seg. ed., 652-53 (Moscu, 1974).

Administración de justicia

Al considerar el impacto de la ideología activista en la forma del proceso, un punto de partida conveniente es demostrar cómo la concepción del derecho del Estado activista—en cuanto instrumento para la realización de su política—hace que el proceso se independice de la resolución de disputas.

Para el Estado activista no tiene sentido evidente que exista una controversia como requisito previo y general para instruir un proceso. Las disputas no han surgido milagrosamente cada vez que un evento social sugiere la necesidad de aplicar el derecho y con ello llevar a cabo un objetivo político en las circunstancias concretas de un caso. De hecho, la ausencia de controversia—stasis social—puede en sí misma provocar preocupación a un Estado seriamente comprometido en la transformación de la sociedad. Los funcionarios estatales pueden, sin embargo, considerar las relaciones entre adultos que dan su consentimiento—un contrato que han aceptado, o el modo de conducta sexual, en tanto que no provoquen problemas sociales y gratifique enteramente a sus participantes—como una amenaza a la mejora del bienestar moral o económico. Es posible que los individuos tengan que ser protegidos de su propia locura o de la pantalla distorsionadora de su "falsa conciencia" que bloquee la comprensión de que están siendo victimizados en una transacción consensuada o en relaciones sexuales voluntarias.²⁴

No se puede negar, no obstante, que a menudo una disputa ofrece a los funcionarios un buen indicativo de que

²⁴ El proceso legal puede ser independiente de la resolución de conflictos aun en otro sentido, especialmente en la medida en que siga reconociéndose el conflicto de clases. Tal como en ciertos períodos del socialismo de gestión chino, algunas "luchas" entre personas pueden ser vistas con condescendencia: como la arena en una concha, esas luchas pueden considerarse irritantes capaces de producir perlas sociales. Por supuesto, aquellos victimizados por la presión social no pueden presentar sus ordenes judiciales o demandas de compensaciones ante los adjudicadores estatales, pues los foros del Estado no conocen de las disputas que surgen de tales "luchas".

se necesita la intervención del Estado. Uno podría sentirse inclinado a crear esto, por lo menos en aquellos casos que surgen en forma de disputa, pues el proceso activista está dedicado a la resolución de éstas. Este tema merece más análisis y requiere que se hagan diferenciaciones entre las disputas entre los ciudadanos, entre los ciudadanos y los funcionarios y entre los propios funcionarios. Cada situación deberá ser examinada en su momento.

Cuando se observa una disputa entre ciudadanos en el contexto de una política estatal, se puede descubrir que uno o ambos litigantes merecen castigo. (Por ejemplo, pueden haber realizado un contrato perjudicial para el programa económico del Estado.) En esta situación, instituir un proceso penal independiente puede parecer incómodo y largo. Cambiar del modo civil al penal en un procedimiento *único* aparece como una posibilidad atractiva. Cuando esto ocurre, desde luego, el objeto del proceso "unitario" tiene más convergencia que una mera resolución de disputas. Esta transformación puede darse en una disputa civil porque el Estado activista suele detectar implicancias más amplias y ominosas bajo lo que aparece en la superficie como una controversia menor.²⁵ El marco original de litigio también puede trascender en otras formas. A través de las lentes de la política activista, una disputa entre individuos privados puede parecer sintomática de una dificultad mayor (p. ej., la corrupción institucional) que se encara mejor con un procedimiento único. Con esto puede crearse un torbellino procesal y todos los que están en una situación estratégica para la solución de la dificultad pueden ser arrastrados a un juicio más amplio. O el Estado podría querer utilizar una controversia estrecha como ejemplo a través del cual llevar a casa una lección a un público mayor: los ciudadanos son invitados—o requeridos—para que asuman una diversidad de papeles que nada tienen que ver directamente con la resolución de la disputa original. Pueden transformarse en el coro del drama forense.

²⁵ Los caps. 5 y 6 contienen ilustraciones de esta metamorfosis.

Incluso si no se amplía o transporta a otro registro, los procedimientos desencadenados por una disputa entre individuos privados no están realmente dirigidos a su resolución, por lo menos no en el sentido estricto compatible con un Estado reactivo. Observen que un Estado activista tiene pocos motivos para llevar a cabo un proceso con los contornos precisos de una controversia interpersonal: de hecho la correcta disposición del caso a la luz de la política estatal puede requerir que se consideren temas que no son el problema real entre los litigantes. Observen también que los ruegos de remedio pueden haber sido pasados por alto, dado que los querrelantes no siempre saben qué es mejor para ellos. La disputa original, por tanto, no es mucho más que un evento precipitador, de significado limitado, para el progreso subsecuente del proceso judicial. Puesto de otro modo, la disputa interpersonal se vuelve un pretexto para encontrar la mejor solución para un problema social puesto en conocimiento de las autoridades a raíz de un conflicto entre el querrelante y el acusado.

