

SISTEMAS PROCESALES E IDEOLOGÍAS*

CLAUDIO PALAVECINO CÁCERES**

UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE

cpalavec@derecho.uchile.cl

RESUMEN: En este ensayo el autor explora la dimensión político-ideológica del proceso. Afirma que el proceso nace dispositivo, pero en determinado momento histórico se torna inquisitivo. Destaca que el cambio de paradigma procesal obedece a un desplazamiento del sentido y fin del proceso, desde mecanismo para satisfacer el interés individual de las partes a instrumento para la realización de intereses supraindividuales. Concluye que la elección entre uno y otro sistema no es una simple opción técnica, pues, en un orden político y social que se funda y legitima en el reconocimiento y respeto de las libertades individuales, debe prevalecer el paradigma que se basa en la primacía de la persona sobre el Estado, frente al paradigma que obedece al principio opuesto.

Palabras clave: *proceso, sistemas procesales, garantismo, publicismo.*

ABSTRACT: In this essay the author explores the political-ideological dimension of the process. States that the process was born according to the dispositive principle, but in a certain historical moment, became inquisitive. He emphasize that the paradigm shift in the process obeys to a displacement of its meaning and goal, from a mechanism to satisfy the individual interest of the parties to an instrument to achieve supra-individual interests. He concludes that the choice between one and another system it's not a simple technical option, because, in a social and political order founded and legitimized on the recognition and respect of individual liberties, it must prevail the paradigm based on the primacy of the person over the state, opposite to the paradigm that obeys to the conflicting principle.

Keywords: *process, procedure systems, garantism, publicism.*

* Este ensayo es una versión corregida y aumentada de mi "Sistemas procesales e ideología. Reflexiones a propósito de la reforma procesal laboral chilena", publicado en *Revista Dogmática Procesal Latinoamericana. Temas de Derecho procesal*, Instituto Sudamericano de Dogmática Procesal, Capítulo Perú, N°4, octubre 2010, pp.15-28.

1. INTRODUCCIÓN

Nuestra República se adentra en el siglo XXI y cumple su bicentenario en medio de un frenesí de reformas procesales. Primero fue la Reforma Procesal Penal; luego, la de familia y, tras esta, la todavía fresca reforma al proceso laboral. Todas estas transformaciones han sido integrales, vale decir, han cambiado orgánica y funcionalmente las jurisdicciones mencionadas y todas ellas han sido concebidas desde el paradigma o idea símbolo de *la oralidad*, que hoy se publicita exitosamente como panacea de todos los males procesales¹. Pero, mientras que la Reforma Procesal Penal estableció un sistema acusatorio para el ejercicio de la jurisdicción criminal, en las otras reformas se ha optado por el así llamado “sistema mixto”, que aparenta conjugar el principio dispositivo con el incremento de los poderes inquisitivos del juez. Todavía está pendiente la reforma al proceso civil, pero se conoce un anteproyecto y un proyecto de ley que permiten advertir que se quiere utilizar la misma fórmula empleada en las reformas de la justicia de familia y laboral, a saber, una combinación de oralidad con “sistema mixto”.

Otro rasgo común a todas las reformas procesales chilenas es que su diseño ha quedado entregado, al menos en un primer momento, a una suerte de clubes o cenáculos académicos –los denominados “foros para la reforma”–, lo cual ha generado la apariencia de que toda discusión relevante sobre la forma de articular los cambios se debe plantear y resolver, siempre, por los *expertos* dentro de la estrecha y exclusiva morada de *lo técnico*. De este modo, se ha arrojado una espesa cortina de humo que oculta la dimensión político-ideológica del proceso, cuya discusión a propósito de las reformas ha quedado inhibida, incluso en los propios órganos de deliberación democrática, a favor del dictamen de la *ciencia pura* (que traspasado el velo de Maya es *pura ideología*). Para bien de la corriente procesal dominante, se ha omitido en Chile la saludable discusión acerca de si estas reformas respetan la necesaria coherencia que debe existir entre el sistema procesal definido por el legislador democrático y los valores republicano-constitucionales que delimitan el ejercicio del poder soberano en un Estado de Derecho.

Este ensayo tiene la pretensión de contribuir al inicio de esa discusión y, por tanto, debe entenderse como una *provocación*. Partamos por revisar la teoría general del proceso de la mano de Clío que, como se sabe, es la musa de la historia y de la poesía heroica.

I. SOBRE EL OBJETO Y FIN DEL PROCESO. EL ESCUDO DE AQUILES

Los griegos son los aurigas de nuestra cultura². Casi todos los compartimentos en que luego se fragmentó y dispersó el saber se fundan en último término en las creaciones de este pueblo genial. También la idea de proceso.

¹ Sobre el mito de la oralidad, *vid.* MONTERO, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2001, p. 149 y ss.

² NIETZSCHE, Friedrich. *El nacimiento de la tragedia*. Barcelona, España: Alianza Editorial, 1994, p. 126.

Quisiera ilustrar mi aserto partiendo con un pasaje de la *Iliada*, de Homero³. Como se sabe, el motivo central de la *Iliada* es la ira del héroe Aquiles y, el telón de fondo, la guerra de Troya, en su año noveno. En el Canto XVIII del poema, Aquiles llora a gritos la muerte de su amado camarada, Patroclo, a manos del héroe troyano Héctor y la pérdida de su prodigiosa armadura. La divina Tetis, madre del Pélida, encarga a Hefesto que forje nuevas armas para que, provisto de ellas, Aquiles venga a Patroclo. Homero nos cuenta que el dios “*se puso a hacer primero un escudo grande [...] y en él grabó múltiples artísticas figuras, fruto de su ingenioso arte*”. Los versos siguientes describen los motivos representados en este escudo, entre los cuales se observan dos ciudades, una en paz y la otra en guerra.

Llama inmediatamente la atención el papel que en esta descripción cumple la administración de justicia, como rasgo singular de la ciudad en que reina la paz:

“Los hombres estaban reunidos en la plaza. Y había allí entablada una contienda, en la que dos varones disputaban acerca de la expiación por un homicidio. El uno afirmaba que había pagado todo, haciéndoselo ver al pueblo; el otro negaba haber recibido nada. Y los dos deseaban alcanzar una decisión final ante el árbitro. Las gentes gritaban defendiendo cada bando a uno, mientras que los heraldos trataban de refrenar a la multitud. Los ancianos estaban sentados en pulimentadas piedras en sagrado círculo, asiendo en sus manos el bastón de heraldos de voz que resuena por el aire, y con ellos en las manos se levantaron al fin y alternativamente pronunciaron su fallo. En medio de ellos había en el suelo dos talentos de oro para entregar al que de ellos dictara sentencia de modo más recto”.