Hasta aquí se ha argumentado acerca de disputas entre individuos privados y esto se aplica con mayor fuerza a los procedimientos que implican una disputa entre individuos privados y un representante del Estado. Imaginar que estos procedimientos están dedicados a la resolución de una disputa entre el individuo y el Estado es pasar de contrabando supuestos ideológicos del Estado reactivo en un medio hostil. La mera idea de conceder a un ciudadano una posición para plantear su propio interés en oposición a los intereses del Estado, va contra las premisas fundamentales del sistema activista. Antes que estar en el mismo plano con intereses individuales en que ambos podrían "equilibrarse", el interés del Estado es superior desde el punto de vista léxico, es de hecho supremo.²⁶ No

²⁶ Aun cuando algún tipo de "regateo" entre el ciudadano y el representante del Estado, o alguna especie de "balance" entre los intereses individuales y estatales, puede seguir considerándose útil (o eficiente) por parte de aquellos que operan un aparato judicial activista, no es menos cierto que ese regateo sigue siendo inaceptable, por ser contrario a los valores intrínsecos (no instrumentales) del gobierno activista. Ver *infra*, pp. 94, 95.

debería entenderse que la negativa a poner al representante del Estado en una posición paralela al individuo privado implica que una decisión automática en favor del primero: el funcionario oficial puede haber interpretado el interés prevalente de modo incorrecto, o puede haber errado los hechos. Pero sólo por analizar, supongamos que en cierta medida se ha superado la repugnancia del Estado activista por legitimar un choque entre los intereses individuales y del Estado: ahora surge otro obstáculo serio para concebir el juicio como dedicado a la absorción de una disputa, pues no se encuentra un juez neutral en ninguna parte. En un Estado que cumple su potencial activista, como en la guerra entre Dios y Satanás, no queda espacio para la neutralidad. De hecho *vae neutrus* (que los neutrales sufran).

¿Puede el proceso judicial estar orientado hacia resolver un conflicto entre dos representantes del Estado, cada uno de los cuales defiende un interés diferente o una visión diferente del mismo interés? Allí donde la maquinaria gubernamental de un Estado activista se organiza jerárquicamente, es poco probable que dicha disputa oficial se convierta en causa de un juicio. Es más probable que se resuelva poniéndolo a disposición del superior jerárquico mutuo. En un aparato activista paritario, sin embargo, donde los desacuerdos sobre la política estatal pueden ser rampantes, no puede excluirse la posibilidad de resolver el conflicto a través de un litigio. Supongamos, por lo tanto, que dos funcionarios estatales están en desacuerdo respecto a lo que debe hacerse con un delincuente, y uno favorece su encarcelamiento y el otro su libertad bajo fianza. Como los dos funcionarios están comprometidos con una política penal del Estado, bien podría ocurrir que al progresar el proceso, comience una convergencia de puntos de vista inicialmente discrepantes. Pero la desaparición de la controversia original no señala el final del proceso. Puede que todavía quede trabajo por hacer para llegar a la mejor sentencia. Mientras los ex adversarios se dan la mano en un esfuerzo cooperativo por encontrar las soluciones óptimas, sale a la luz el carácter de epifenómeno de la disputa oficial: en el fondo, los procedimientos han

sido siempre un vehículo para llevar a cabo la política criminal del Estado. No debemos engañarnos por las apariencias.

Dejando esta argumentación para un capítulo subsecuente, ahora recapitularé sobre los temas que hemos analizado hasta aquí. Pese a que la administración de justicia en un Estado auténticamente activista puede implicar una disputa oficial o privada, en realidad es independiente de la resolución de disputas en sí misma. El auténtico objetivo procesal es *aplicar* el derecho en el contexto de circunstancias contingentes: ha de ser reafirmado si existen las condiciones que requieran una asistencia oficial y de ser así, han de elegirse las medidas que mejor favorezcan los intereses del Estado. En tanto que el derecho activista refleja la política estatal, puede decirse que el propósito último de la justicia activista es implementar una política de Estado en los casos que llegan ante el órgano decisorio.

¿Y qué implica esto respecto a la forma procesal? Divorciada de la resolución de disputas, la justicia activista también está libre de la imagen de control de un juicio como contienda simbólica: dos partes que plantean reclamaciones discordantes ante un juez de acuerdo con la relación clásica de triadas. El proceso puede ser un asunto bipolar entre un funcionario del Estado y un solo individuo, o un asunto que implica un gran número de protagonistas que plantean una variedad de visiones dispares: una relación poligonal. Desde luego la forma litigiosa (triádica) también puede mantenerse provisionalmente. Pero tanto si es bipolar, triádica o poligonal, han de estructurarse los procedimientos activistas para permitir una búsqueda de la mejor respuesta política para el evento precipitante. También está claro que el control de esta búsqueda ha de adjudicarse a funcionarios oficiales; en primer lugar los individuos privados, empujados por su propio interés, pueden frustrar la realización de los programas del Estado; en segundo lugar, en el drama forense a menudo hay que considerar los hechos y los intereses diferentes a los exigidos por los actores privados. De aquí que, animados por esta percepción en el objetivo de administrar justicia, un Estado activista debe considerar seriamente su proceso legal

como una investigación controlada por funcionarios estatales. En lugar de una contienda de control privado, la idea de la encuesta controlada oficialmente, es el epítome del estilo procesal.