En este antiquísimo relato hallamos los elementos básicos del proceso. Homero nos cuenta que “...*había allí [en la plaza pública] entablada una contienda*” y, de este modo, nos sitúa en el antecedente o causa del proceso, en el conflicto. El conflicto es *intersubjetivo*, vale decir, se origina en una interacción entre sujetos: “*Dos varones disputaban acerca de la expiación por un homicidio*”. Conflicto es coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de una misma cosa⁴, tal como aparece en la descripción del Escudo, en que “...*uno afirmaba que había pagado todo, [y] otro negaba haber recibido nada*”.

Antes de la aparición del proceso la contienda se resolvía de manera muy brutal, pero asaz sencilla, con un mazazo en la cabeza. Es la etapa presocial, del *homo homini lupus*, de la guerra de todos contra todos. Pero pronto resulta evidente que “el uso indiscriminado de la

³ La tradición atribuye al poeta jonio la composición de la *Iliada* y de la *Odisea*, los primeros monumentos conocidos de la literatura griega. Amén de su nombre, poco o nada sabemos, con certeza, de este Homero, cuya existencia incluso fue, más de alguna vez, puesta en duda por los eruditos. Las noticias más antiguas que nos han llegado acerca de él son recién del s. VI a. C. y nos cuentan que habría nacido en Esmirna y vivido en la isla de Quíos. Según algunas tradiciones sería contemporáneo de la guerra de Troya. Otras, en cambio, lo sitúan más tardíamente, como coetáneo de Hesíodo (s. VII a.C.).

⁴ ALVARADO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2005 p. 37.

fuerza no asistida por la razón genera destrucción”⁵, “pues en la discordia, unas luchas engendran otras; la ofensa reclama venganza, y la venganza es una nueva ofensa”⁶. Tempranamente, las sociedades humanas, incluso las más primitivas, descubren las ventajas de la solución definitiva del conflicto. Se hace necesario recurrir “a una venganza que no provoque otra nueva [...] a un fallo que obligue a las partes en litigio a calmarse: el fallo del juez”⁷. “El proceso, después de todo, es el subrogado de la guerra. Es, en otras palabras, un modo para domesticarla”.⁸

El proceso nace, entonces, como un método para resolver racional, pacífica y definitivamente el conflicto intersubjetivo de intereses. En el relato homérico los dos contendientes exponen sus razones ante los jueces y la multitud; la contienda es puramente verbal, sin agresión física; y, según se lee, “...*los dos deseaban alcanzar una decisión final ante el árbitro*”. Con tal de obtener el ansiado pronunciamiento definitivo ambos están dispuestos a correr el riesgo de obtenerlo todo o de perderlo todo.

Por supuesto, el proceso no es el único método de resolución racional y pacífica del conflicto. Las partes pueden disolver el conflicto mediante un acuerdo directo o través de alguien que los ayuda a acercar sus posiciones. Lo que distingue al proceso de los demás métodos es que el conflicto sale de la esfera de decisión de las propias partes. Las partes reconocen su incapacidad para componerse y la necesidad que sea otro –alguien *ajeno* a los intereses en juego– quien resuelva por ellas. Este tercero, luego de escucharlas *en perfecto pie de igualdad*, emite una decisión que pone fin al conflicto *para siempre* y que aquellas deben forzosamente acatar. En el relato, los jueces están sentados, serenos, atentos y silentes y sólo después de escuchar a ambos contendientes, cada cual, emitirá su veredicto.

El juez es un sujeto al que la comunidad organizada le atribuye el poder de decidir, de resolver el conflicto: en el escudo de Aquiles los jueces empuñan el “*bastón de heraldos*” signo de la autoridad y, sobre todo, de poder –la *auctoritas* y la *potestas* según decían los romanos– conferidos por la comunidad. Este poder de decidir sobre la persona y los bienes de los ciudadanos, según lo manda la ley, se llama *jurisdicción*. No es pequeño este poder. Por tanto, su ejercicio debe ser encauzado dentro de ciertos márgenes, para evitar que, cual torrente incontrolado, se desborde y, fuera de control, se torne arbitrario y opresor.

Es por eso que el ejercicio de la jurisdicción desde tiempos inmemoriales se enmarca dentro de una especial ritualidad o *forma*, mediante unos concretos actos que se despliegan en el tiempo y que obedecen a un orden lógico y necesario: primero, la afirmación del pretendiente; en segundo lugar, la posibilidad de oposición del resistente; en tercer lugar, la confirmación, donde pretendiente y resistente aportan los medios que consideran idóneos para formar la con-

⁵ *Ibid.* p. 38.

⁶ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Los límites de la acción del Estado* –2ª edición– Madrid, España: Tecnos, 2009, p. 50.

⁷ *Ibid.*

⁸ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo se hace un proceso*. Buenos Aires, Argentina: Librería El Foro, 1999, p. 15.

vicción del juez en favor de sus respectivas narraciones; y en cuarto lugar, la conclusión o cierre del debate durante el cual cada parte evalúa el material probatorio encuadrando los hechos acreditados en la norma jurídica que rige el caso sometido a juzgamiento.⁹

El proceso tiene una finalidad inmediata que es lograr la emisión del acto de autoridad –la sentencia– que resolverá definitivamente el conflicto existente entre las partes. Y al evitar que la desinteligencia entre las partes se prolongue indefinidamente en el tiempo sin alcanzar solución o degenerare en violencia incontrolada, el proceso provoca resultados mediatos, sumamente positivos desde el punto de vista de toda la sociedad, pues confiere seguridad y firmeza a las relaciones intersubjetivas y, más ampliamente, fortalece la paz y la concordia entre los ciudadanos.

En cambio, si no hay proceso, se enseñorean de la ciudad “*La Discordia y el Tumulto y la funesta diosa de la muerte*”, como cantó, sabiamente, el viejo rapsoda jonio.