Cuando un Estado realice su potencial activista a cabalidad, será más estrecha la esfera en que puede entenderse la administración de justicia como resolución de disputas, y el proceso legal tendrá menos formas procesales inspiradas por la imagen clave de una contienda controlada por una parte. Cuán lejos pueda llegar la investigación oficial —el tema ahora dominante— dependerá de la intensidad del activismo del Estado. Sólo en la ideología activista se encuentra apoyo para las formas de investigación más incisivas, y con ello un modelo puro de investigación del proceso legal. Intentaré hacer una definición detallada de este modelo en otro capítulo, pero ya está claro que es un modelo emparentado con el que por convención se denomina "inquisitorial" y algunas veces (sobre todo en el continente europeo) se llama, procedimiento "dominado oficialmente".²⁷ La discrepancia entre las imágenes convencionales de los procedimientos no adversariales y el que pasará a describir con cierto detalle, requiere que me aparte de la convención terminológica. Para evitar las connotaciones que pueden llevar a error respecto a los términos comunes, especialmente en la fase del "proceso inquisitivo",²⁸ llamaré "proceso implementador de políticas" al modelo procesal que se conforma con la ideología activista.

²⁷ Este último término se utiliza en países influenciados por la escuela legal alemana. Ver, p. ej., E. Kern y C. Roxin, *Staryverfahrensrecht*, novena ed., 42 (München, 1969).

²⁸ Un aura peyorativa envuelve al término "procedimiento inquisitorial". Se debe a su asociación con los crueles y severos procesos del Antiguo Régimen, así como a la confusión de los juicios seculares ordinarios de la época con los de la Inquisición. Ver M. Damaska, "Evidentiary barriers to conviction and Two Models of Criminal Procedure", 121 *U. Pa. L. Rev.* 506, 558 (1973). Aun Voltaire, quien contribuyó enormemente a esta aura al exagerar los vicios de los procesos penales ordinarios (con loables razones políticas), reconocía esta diferencia. Ver Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, tomo 6, 127-32 (Amsterdam, 1789).

III. JUSTICIA DE RESOLUCION DE CONFLICTOS E IMPLEMENTADORA DE POLITICAS

Los dos caras de la adjudicación

Ya se han diseñado dos formas de concebir el Estado, que genera dos ideas contrastantes acerca del objetivo del proceso. De acuerdo con una forma, el proceso sirve para resolver conflictos; de acuerdo con la otra, sirve para poner en vigor la política estatal. He mostrado que estas ideas contrastantes están preñadas de implicancias para la elección de la forma procesal: mientras una favorece la morfología de la competición, la otra prefiere la morfología de la investigación. Por el contrario, la opinión común es que un proceso organizado alrededor de la imagen clave de la competición y otro organizado alrededor de la imagen clave de la investigación, de hecho no son alternativas estructurales para alcanzar el mismo objetivo. Cada uno, *en forma pura*, está dirigido a una finalidad diferente.²⁹

En este punto —especialmente en los EE.UU.— han de anticiparse dudas serias en cuanto a si un proceso dirigido a la implementación de una política estatal puede ser calificado como compromiso *adjudicativo*. Podría argumentarse que a un funcionario que tiene a su cargo llevar a cabo objetivos estatales, se le puede exigir que cumpla el derecho, y que a las personas implicadas en los procedimientos que dirige puede permitírseles presentar pruebas y argumentos. Pero no hay que pensar que estas condiciones son suficientes para ofrecer el mínimo de "juzgar": si bajo el imperio del derecho la administración cumple estas condiciones, ello no lo convierte

en una actividad adjudicativa. El carácter específico del juicio —su *diferentia specifica* respecto a la administración— reside en una relación de dos partes y un juzgado, una relación asociada con la resolución de un tema de competición. Los jueces no juzgan los temas que no están en disputa.

De acuerdo con una noción de la adjudicación estrictamente analítica, este argumento es correcto. En efecto, al reflejar la ideología de un Estado completamente activista, ya he hecho esta concesión. Señalé que la adjudicación y la administración tienden a converger cuando el Estado comienza a acercarse a su potencial activista total. En tanto que todas las actividades de un Estado radicalmente de *laissez faire*, incluyendo la administración, adquieren un sabor de adjudicación, todas las actividades de un Estado enteramente activista, incluyendo la adjudicación, adquieren un sabor de administración. Pero sería limitado suponer que este concepto estrecho de adjudicación cubre las actividades que se perciben como instancias de "juzgar" o incluso actividades que se piensa son quintaesencialmente judiciales en todas las culturas legales del mundo. En la antigua China, por ejemplo, el vigor de las reglamentaciones imperiales estaba en el centro de la administración de justicia, y en los sistemas comunistas contemporáneos, la identificación de adjudicación con la resolución de disputas se descarta como una mistificación de la realidad, especialmente con respecto al derecho penal.³⁰ Pero no es necesario invocar chimerías exóticas o jurisdicciones comunitas para probar la estrechez del concepto analítico de adjudicación: el muro del fondo de la Capilla Sixtina presenta un famoso ejemplo occidental de cómo el concepto más amplio de adjudicación —tomado como normal en temas mundanos— se proyectaba a los temas celestiales. ¿Los procedimientos del Juicio Final tendrían que ser contestados para que se les considerara adjudicativos? Miguel Angel ¿quería realmente des-

²⁹ Ver *supra*. Introducción, texto que acompaña a n. 16. Los objetivos discrepantes pueden ser refundidos si se utiliza el término "resolución de conflictos" en un sentido tan vasto que cubra no sólo la absorción de las disputas reales sino también acontecimientos que puedan precipitar la intervención del Estado en ausencia de cualquier disputa entre personas contra las cuales se dirigen los procesos. Para un ejemplo de este uso, ver M. Wolf, *Gerichtliches Verfahrensrecht* (Hamburg, 1978).

³⁰ Para el supuesto carácter "burgués" de esta identificación, ver T. Szabó, *The unification and differentiation in socialist criminal justice*, 13 (Budapest, 1978).

critbir un compromiso administrativo antes que el Juicio Final! Es cierto que antes los letrados del siglo doce que fundaron la teoría procesal occidental tendían a asociar los procedimientos en los juzgados con una interacción de *trium personarum* y con una competición.³¹ Pero esta visión comenzó a perder terreno en el continente en tiempos muy tempranos, debido a la rápida expansión—en el siglo trece—de las investigaciones que iniciaban las cortes judiciales. Un *judex* que lanzaba una investigación sobre un tema sospechoso sin que hubiese quejas, o que decidía un caso penal sobre la base de una encuesta unilateral, seguía siendo considerado participante en una actividad eminentemente adjudicativa. Esta es aún la visión predominante en el continente: la idea de que dictar sentencia no necesariamente implica una resolución de temas en disputa sigue pareciendo natural tanto a los legos como a los abogados.³² Es importante reconocer que la prolongada asociación de adjudicación con resolución de conflictos ejerce una posición fuerte en la imaginación legal, especialmente en

³¹ Para un compendio autorizado, ver K. Nörr, *Zur Stellung des Richters in gelehrten Prozess der Frühzeit*, 8 (München, 1967). Las razones de esta actitud se relacionan con el panorama político de la Europa medieval antes del movimiento centralizador. Ver *Hyfza*, texto que acompaña a n. 33.

³² Esta visión tiene su punto fuerte en el área de la justicia penal. Para un ejemplo de razonamiento típico sobre este punto, ver K. Peters, *Starrprozessrecht*, 30 (Karlsruhe, 1952). Para contrastar con una línea de influencia en el pensamiento legal estadounidense, ver J. Thibaut y L. Walker, "A theory of procedure", 66 *Calif. L. Rev.* 541, 566 (1978); A. Goldstein, *supra*, Introducción, n. 2 (las formas adversarial y no adversarial de justicia penal son "métodos de resolución de conflictos"). Aunque saben que aun las materias incontrastables son objetos aptos para el proceso judicial, algunos comentaristas continentales gustan de argüir que los procedimientos penales "reales" sólo ven la luz después de que se constituye una relación "trídica" entre el juez, el acusador y el acusado. El tema que subyace de modo pragmático aquí es el deseo de los abogados liberales de desafiar la validez de las pruebas recogidas por la policía (o el fiscal) durante sus pesquisas unilaterales. Pero las frágiles lanceas académicas arrojadas por estos comentaristas apenas han rasguñado la superficie de la administración práctica de justicia. Para un ejemplo de estéril razonamiento académico, ver D. Dimitrijevic, "Handlungs-begriff und Rechtsverhältnis im Strafprozess", en J. Baumann y K. Tiedemann, eds., *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, 253, 258, 262 (Tübingen, 1974).

aquellas culturas legales en que la posición del Estado (real o ideológicamente proclamada) tiende a ser de un tipo más reactivo que activista. Tal fue el caso en el nacimiento de la Europa moderna, cuando apenas emergían los Estados centrales—en la estela de la revolución papal³³ de su limitado papel de custodios de la paz en la endémica contienda de los clanes. También fue cierto en el siglo diecinueve cuando el *laissez faire* llegó a su apogeo en el continente. La mejor disposición de la mentalidad legal angloamericana—comparativamente—para asociar adjudicación con resolución de disputas puede atribuirse en parte, diría, a la insuficiencia de las preocupaciones administrativas del Estado en la tradición inglesa.

Para resumir, si en estos vagabundeos de cultura en cultura, un comparativista tuviese que emplear el estrecho concepto analítico de adjudicación, se escaparían muchas actividades ampliamente percibidas como instancias de adjudicación. Del mismo modo debe ajustar sus conceptos y expandir la idea de adjudicación: para él la justicia ha de tener las caras de Jano. En su visión, los objetivos del proceso judicial han de comprender no sólo la resolución de disputas, sino también el cumplimiento del derecho, o—en última instancia—la implementación de la política del Estado.

Una digresión en los sistemas angloamericano y continental

En el capítulo anterior atribuí la mayor parte del contraste entre los estilos continental y angloamericano de administrar justicia a las diferencias que emanaban de la variación en la estructura del aparato judicial. Esto no significa que aspectos de este contraste no puedan atribuirse a ideas divergentes acerca de la función del Estado, incluyendo su papel en el proceso judicial.

³³ La expresión "revolución papal" la he tomado de H. Berman, *Law and revolution* (1983).