2. CONCEPTO DE PROCESO Y SISTEMAS PROCESALES

El proceso es, en resumidas cuentas, “*el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad. Y no otra cosa*”.¹⁰

Y este método –que podemos denominar como “dispositivo”, porque sus protagonistas son los titulares de los derechos en juego, los que, como tales, pueden “disponer” de ellos conforme sea su interés– fue por largo tiempo la forma de resolver el conflicto intersubjetivo en el mundo occidental. Hasta la aparición de un sistema de juzgamiento, completamente diferente, opuesto, denominado “inquisitivo”, que es *otra cosa que nada tiene que ver* con el proceso.¹¹

El sistema inquisitivo tuvo su origen en la inquisición medieval que se organizó a comienzos del siglo XIII para la investigación y represión de determinados delitos contra la religión, especialmente la herejía¹². Sus rasgos esenciales son los siguientes:

⁹ ALVARADO, Adolfo. *Sistema Procesal. Garantía de Libertad*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal–Culzoni Editores, 2009, vol. I, pp. 41-43.

¹⁰ ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n. 9), p. 66

¹¹ Según el historiador del s. XVI, Juan de Mariana, el procedimiento inquisitorial dejó perplejos los españoles de la época de su instauración: “Lo que sobre todo extrañaban era [...] que no se supiese ni manifestase el que acusaba, ni le confrontasen con el reo, ni hobiese publicación de testigos: *todo lo contrario a lo que de antiguo se acostumbraba en los otros tribunales*” (Citado por KAMEN, Henry. *La inquisición española* –2ª edición– Madrid, España: Alianza Editorial, 1974, p. 64 (la cursiva es mía).

¹² El surgimiento de la Inquisición medieval fue una reacción de la Iglesia Católica contra la ofensiva herética del siglo XII en el occidente cristiano, especialmente en la vieja Galia y en el norte de Italia. La Inquisición papal surge precisamente tras el triunfo de la cruzada impulsada por el papa Inocencio III contra los cátaros en la Occitania francesa. En 1229 se celebra un concilio en Tolosa para definir las modalidades de represión de la herejía que, aplicando los preceptos definidos en los concilios precedentes y especialmente del cuarto concilio de Letrán, dejaba en manos del obispo la búsqueda y castigo de los herejes. Si estos no se arrepentían, el obispo debía entregarlos al “brazo secular”. El papa Gregorio IX, sucesor de Inocencio, estima que

- 1º) La actividad jurisdiccional deja de ser rogada, vale decir, provocada únicamente por la víctima o sus parientes, pudiendo iniciarse por cualquier persona *per denuntiationem* –vale decir, por denuncia, incluso anónima– o de oficio –esto es, *per inquisitionem*– por el propio tribunal en caso de existir rumor público acerca de la ocurrencia del delito;
- 2º) El eje central del sistema es la investigación –*inquisitio*–, esto es, la búsqueda de la verdad histórica o material¹³;
- 3º) Coherentemente con lo anterior, la producción de prueba pasa a manos del juez, que se transforma en “inquisidor” o “instructor”, esto es, en buscador activo de la verdad produciéndose así una confusión de roles entre acusador y juzgador.
- 4º) “Dado que la Inquisición sólo detenía sospechosos tras de que las pruebas contra ellos parecieran concluyentes y hubieran sido aprobadas por los calificadores, la víctima era tenida por culpable desde el principio y sobre ella recaía la responsabilidad de probar su propia inocencia”¹⁴;
- 5º) “La única tarea de la Inquisición era obtener de su prisionero un reconocimiento de su culpabilidad y una sumisión penitente”.¹⁵ Se busca reconciliar al pecador con la Iglesia, la confesión, incluso bajo tormento, se transforma en la reina de las pruebas –*probatio probatissima*– y en finalidad del procedimiento.

De este modo, “de un debate oral y público frente a jueces populares se giró ciento ochenta grados hacia la concepción opuesta: una investigación cumplida por un inquisidor en secreto y por escrito, transformándose el acusado de un *sujeto* del procedimiento, que enfrentaba al acusador en un plano de igualdad a constituirse en un *objeto* de la investigación que se practicaba”.¹⁶

Importa mucho destacar que el cambio de paradigma procesal obedece a un desplazamiento del sentido y fin del proceso, desde mecanismo para satisfacer el interés individual de las partes a instrumento para la realización de intereses supraindividuales. En efecto, la Inquisición surgió para mantener la pureza de la fe cristiana frente a la amenaza que significaba la herejía y

estos procedimientos son lentos y los resultados insuficientes, puesto que los obispos no tienen la suficiente disponibilidad para la persecución de los herejes, la cual debería quedar entregada a auténticos especialistas. El 20 de abril de 1233, Gregorio se dirigió a los prelados de Francia y les anunció su intención de aliviar el peso de sus responsabilidades, recurriendo para combatir la herejía a los hermanos predicadores. Nació de este modo la Inquisición (LABAL, Paul. *Los cátaros*. Barcelona, España: Crítica, 2000, pp. 195 y ss.).

¹³ Michel Foucault observa que en la Grecia Arcaica, lo mismo que en la Alta Edad Media, la verdad judicial no se establece por medio de una comprobación, un testigo, una indagación o una inquisición sino por un desafío lanzado por un adversario a otro. *Vid.* FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. - 2ª edición- Barcelona, España: Gedisa, 2003, p. 41.

¹⁴ KAMEN, Henry, *op. cit.* (n.11), p. 192.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ BENABENTOS, Omar. *Teoría general del proceso*. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 2005, vol. 2, p.75 (las *cursivas* son mías).

para fortalecer la autoridad de la Iglesia en el mundo, fines estos, considerados entonces superiores a la dignidad del hombre y que, por tanto, justificaron, de acuerdo con la mentalidad de la época, su tortura e incluso su destrucción física, bajo pretexto de salvar su alma y mantener la integridad de la fe cristiana. Mas, prontamente, también el poder secular comprendió que el sistema inquisitivo de juzgamiento resultaba una herramienta especialmente funcional a sus propios intereses:¹⁷ primero, la necesidad de afirmación del poder real frente a la nobleza feudal y a ciertas órdenes religiosas¹⁸ acabando de una vez por todas con la dispersión del poder que la existencia de estos *otros poderosos* implicaba y, luego, una vez consolidado todo el poder en manos del soberano, a la realización los más altos fines del Estado¹⁹. Como veremos, el Estado activista del siglo XX recuperará este modelo en que el proceso judicial que se organiza en torno a la idea central de la investigación oficial y está dedicado a la implementación de una política del Estado.²⁰

2.1. EL PROCESO DISPOSITIVO

El sistema inquisitivo de juzgamiento campeó en la Europa continental y en la América colonial, hasta que el pensamiento ilustrado (s. XVIII) y, sobre todo, el triunfo político del liberalismo (s. XIX) reconocieron la primacía del individuo frente al Estado.