De hecho parece probable que los papeles tradicionales de los Estados continentales y angloamericanos, no fuesen exactamente iguales. Una indicación es que tantos europeos, que observan a Inglaterra y Norteamérica a través del prisma de su experiencia, se sintiesen impresionados por el papel relativamente modesto del Estado en la gestión de los asuntos sociales. En tanto que los legisladores continentales no dejaban de expandir la agenda del Estado—desde el ejército al mantenimiento del orden interno, a la educación, la salud pública y la seguridad social—para satisfacer las necesidades sociales, Inglaterra y los EE.UU. parecían hasta muy recientemente apoyarse en mayor medida en las acciones privadas o “voluntaristas”.³⁴ Los extranjeros se maravillaban por la posibilidad de un “estatismo mínimo” y proponían una diversidad de teorías para explicar el misterio. Una teoría que ha ganado amplia aceptación atribuye la importancia comparativamente menor del Estado en tierras angloamericanas al supuesto mayor éxito de los mercados capitalistas.³⁵ Se dice

³⁴ Para Tocqueville, la acción voluntarista era la dinámica interna de la sociedad norteamericana: las cosas importantes no son aquellas que realiza la administración pública, sino lo que se realiza “sin ella o fuera de ella”. *Democracy in America*, vol. 1, 252 (1945). Respecto de los Estados Unidos del siglo diecinueve, Karl Marx escribió que el Estado se reducía al mínimo posible en las sociedades “purguesas”. Ver F. Mehring, ed., *Aus dem literarischen Nachlass von Karl Marx. Friedrich Engels und Ferdinand Lassalle*, vol. 3, 438 (Stuttgart, 1902). Para la comparación entre Inglaterra y el continente, ver M. Oakeshott, *supra*, n. 3, 301. El “activismo” de la ciudadanía y la pasividad del Estado eran especialmente impactantes para el visitante ruso; en su país, debido a la ausencia de una gran clase media, la idea de que el gobierno debía ser el instrumento que satisficiera las necesidades sociales era particularmente fuerte. Aun la cuestión de “quién resguarda el orden aquí” era un misterio para los liberales decimonónicos rusos. Ver A. Schrier y J. Story, *A Russian Looks at America: The Journey of A. B. Laker in 1857*, xxxviii, 66 y *passim* (1979).

³⁵ El mayor éxito de los mercados se atribuye a su vez a una destrucción más concienzuda de la masa campesina (productores en pequeña escala que eran dueños de los medios de producción) en Inglaterra que en el continente. Con nada que vender, salvo su fuerza laboral, los ex productores agrícolas contribuyeron a formar una fuerza de trabajo más vasta y mucho más móvil, permitiendo que el capitalismo se desarrollara con mayor amplitud allí que en países como Francia. Ver N. Poulantzas, *Pouvoir politique et classes sociales de l'état capitaliste*, 182 (Paris, 1968).

que mientras más penetrantes y eficaces sean los mecanismos del mercado, menor es la necesidad de una implicación directa del Estado; el poder del Estado puede ejercerse principalmente en las esferas sociales y económicas, y a menudo se puede pasar por alto el aparato estatal.

Ahora bien, si las preocupaciones administrativas de los Estados ingleses y norteamericanos fuesen auténticamente más limitadas que en Europa,³⁶ los angloamericanos podrían haber bebido más de la fuente del *laissez faire* pierianista. Podrían haber sido más receptivos a la visión de Pieranista. Podría no ha de iniciar o implementar programas que el Estado no ha de iniciar o implementar programas sociales, y que la función primaria de éste es arbitrar los conflictos entre ciudadanos y sus asociaciones voluntarias. La administración de justicia también podría haberse asociado con la resolución de conflictos en una escala mucho más amplia que en el continente; un juicio que implicase un tema que llega a ser considerado como responsabilidad de Estado al otro lado del Canal de la Mancha, podría seguir siendo interpretado en Inglaterra como la resolución de un conflicto entre las personas implicadas en actividades cívicas, antes que como un esfuerzo oficial para llevar a cabo los objetivos del Estado.

No obstante, no ha de descuidarse una diferencia engranada en las actitudes continentales y angloamericanas hacia la adaptación de la forma procesal a los objetivos percibidos del proceso judicial. Recuerden que desde su inicio la maquinaria tradicional de justicia continental tiende a dar forma a los arreglos procesales de acuerdo con un número limitado de principios inspirados por los propósitos de la justicia (positivismo lógico). El aparato angloamericano, por otra parte, era tradicionalmente adicto a un lento crecimiento orgánico, y se oponía a la puesta en marcha de procedimientos “instrumentalistas” para adecuarse a funciones procesales clara-

³⁶ Algunos pueden ponerlo en duda, porque las funciones administrativas del Estado inglés se expandieron durante el período de *laissez faire*. Ver K. Polanyi, *The great transformation*, 139 (1957).

mente definidas.³⁷ Esta diferencia sugiere otra hipótesis. Debido al legado de un Estado más gestor, los abogados continentales—incluso cuando los inspiraba el *laissez faire*—podían imaginar que un proceso judicial estaba comprometido con la resolución de conflictos sólo en un área comparativamente restringida. Pero cuando imaginaban el proceso de este modo, el área estaba bien definida, y los acuerdos procesales se inventaban con una gran consistencia comparativa para adecuarse al concepto de proceso judicial como una contienda forense para absorber disputas. No obstante los abogados angloamericanos podían expandir su imagen de procedimientos para la resolución de conflictos incluso a áreas donde esta expansión parecería inadecuada para los continentales; pero estaban mucho menos preocupados en ajustar la forma procesal a los propósitos que los animaban. Deberá recordarse esta posibilidad en los capítulos en que consideraré varias relaciones sorprendentes entre los procedimientos civiles y penales en los sistemas angloamericano y continental.