El reconocimiento y respeto de la propiedad privada y de la libertad del individuo para perseguir sus propios fines supuso una reducción radical de la intromisión del Estado en la sociedad civil, limitándose su campo de acción al mantenimiento de la seguridad interior y exterior y a garantizar el cumplimiento de los pactos. Como pedía Von Humboldt en 1792,

¹⁷ Ilustrativo, en tal sentido, es lo que nos cuenta Kamen sobre la Inquisición medieval aragonesa, la cual estaba prácticamente muerta en el s. XV, hasta que Fernando el Católico decide revivirla. “Como parte de su nueva y vigorosa política, Fernando dio pasos en 1481 y 1482 para establecer el control real sobre el nombramiento y pago de los inquisidores. Su propósito era resucitar la vieja Inquisición papal, pero también someterla a su propio control, para ponerla al mismo nivel que la ya existente en Castilla. En Aragón, por lo tanto, la nueva Inquisición fue sencillamente una continuación del antiguo tribunal, con la diferencia de que la corona controlaba ahora los nombramientos y salarios, así que el tribunal llegó a estar en la práctica más en manos de Fernando que del Papa” (KAMEN, Henry, *op. cit.* (n.11), p. 51).

¹⁸ Así, el “proceso” contra la Orden del Temple, según el historiador Alain Dumerger “no es un proceso criminal ordinario, sino lo que se denominaría en la actualidad un proceso político, siguiendo un procedimiento de excepción, el procedimiento de la Inquisición. No se propone ‘descubrir la verdad, sino convertir a un sospechoso en culpable’, como escribió en febrero de 1308 un templario inglés “(...) El ataque contra el Temple debe situarse en el contexto de los métodos empleados por el gobierno real para resolver sus problemas, en esencia un problema de poder y un problema de medios” (DUMERGER, Alain. *Auge y caída de los Templarios*. Barcelona, España: Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 1986, pp. 277-283).

¹⁹ Como advierte Benabentos, “la ideología inquisitiva responde a la concepción absolutista del Estado –en la teoría política- y a la progresiva publicidad del Derecho penal –en la teoría jurídica-; concibiendo al delito como un ataque al ‘orden social’ y a la ‘organización estatal’. Por tanto, la persecución y el juzgamiento penal se transforma de una ‘cuestión popular’ a una tarea netamente autoritaria (cuestión de Estado)”. (BENABENTOS, Omar, *op. cit.* (n.16), p. 90).

²⁰ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2000, p. 253 y ss.

“que el Estado se abstenga de velar por el bienestar positivo de los ciudadanos y que se limite estrictamente a velar por su seguridad entre ellos mismos y frente a los enemigos del exterior, no restringiendo su libertad con vistas a ningún otro fin”.²¹

En materia procesal penal, ello significó el resurgir del sistema acusatorio. Un hito en esta dirección fue el *Code d’instruction criminelle* francés de 1808. Con todo, en materia penal siguió subsistiendo –hasta el día de hoy– el dogma inquisitivo del monopolio estatal sobre la pretensión punitiva.

En materia civil, en cambio, el sistema procesal se configuró cabalmente sobre el principio dispositivo. Habida cuenta que el conflicto que debe remediar el proceso civil opone intereses puramente privados, el poder público –representado por el juez– debe abstenerse de cualquiera intromisión hasta el momento de dictar sentencia, que es su único cometido. Las partes son dueñas tanto de los derechos sustantivos en juego como de los procesales y, por ende, tienen completa libertad de disposición sobre los mismos. Así, las partes pueden libremente disponer del inicio y objeto del proceso; del material probatorio y del impulso procesal. Conforme a la concepción liberal recién descrita el principio dispositivo se desglosa en:

- 1°) Principio de la demanda u oportunidad o de justicia rogada, designado también con los brocardos “*ne procedat iudex ex officio*” o “*nemo iudex sine actore*”, conforme al cual la actividad jurisdiccional sólo puede ser provocada a la instancia de parte. Implica, además, el señorío de las partes sobre la *litis*, de modo que, por ejemplo, los vicios procesales deben ser alegados por la parte interesada y no por el juez y el avance del proceso queda asimismo entregado a las partes, lo que se conoce como “impulso de parte”.
- 2°) Principio de exhaustividad y congruencia, que se identifica con el brocardo “*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*”, según el cual el juez al resolver debe ajustarse estrictamente al objeto determinado mediante la actividad dialéctica de las partes, de manera tal que no puede conceder más de lo que las partes piden o algo distinto a lo pedido y debe necesariamente pronunciarse sobre todos los puntos discutidos en juicio.
- 3°) Principio de aportación de parte, que se relaciona con el brocardo “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*”, interpretado en el sentido que corresponde exclusivamente a las partes tanto la alegación de los hechos que dan fundamento a sus pretensiones como la agregación de los medios de prueba destinados a formar la convicción del juez respecto de aquellas alegaciones.

²¹ VON HUMBOLDT, Wilhelm, *op. cit.* (n.6).

2.2. EL REVERDECER NEOINQUISITIVO: EL TRIUNFO DEL SISTEMA “MIXTO” DE JUZGAMIENTO

En el siglo XX se produce un siniestro “reverdecir neo-inquisitivo” (Benabentos) en el proceso civil, promovido por los grandes enemigos de la libertad, la trilogía totalitaria, nazismo, fascismo y socialismo. Si se estudian comparativamente la Ordenanza alemana de 1937; el *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940 y las leyes procesales civiles de la URSS y de los demás países que estuvieron bajo su égida, se hallará, siempre, un elemento o denominador común: el robustecimiento de los poderes de dirección del juez y sus facultades probatorias para averiguar “la verdad”²², en desmedro de las partes y de sus abogados. Todo esto obedece a “la idea política de que el proceso no es una contienda o lucha entre partes parciales, que ‘pelean’ por lo que creen les corresponde, y ante un tercero imparcial, sino que ese proceso es un medio para la búsqueda de la única solución legal, la basada en la verdad objetiva, medio en el que colaboran las partes (especialmente sus abogados) y el juez; en esa colaboración el juez asume deberes, no frente a las partes, sino para con la sociedad (por ejemplo la prueba de oficio), y las partes asumen deberes (no obligaciones), principalmente el de colaborar con el juez (el deber de veracidad e integridad)”²³. El reverdecir neo-inquisitivo obedece, pues, a la pretensión totalitaria de subordinación del derecho subjetivo de la persona a una mística “realización del Derecho objetivo” donde no es ya el Estado para el hombre, sino el hombre para el Estado. O, en palabras de Mussolini, “todo dentro del Estado, todo para el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado”.