Mezclas de justicia activista y reactivo

Esta disgresión sobre los procedimientos de *common law* y *civil law* ilustra la oscilación de los Estados actuales entre los impulsos administrativos o distanciados y por lo tanto sugiere la posibilidad de hacer combinaciones o mezclas de arreglos procesales adecuadas a las dos tendencias opuestas de Estado. Desde luego es prematuro profundizar ahora en formas tan mezcladas antes de haber descrito en forma adecuada los estilos puramente activistas y reactivos en los próximos

dos capítulos. Sin embargo, aquí debemos delinear dos dinámicas diferentes, sobre las cuales pueden desarrollarse estas mezclas. Un camino posible para que se desarrollen estas mezclas de formas reactivas o activistas se da cuando un Estado, hasta aquí fuertemente comprometido con un ideal de gobierno limitado, adquiere un apetito creciente por intervenir en las circunstancias de la vida social. Se debe esperar una disonancia o tensión entre el procedimiento legal concebido como competición controlada privadamente y los nuevos objetivos del proceso judicial. Cada vez más, la dominación heredada de las partes privadas sobre la acción procesal y la insistencia tradicional en la controversia como requisito previo para un juicio chocará con el creciente deseo del Estado de poner en práctica sus propias políticas a través del proceso judicial. Las formas de competición, las formas adecuadas a la justicia en el Estado reactivo, comenzarán a retroceder o erosionarse en aquellas esferas donde se adoptan posturas activistas.

Merecen una breve mención los diversos modelos de esta decadencia. Uno de ellos es para que las formas viejas lleven, de modo más o menos encubierto, una adaptación a las necesidades cambiantes. Por ejemplo, aunque se necesita una disputa para que comiencen los procedimientos, pueden crearse controversias artificiales. Las partes privadas son usadas como instrumentos del Estado activista: un individuo puede implicar a un antagonista en una disputa para reforzarlo de acuerdo con los valores del Estado. De modo alternativo, los litigantes que han solucionado sus diferencias fuera de los juzgados pueden recibir la prohibición de abandonar el foro para que el juez pueda decidir el caso de manera concordante con la política del Estado antes que en interés de los contendientes originales. El producto de estos cambios es que el proceso comienza a servir objetivos de implementación de políticas, aunque exteriormente mantiene rasgos del estilo adversarial. Otra respuesta posible a las nuevas tendencias activistas—una posibilidad no mutuamente excluyente de la recién descrita—es que el proceso retenga su forma heredada con relativa pureza, pero que sea usada

³⁷ Es bien sabido que muchas ideas procesales arcaicas, algunas de ellas vestigios medievales, sobrevivieron en Inglaterra hasta el siglo diecinueve. Vestidas con nuevos ropajes, algunas persisten aun hoy, como el mecanismo de las etapas preparatorias en los casos penales, o los rígidos requerimientos de acudir en persona para los protagonistas del proceso. Sobre este lento crecimiento orgánico, ver, entre otros, R. Caenagem, *The birth of the english common law*, 84 (1973).

menos y con menos frecuencia, o en un segmento progresivamente decreciente de la administración de justicia. El juicio de competición, por ejemplo, puede ser desplazado por modos alternativos de proceso; mientras todavía se celebra como ideal, en realidad puede ser relegado a una mazmorra de la fortaleza de la justicia.

Ambas estrategias de adaptación posiblemente gustarían a una autoridad que prefirere un cambio incremental al cambio que resulte de una planificación comprensiva, y por lo tanto ambas pueden capturar la dinámica de los desarrollos que acompañan el alza del Estado del bienestar en países de la tradición política inglesa. En los Estados del bienestar de Europa Occidental, donde la autoridad está más afectada por actitudes racionalistas y burocráticas, puede contemplarse una estrategia diferente. En esferas donde parecen deseables las posturas activistas, serán abiertamente abandonados los componentes inapropiados del orden procesal reactivo, y reemplazados por acuerdos más adecuados a la imagen de una investigación controlada oficialmente: la nueva inspiración dominante para la elección de arreglos procesales. Aquí la cara de la justicia que implementa políticas no está oculta tras la máscara que resuelve conflictos. Aparece a la vista más sencillamente.

Hasta aquí he sugerido algunas implicancias para la forma procesal del movimiento desde el Estado reactivo al activista. Pero también se pueden desarrollar formas mixtas como resultado de una desviación en dirección opuesta. Un Estado que aspire a gestionar virtualmente todos los aspectos de la vida social y que esté dispuesto a intervenir virtualmente en todo tipo de procedimientos, puede encontrar que ha excedido su capacidad. Los tribunales se encuentran con casos que implican políticas que no se pueden identificar fácilmente y que, por tanto, no ofrecen una buena base para la intervención estatal. Por ejemplo, una disputa que inicie procedimientos de implementación de políticas puede no revelar los contornos de algún problema mayor que requiera asistencia oficial. En este momento pueden aparecer—como brotes de hierba que asoman entre el cemento—, los juicios

que escapan a los objetivos más amplios de la justicia, y que son en realidad de resolución de disputas "auto-contenidas". Cuando esto ocurre, las formas de implementación de políticas parecen desmembradas: la participación de diversos funcionarios especializados en los procedimientos—útil cuando la política estatal está en juego— puede convertirse en un ritual caro; los instrumentos investigativos poderosos podrían ser contraproducentes y prolongar las disputas interpersonales ("mientras más grande sea la verdad, más grande será la difamación"). Aunque desde luego es posible que pese a todas estas disfunciones los procedimientos activistas originales sigan empanañados en el mismo sitio, es más probable que aparezca alguna adaptación con acuerdos prístinos y que surjan formas en que se mezclen los modos activista y reactivo.