Tras la caída del fascismo, la dogmática procesal italiana se vio en la imperiosa necesidad conciliar su Código de Procedimiento Civil de 1940 con el sistema democrático. El *Codice* ya no podría ser “la expresión histórica del Estado fascista y corporativo”; ni el fortalecimiento de la autoridad del juez, fiel reflejo del “fortalecimiento del principio de autoridad del Estado”, como quisieron originalmente sus autores (Grandi y Calamandrei).

El incremento de los poderes del juez pasó de ser corolario lógico del fascismo a una cuestión meramente técnica que nada tenía que ver con esa ideología totalitaria. “[S]e comprende que la doctrina italiana posterior al fascismo [...] para mantener la vigencia del Código que, por alguna razón, se llamó de Mussolini, se esforzara en distinguir principios dentro del proceso civil. Se trató de distinguir entre el principio dispositivo y el principio de aportación de parte y, dentro de este segundo, entre aportación de hechos y aportación de pruebas”²⁴. Esta distinción

²² No deja de asombrarme la tosquedad epistemológica de muchos procesalistas, ajenos según parece, a cualquier reflexión crítica sobre el conocimiento. Cuando hablan ingenuamente de “la verdad” a uno le vienen ganas de preguntarles, como antaño hizo Pilatos con aquel Ingenuo Sublime, *quid est veritas?* Para la corriente procesal dominante la formidable cuestión sobre la posibilidad de acceso a “la verdad” parece que quedara resuelta con otorgar mayor poder instructor a los jueces.

²³ MONTERO, Juan. “Sobre el mito autoritario del la buena fe procesal”. En: Montero, J. (Coord.) *Proceso civil e ideología*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2006, p. 337.

²⁴ MONTERO, Juan, *op. cit.* (n.1) p. 118. En un trabajo posterior, el maestro valenciano explica más detalladamente la génesis de esta distinción: “Es evidente que Grandi y Calamandrei no tuvieron duda en considerar como ‘factor político’ el reforzamiento de la autoridad del juez [...] pero inmediatamente después Calamandrei negaba su propia base de partida cuando, refiriéndose

fue —y sigue siendo presentada hasta el día de hoy— como estrictamente técnica, pero la verdad es que obedece a un propósito político-ideológico que ha sido, por fin, desenmascarado²⁵. En efecto, la disociación del “principio de aportación” del “principio dispositivo” configurándolos como unidades conceptuales independientes, ha permitido una nueva combinación de principios especialmente funcional al fenómeno de la “publicación” del proceso civil²⁶. De este modo, la corriente dogmática procesal dominante pretende cuadrar el círculo sosteniendo que los intereses privados en conflicto no se verían menoscabados por un aumento de los poderes formales y materiales del juez, puesto que el interés de parte y el interés público que —se supone— salvaguardan las potestades judiciales, serían perfectamente conciliables²⁷ y que las partes podrían interaccionar armónicamente e incluso colaborar con un juez activo dentro del proceso civil.²⁸

a la atenuación del principio dispositivo en el *Codice*, pretendió que el atribuir al juez poderes de iniciativa probatoria para declarar la verdad dentro del ámbito de las peticiones de las partes era ‘una necesidad de orden técnico’ que no tenía nada que ver con el respeto a la voluntad de las partes. Abierto ese camino, Carnacini sostuvo luego la necesidad de distinguir entre lo que se refiere al monopolio de las partes sobre el objeto del proceso, que afecta a la disposición de su interés, y lo atinente a la determinación de los materiales de hecho y de los medios para probarlo, entendiéndose que este segundo aspecto afecta únicamente a la conformación del instrumento que la ley predispone para la tutela jurisdiccional. Por fin Capelletti, desde lo anterior, pasó a subdistinguir entre la introducción del material de hecho y la introducción de los medios para probarlo, afirmando también el carácter técnico de la iniciativa probatoria del juez”. Véase, MONTERO, Juan, *op. cit.* (n. 23), pp. 330-331.

²⁵ Véase al respecto, MONTERO, Juan, *op. cit.* (n.1); Alvarado, Adolfo, *op. cit.* (n.4); MONTERO, Juan. Sobre el mito autoritario del la buena fe procesal. En: Montero, J. (Coord.) *Proceso civil e ideología*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2006.

²⁶ “Fenómeno que descansa sobre la idea o principio de que ‘el derecho procesal es un derecho público, aunque sea un instrumento de tutela de derechos privados’. Significa que el proceso civil, aun siendo un instrumento dirigido a la tutela de derechos normalmente privados, representa, sin embargo, al mismo tiempo, también una función pública del Estado”. Véase, ETXEBERRÍA, José. *Las Facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2003, p. 36). Por consiguiente, “la función del juez no puede ser la de asistir pasivo al intercambio de los escritos; el juez debe ser un estimulador de las partes, un buscador activo de la verdad, aun cuando las partes no sepan o no quieran descubrirla” (Calamandrei, citado por RACCIATTI, Octavio. *Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo*. En: *Derecho Procesal del Trabajo. Treinta estudios*, Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2005).

²⁷ Pura pirotecnia retórica para negar lo evidente, lo que cualquier abogado litigante en cualquier lugar del mundo ha comprobado cien veces en los estrados; a saber, el resultado liberticida que implicará necesariamente para las partes y sus letrados toda ampliación de los poderes del juez. No es necesario escarbar demasiado profundo en el inconsciente colectivo para desenterrar esta clase de reliquias legadas por la ideología socialista, las cuales conservan todavía enorme, aunque injustificado, valor en nuestra cultura, constituyéndose en verdaderos artículos de fe, que determinan la inquietante dirección de los últimos cambios legislativos en materia laboral sustantiva y adjetiva, entre otros. Así, por ejemplo, el concepto de “justicia social”, el cual suscita, incluso entre los partidarios de la sociedad libre, una suerte de inexplicable fe religiosa (para una crítica del concepto de justicia social, véase HAYEK, Friedrich. “El espejismo de la justicia social”. En su: *Derecho, legislación y libertad*. Madrid, España: Unión Editorial, 2006, pp. 183-357); o la pertinaz pervivencia del mito histórico de que el capitalismo decimonónico rebajó las condiciones de vida de los trabajadores (Un refutación en HAYEK, ASHTON, HACKER, DE JOUVENEL, HUTT, *El capitalismo y los historiadores*. Madrid, España: Unión Editorial, 1974).

²⁸ Coherentemente con esta visión utópica del proceso, se concibe un principio conforme al cual las partes tendrían un deber de probidad, lealtad, colaboración con la justicia y veracidad de los actos procesales; el así llamado “principio de la buena fe procesal”. Como señala Montero, “la buena fe procesal tuvo su origen en la idea política de que el proceso civil no es una contienda o lucha entre partes parciales, que ‘pelean’ por lo que creen les corresponde, y ante un tercero imparcial, sino que ese proceso es un medio para la búsqueda de la única solución legal, la basada en la verdad objetiva, medio en el que colaboran las partes (especialmente sus abogados) y el juez; en esa colaboración el juez asume deberes, no frente a las partes, sino para con la sociedad (por ejemplo la prueba de oficio), y las partes asumen deberes (no obligaciones), principalmente el de colaborar con el juez (el deber de veracidad e integridad)”. MONTERO, Juan, *op. cit.* (n.23), p. 337. La novísima legislación procesal laboral chilena no

Para obtener semejante prodigio había primero que corregir el “error” de los juristas decimonónicos quienes, engeguados por su incurable liberalismo, habrían malentendido lo dispositivo concibiendo el proceso civil como “cosa de las partes”. Desempolvando las ideas políticas del jurista Franz Klein, serviles al ideario autocrático del Imperio Austro-Húngaro, las cuales fueran plasmadas en la Ordenanza Procesal austríaca de 1895²⁹, la dogmática procesal cayó en la cuenta que también el proceso civil es “cosa pública” y surgió así la necesidad de otorgar un papel protagónico al juez, representante del poder público. Hubo, entonces, que despojar a las partes de su señorío sobre el impulso procesal y de su monopolio respecto de la aportación de las pruebas, reservándoles únicamente la disponibilidad sobre el inicio del proceso y la determinación de su objeto. Jibarizado de este modo, el principio dispositivo pudo en adelante cohabitar pacíficamente dentro del proceso civil con el impulso procesal y la investigación oficiosa del juez³⁰. El “siempre bueno y querido”³¹ Calamandrei acostumbraba explicarlo mediante una conocida metáfora náutica: “Nadie obliga al particular a subir sobre la nave de la justicia, y si el mismo decide embarcarse en ella, a él solo le corresponde fijar el inicio y la meta del viaje; pero una vez emprendida la navegación, el timón debe confiarse exclusivamente al juez, que tiene durante el viaje la responsabilidad de la derrota”.³²

Gracias a este ingenioso juego de prestidigitación con los principios y oculto bajo nueva identidad –“sistema mixto”–, el sistema inquisitivo del *Codice* de 1940 sobrevivió setenta años al fascismo y continúa aún hoy gozando de gran prestigio científico e inagotable fecundidad “legiferante”, especialmente en Latinoamérica. “[S]in advertir el origen viciado de la ideología que lo inspiraba, sumado al *respeto intelectual* que se tenía por la escuela italiana que le dio vida

ha podido mantenerse inmune al influjo de semejante locura y encontramos también aquí consagrado el principio de la buena fe procesal (Véase los arts. 425, inc. 1° y 430 del Código del Trabajo).

²⁹ Para mayores antecedentes sobre la genealogía de la tendencia publicística en el proceso civil, véase FASCHING, Hans Walter: “Liberalización y socialización del proceso civil” Comunicación nacional del ponente austríaco al Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal <en línea> México, 1972. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/13/art/art2.pdf>>; MONTERO, Juan, *op. cit.* (n.1); ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.4).

³⁰ Hasta donde sé, una argumentación en tal sentido la plantea por primera vez en Chile Claudio Meneses Pacheco en su *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, Conosur, 2001, *passim*; más recientemente, en BORDALÍ, Andrés. Los poderes del juez civil. En: DE LA OLIVA, A. y PALOMO, D. (coord.): *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 179-203; en la misma dirección, aunque con una mayor preocupación por pensar resguardos que garanticen la concurrencia del juez imparcial, HUNTER, Iván. “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en: *Revista de Derecho*, Vol. XX-N°1, julio 2007, pp. 205-229. Valdivia, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. ; una versión ampliada de este artículo, en HUNTER, Iván. *Las potestades probatorias del juez de familia*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008.

³¹ Así era estimado Calamandrei por las altas jerarquías fascistas. Grandi, el ministro de justicia de Mussolini, lo consideraba “el más fascista” de sus colaboradores. Véase, CIPRIANI, Franco. “El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)”, en: *Ius et Praxis*, v. 13, N°2, 2007, pp. 45-55. Talca, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

³² Citado por ETXEBERRÍA, José, *op.cit.* (n.26), p. 31.

—centrada en la figura de Calamandrei— a quien se atribuye haberle prestado su apoyo ideológico, los legisladores latinoamericanos ‘adoptaron’ entusiastamente el *modelo* y el *espíritu* de esa legislación foránea”.^{33 34}

3. ¿UNA SIMPLE OPCIÓN TÉCNICA?

Como lúcidamente expone Montero Aroca: “Respecto de la función de la jurisdicción parece claro que hoy se mantienen sustancialmente dos posiciones: 1ª) Hay quienes sostienen que la jurisdicción persigue la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto, de modo que al Estado le corresponde asegurar la actuación del derecho objetivo en todos los supuestos en los que el mismo no sea voluntariamente observado [...] la actividad jurisdiccional se ejercita solo con el fin o, por lo menos, con el fin principal, de asegurar el respeto del derecho objetivo [...]; 2ª) Otros sostenemos que la función de la jurisdicción debe centrarse en que el juez, siendo tercero e imparcial, es el último garante de los derechos que el Ordenamiento jurídico reconoce al individuo, y sea cual fuere la rama del mismo que se tome en consideración”³⁵. Y bajo esta misma óptica, como dice otro autor, “el individuo ha de ser libre en la medida del interés que deba moverle a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho. Se carece de razones para sostener que el derecho objetivo privado sea preferente al subjetivo y que el Estado tenga que velar por la satisfacción de éste, suplantando la voluntad de los sujetos en las relaciones jurídicas”.³⁶

La primera posición defiende el proceso civil “publicado” o “mixto”. La segunda, el proceso civil dispositivo. ¿Puede todavía sostenerse que estas dos posiciones son una alternativa ideológicamente neutral, *técnica*, sujeta simplemente a un criterio de oportunidad o conveniencia del legislador o sería conveniente admitir que no da precisamente lo mismo uno y otro sistema?