Nuevamente pueden contemplarse diversas estrategias de adaptación. Algunos elementos del diseño de competición pueden entretenerse en el proceso dominante de implementación de políticas, o pueden desarrollarse subsistemas especiales para procesar casos "imitados", dejando el resto sin tocar. Una vez más los cambios pueden ser más abiertos, o relativamente subterráneos. Aludiré a los patiches resultantes de la forma procesal en varios otros puntos, básicamente al discutir ciertos aspectos de la administración de justicia en China comunista y la Unión Soviética. Presentaré ilustraciones de formas que se desarrollan tras este movimiento de un Estado más pronunciadamente activista, o más moderado.³⁸

³⁸ Dejaré de lado los pasos atrás dados por los sistemas comunistas desde el activismo extremo en el área de la ley substantiva. Quizás el ejemplo más ampliamente discutido—y muy sobrealzado en términos de su importancia práctica— sea el rechazo soviético en 1958 (precedido por el yugoslavo en 1952) de la doctrina de que determinada conducta puede constituir delito aun sin estar especificada en el estatuto penal antes de haberse cometido.

Formas puras de procedimientos activistas y reactivos

En este capítulo he intentado mostrar cómo dos formas diferentes de la justicia, desde dos doctrinas políticas extremas, afecta la elección de sus principios estructurales para diseñar el proceso judicial. Pero incluso siendo cierto que las polaridades de la ideología política dan orientación y base para entender la oposición de los abogados entre procedimientos diseñados como competición privada o como investigación oficial, el tema sigue abierto: ¿cómo podrían, en este marco, discernirse los arreglos procesales más detallados en los estilos de competición e investigación? ¿Qué criterios proporciona esta visión para elegir rasgos que se incluyan en un modo de procedimientos que sea puramente de resolución de conflictos (que surgen contra el fondo de un Estado reactivo) y los elegidos en un modo puro de implementación de políticas (que surgen contra el fondo de un Estado activista)?³⁹

Se puede decir que hay tres formas en que los arreglos procesales surgen de ideas ideológicamente temperadas acerca del propósito del proceso judicial. Uno es que estos arreglos pueden entenderse como expresión fundamental de planteamientos de la doctrina política. Cuando me dirijo al modo de resolución de conflictos, casi de inmediato se ve que muchas de sus características reflejan el concepto de que las partes de la competición tienen la última palabra en temas que implican la gestión del juicio; son *domini litis* (maestros de litigio). Es fácil ver que este concepto se limita a transferir la idea de la autonomía personal, tan central para el ethos del *laissez faire*, de la esfera de la ideología

política a la administración de justicia.⁴⁰ Como la autonomía personal es axiomática para la ideología reactiva, los arreglos procesales que la expresan no tienen finalidades ulteriores. Incluso algunos casos, como el derecho del acusado a representarse a sí mismo, seriamente ponen en tensión el proceso enmarcado en la idea de contienda de partes —la competición puede ser sesgada—, pero siguen viéndose como necesarios en un modelo puro. De modo similar, cuando intento una definición detallada del modo de implementación de políticas, se encontrarán muchos arreglos que pasan al dominio de la justicia uno de los supuestos fundamentales del Estado completamente activista: la noción de que el interés del Estado se impone a los intereses privados. Si un arreglo procesal no puede reconciliarse con este planteamiento fundamental, como “la negociación” entre individuos privados y representantes del interés del Estado, los arreglos no son parte de un proceso puramente implementador de políticas, ni siquiera cuando desde otro punto de vista se puede considerar eficiente.⁴¹

En otro sentido, podría decirse que del propósito procesal sigue una forma, cuando está implicada en él conceptualmente. Allí donde puede demostrarse esa implicación conceptual, las formas procesales surgen de los propósitos subyacentes como una serie de muñecas rusas.⁴² Como ejem-

³⁹ De hecho, las enseñanzas de Kant acerca de la autonomía personal fueron inspiración directa para los arquitectos del proceso civil alemán decimonónico. Ver H. Kiefer, “Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilprozessrechts im 19. Jahrhundert”, en Blüdhorn y Ritter, eds. *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 3 (Frankfurt, 1969).

⁴¹ La negociación puede ser eficiente porque puede originar una disposición más rápida de los casos o un ahorro de recursos similar.

⁴² La búsqueda de implicaciones conceptuales arrajo a los académicos continentales desde sus comienzos, en el siglo doce, y alcanzó su apogeo en el trabajo de los estudiosos de la ley natural de fines del siglo dieciocho. Ver K. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, 47-49 (Tübinga, 1976). Ver también *supra*, Introducción, n. 16. Este enfoque, refinado de algún modo, subsiste en el pensamiento continental sobre principios básicos del proceso civil y penal. Las preguntas que siguen planteándose no son “qué se implica en el propósito de resolver disputas y cuál es el propósito de implementar la política

³⁹ Las teorías convencionales acerca de los procesos adversariales e inquisitoriales callan en este punto. He tratado de reconstruir en otra parte la metodología implícita en los enfoques más prominentes. Ver *The encyclopedia of crime and justice*, vol. 1, 25-29 (1983).