Partiendo de la premisa que una modalidad eficiente para la solución de los conflictos debe construirse a partir de las bases mismas del sistema socio político democrático³⁷, la alter-

³³ BENABENTOS, Omar, *op. cit.* (n.16), p. 171-172.

³⁴ Así ha ocurrido en Chile, primero con la dictación de la Ley N°19.968 /2004 que creó los Tribunales de Familia y, últimamente, con la Ley N° 20.087/2006 que modificó el Libro V del Código del Trabajo chileno (CT Ch) relativo a la jurisdicción laboral y “configuró en toda regla un sistema inquisitivo de justicia laboral” (*Vid.* PALAVECINO, Claudio. “El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, en: *Revista Laboral Chilena*, N°173, enero 2009, p. 83. Santiago, Chile).

³⁵ MONTERO, Juan. Prueba y verdad en el proceso civil. Un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. *En:* VVAA: *Estudios de Derecho Procesal Civil. Bases para un nuevo Código Procesal Civil*, Santiago, Chile: Librotecnia, 2010, pp. 26-27.

³⁶ PRIETO-CASTRO y FERRANDIS, Leonardo. “Informe General sobre los principios políticos y técnicos para una Ley Procesal Civil Uniforme en la Comunidad Hispánica de Naciones”, en: *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, Revista de Derecho privado*, Madrid, 1964, p. 655.

³⁷ MATURANA, Cristián. “La debida, pronta y eficiente solución de los conflictos laborales”, en: *La Semana Jurídica*, N° 343, 4 al 10 junio, 2007, p. 3. Santiago, Chile: Legal Publishing.

nativa legítima parece ser una sola. En efecto, en un sistema socio político que se funda en el reconocimiento y respeto de las libertades individuales, no hay disyuntiva admisible, porque mientras el sistema dispositivo se basa en la primacía de la persona sobre el Estado, el sistema inquisitivo obedece al principio inverso. “No se trata sólo de establecer quién es que puede –o debe– llevar el impulso procesal [sino de optar por] un proceso que sirva y pueda ser utilizado como medio de control social o de opresión, cual lo han pensado y puesto en práctica los regímenes totalitarios [...] o, por el contrario, un proceso que sirve como último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales”.³⁸

La corriente de procesalistas partidarios del sistema inquisitivo se esfuerza por desmentir, contra la más prístina evidencia histórica, el origen profundamente antilibertario y liberticida de sus ideas y se manifiesta partidaria de la erradicación del lenguaje jurídico procesal de toda terminología que evoque a la Inquisición³⁹. En cierto modo tal reacción es comprensible puesto que, como recordaba Lord Acton⁴⁰, pocos descubrimientos son tan exasperantes como los que revelan la genealogía de las ideas. Pese a los ingentes esfuerzos realizados para silenciar o absolver a los modelos procesales neo-inquisitivos de su pecado de origen⁴¹, la pesada carga de su historia todavía los determina y sus promotores se traicionan, una y otra vez, cuando afirman que el fin del proceso es trascendente a las partes y que existe, no para ellas, sino para dar primacía a la realización del Derecho objetivo o la autoafirmación del Estado y otras fórmulas similares de apenas indisimulado totalitarismo.⁴²

³⁸ ALVARADO, Adolfo, *op. cit.* (n.4), pp. 62-63.

³⁹ Taruffo aboga por “una operación de terapia lingüística consistente en dejar de usar el término [inquisitorio], al menos con referencia al proceso civil” (TARUFFO, Michelle. “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”. En su: *La prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana, 2009, p. 266).

⁴⁰ LORD ACTON, “La democracia en Europa”. En su: *Ensayos sobre la libertad y el poder*. Madrid, España: Unión Editorial, 1999, p. 295.

⁴¹ Recientemente, en Chile, se ha sostenido, siguiendo a Taruffo, que “[e]l cambio que se verificó en relación a la naturaleza del proceso, antes concebido como algo puesto al servicio de los particulares, y después visto como medio a través del cual se expresa la autoridad del Estado, nada tuvo que ver con el surgimiento de una ideología diversa de la liberal ni mucho menos con una tentativa de inserción del proceso civil en una dimensión social, constituyendo solo el resultado de la evolución de la cultura jurídica”. (MARINONI, Luiz, *et al.*. *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot, 2010, p. 15). Por el contrario, Hans Walter Fasching, luego de contrastar la ordenanza procesal civil alemana de 1877 “vinculada todavía a la ideología liberal” con la reforma austríaca de 1895 que consagraba “soluciones propias y, para aquel tiempo, revolucionarias” inspiradas en el pensamiento de Klein, afirma que “la superación del formalismo del pensamiento jurídico de la época del liberalismo mediante una ‘nueva ética material de la responsabilidad’, que acentúa la función social del derecho constituye el principal fundamento de la nueva estructura del proceso” y agrega que “es evidente que el incremento de la autoridad del juez es proporcional a la tendencia social del proceso civil”. (FASCHING, Hans Walter. *op. cit.* (n. 29).

⁴² Por todos, Bordalí: “la jurisdicción no es un servicio público puesto a disposición de los ciudadanos para dirimir sus conflictos privados. La jurisdicción es una potestad constitucionalmente sancionada para la realización, consolidación y creación de la legalidad; es el terminal de la publicidad, esto es, la última instancia dentro del sistema estatal para defender y realizar la legalidad constitucional...” (BORDALÍ, Andrés. *op. cit.* (n. 30), p. 192).

Se intenta desacreditar la crítica al sistema inquisitivo o “mixto” mediante la caricatura taruffiana que imputa la corriente garantista la ecuación falaz “poderes de instrucción del juez = régimen autoritario”. Y en tal sentido se argumenta, con notable despliegue de erudición comparatista, que muchos países incuestionablemente democráticos han implementado el proceso civil “publicado” con un juez dotado de amplios poderes formales y materiales y que nadie podría afirmar que esto los transforma en Estados autoritarios y todavía menos totalitarios.⁴³ Afirmar esto es no entender nada. O *no querer* entender nada... (como estrategia erística esta caricatura pudiera resultar ingeniosa, pero no resiste mayor análisis para quien estudie con un mínimo de ecuanimidad la tesis garantista).