pleo, consideremos elementos, tales como los *pleadings*, diseñados para ayudar en la formación de causas. Tales elementos son necesarios, incluso implícitos, en el objetivo del modo de procedimiento de resolución de conflictos: permiten al juez afirmar la existencia y los límites de la disputa que debe resolver. Cuando esos mecanismos están ausentes, el proceso se desorienta y se vuelve incoherente. En un proceso de implementación de políticas, en contraste, los ruegos y otros mecanismos parecidos no tienen una justificación más profunda. Ya he anotado que un proceso debe continuar, sin considerar si el tema está siendo de competición o no. Tomemos el ejemplo de la declaración de culpabilidad en el sistema penal activista: cuando la culpa es igual a la presencia de condiciones que justifiquen la aplicación de medidas de política criminal, el juez del Estado ha de determinar la culpa. La pregunta "¿Se declara culpable?" (¿cómo se declara?) si se hace, no es un vehículo para determinar que existe una controversia que sustente un proceso, como en el modo de resolución de conflictos. En este caso la pregunta no es más que una invitación dirigida al acusado para que confiese los hechos de su delito. Será el juez —y no el acusado— quien decida si su confesión es verosímil, y si los hechos confesados lo hacen culpable ante el derecho del Estado. La mayor parte de las veces este último no sabe siquiera si es culpable.⁴³ E incluso si se obtiene la respuesta

estatal", sino más bien qué se implica en el carácter de ley pública como opuesto al carácter de derecho privado de un pleito. Como una materia pública también puede originar una disputa, el enfoque sugerido en el texto y el enfoque continental tradicional, más que ser idénticos, se superponen.

⁴³ En los años setenta, una instructiva anécdota circulaba en el campus de la Universidad de Pennsylvania, involucrando a uno de sus profesores extranjeros. Arrestado por exceso de velocidad poco después de arribar a Estados Unidos, se le condujo delante de un magistrado para que hiciera su alegato. El profesor se mostró perplejo y preguntó qué significaba; cuando le respondieron que él debía declararse culpable o inocente, replicó: "Eso, su señoría, es una cuestión que usted debe decidir, no me compete a mí". Según la anécdota, fue de inmediato citado por desacato. *Se non é vero, é ben trovato*.

"culpable", los procedimientos han de continuar aunque tal vez de manera menos exigente, reservada para los casos en que descubrir los hechos es comparativamente fácil. En resumen, las confesiones no están determinadas por el propósito procesal del proceso de implementación de políticas. Para incorporar esto en un modelo puro, han de apoyarse en alguna base, siempre que no aparezca objetable en términos de la ideología activista. Incidentalmente es fácil que ocurra, pues la fórmula verbal utilizada en los *pleadings* evoca un marco en el cual los individuos tienen la capacidad de determinar las formas que se pueden usar en los juicios que los implican (simple o más compleja), en tanto que un Estado activista insiste en que tales determinaciones queden en manos de funcionarios oficiales.⁴⁴

Queda el tercer y último sentido en que las formas pueden ligarse a los objetivos del proceso. Aunque no necesariamente implicados en estos objetivos, las formas pueden ser más eficaces para estos fines que las alternativas disponibles. Si entonces se incluyen estas formas procesales en un modelo o procedimiento, su inclusión se basa en presunciones reales o supuestas antes que en el resultado de análisis conceptuales. Como ilustración, consideren dos técnicas alternativas para examinar las pruebas. De acuerdo con la primera, las pruebas se aducen bilateralmente a través de careos o en forma directa, mientras que en la segunda se aducen unilateralmente por un solo individuo o grupo. Es claro que las técnicas de careo o directas no están implicadas conceptualmente en el propósito de resolución de conflictos del proceso judicial. Se puede resolver una disputa asignando la tarea de encontrar pruebas a una tercera persona o grupo de investigación. Es igualmente claro que el estilo bilateral de toma de pruebas no es incompatible conceptualmente con el objetivo de implementación de políticas. Se

⁴⁴ Aunque ideológicamente objetable, la formulación verbal de las presentaciones de las partes no puede ser retenida en un modelo puro: ni siquiera para propósitos meramente decorativos, como las gárgolas en las iglesias antiguas.

puede organizar una investigación para que dos funcionarios diferentes presenten pruebas al que investiga los hechos, cada uno de los cuales se centrará en obtener información que apoye una hipótesis diferente. Sin embargo, supongan que el estilo bilateral favorezca el objetivo de resolución de conflictos mejor que el unilateral, en tanto que el método unilateral resulta ser mejor en el contexto de implementar políticas: cada estilo de toma de pruebas puede asignarse a su modelo respectivo porque es mejor para el objetivo del modelo.⁴⁵

Estos dos tipos de proceso legal se construirán de modo de incorporar formas procesales en los tres sentidos que acabo de describir. Pero lo que en última instancia los unirá son los principios de las ideologías activista y reactiva. De modo más o menos evidente, estos principios influyen en la búsqueda de vínculos conceptuales—incluso en la formación de hipótesis empíricas—y por lo tanto justifican la preocupación de las páginas precedentes con la polaridad entre los Estados del *laissez faire* y dirigistas.

⁴⁵ O, en otra ilustración, el que la participación de los abogados sea parte del modelo de resolución de conflictos puede pensarse que depende de si esa participación contribuye al control de las partes sobre el proceso: una materia para la observación empírica. Este método para determinar qué arreglos son parte del modelo procesal se ejemplifica en el trabajo de J. Thibaut y L. Walker, *supra*, n. 32. Ver también su libro *Procedural Justice* (1975).