El árbol genealógico del proceso “publicado” que viene realizando pacientemente el movimiento garantista tiene por finalidad transparentar con qué fines políticos se configuró *originalmente* aquel sistema procesal; a qué fines perversos ha servido *en determinados contextos históricos*; y, lo más importante, ponernos en guardia sobre la facilidad con que, incluso en sociedades democráticas, y aparentemente respetuosas de los derechos, puede convertirse en instrumento sutil de opresión contra los ciudadanos.

Pues, en efecto, tal opresión no sólo puede provenir desde un Estado autoritario o totalitario, sino también desde los mismos contrapoderes del Estado democrático. Tan peligrosa es una justicia falta de independencia como una justicia demasiado aislada del soberano⁴⁴. Latinoamérica no es ajena a la existencia de unos jueces que pretenden imponer a la sociedad, inclusive *contra* las previsiones normativas del legislador democrático, su particular ideal de *justicia social*, de reasignación del ingreso; su compromiso afectivo-ideológico con determinada clase social o colectivo humano históricamente victimizado o con la necesidad de acelerar el cambio social; etcétera, fenómeno que se conoce como “gobierno de los jueces”, “activismo” o “decisionismo” judicial. Frente a la llamada ingenua a confiar en los jueces⁴⁵, sería altamente conveniente entender, de una vez por todas, que los jueces no son moralmente superiores a las propias partes ni a sus abogados. “Quieren presentarse como el último refugio de la virtud y del desinterés en una República abandonada por sus sacerdotes”⁴⁶, pero al igual que las partes y sus abogados se comportan, muchas veces, como hábiles patrocinadores de sus propios prejuicios y, a veces, ni siquiera demasiado hábiles. Y es que, parafraseando nuevamente a Nietzsche, los jueces son también “humanos, demasiado humanos” y, por tanto, están sujetos a las mismas pasiones de cualquier mortal. Para evitar que los conflictos se

⁴³ TARUFFO, Michelle, *op. cit.* (n. 39), pp. 266 y ss.

⁴⁴ GARAPON, Antoine. El poder inédito de los jueces. En: VVAA: *Jueces y Derecho*, México D.F., México: Editorial Porrúa, 2008, p. 370.

⁴⁵ BRAVO, Pablo. “Confiar en los jueces”, en *La semana jurídica*, N° 375, 11-24 de junio de 2008, p. 2. Santiago, Chile: Legal Publishing.

⁴⁶ GARAPON, Antoine, *op. cit.* (n.44), p. 369.

encarnicen o se prolonguen infinitamente las sociedades se han visto en la necesidad de darles el poder de ponerles punto final. Pero ese poder debe ser el mínimo indispensable para conseguir la paz social.

No se me escapa que “siempre es *posible* para el juez adoptar una actitud estratégica hacia los materiales [jurídicos], tratar de hacer que signifiquen algo distinto de lo que al principio parecía que significaban, o darles un significado que excluya otros inicialmente posibles”⁴⁷ y que “[n]o hay ninguna definición de imperio de la ley que pueda evitar que los jueces esfuercen en esta dirección...”⁴⁸ Pero justamente la constatación de ese inquietante poder performativo debería movernos a mantener cortas las riendas en lugar de soltarlas fatalistamente, como defiende la corriente publicista.

Así lo entendió el legislador decimonónico que tenía buenos motivos para desconfiar de la judicatura. No se olvide que una de las principales quejas contra el Antiguo Régimen fue la arbitrariedad de sus jueces y que la Revolución Francesa tuvo entre sus objetivos fundamentales precisamente terminar de una vez por todas con esa intolerable arbitrariedad judicial.

Hoy, en cambio, vivimos una suerte de regresión *Ancien Régime*, un “retroceso a formas premodernas de comprensión del derecho”.⁴⁹

En Chile y en toda Latinoamérica, la ley procesal está dejando de ser garantía y límite frente a la arbitrariedad y al abuso de poder de los jueces y, muy por el contrario, fortalece cada vez más sus prerrogativas, con lo cual multiplica exponencialmente las posibilidades de la arbitrariedad judicial.

En lugar de hallar protección en la ley, las partes y sus abogados quedan entregados a la idiosincrasia de cada juez y deben implorar o cruzar los dedos para que les toque uno prudente. Presenciamos el ejercicio de la jurisdicción desnuda, marchamos hacia la jurisdicción sin proceso.

⁴⁷ KENNEDY, Duncan. “El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica”. En su: *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI, 2010, p.32

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ ATRIA, Fernando. “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°5, 2004, p.140. Santiago, Chile: Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, 2004.

4. EPÍLOGO: DE LA SANTA INQUISICIÓN A LA SANTA SIMPLICIDAD

Estos peligros intenta conjurar el garantismo procesal, por desgracia, con similar efecto que Casandra ante los troyanos. Pues como observa Garapon, en nuestros países latinos existe una inclinación cultural a los sistemas inquisitoriales: las simpatías populares no están con los abogados, sino con quien este autor llama el “pequeño juez”, con el juez justiciero, al cual, paradójicamente, se le valorará tanto más cuanto transgrede la ley y se oponga a su propia jerarquía.⁵⁰

Llama poderosamente la atención cómo esta comprensión vulgar de las cosas, que solo consigue ver una oposición maniquea entre el abogado forzosamente interesado y el juez forzosamente desinteresado, esforzándose por la justicia⁵¹ consigue permear sectores académicos y políticos respecto de los cuales uno esperaría un mayor grado de lucidez que en la gente ayuna de formación jurídica.

Leía yo recientemente en la prensa que el ministro de justicia declaró que nuestro procedimiento civil “surgió [en] el siglo XIX, se promulgó a principios del siglo XX y no está a la altura del siglo XXI”⁵². Se me vino de inmediato a la mente aquella historia según la cual, Juan Hus, ya quemándose en la hoguera y advirtiendo cómo una viejecilla, movida por su celo religioso, arrojaba más leña a las llamas, exclamó al Cielo: *O sancta simplicitas!*

El eslogan del ministro se dice fácil y se repite a menudo. Es la leña que alimenta el fuego en que hoy se quema, poco a poco, la libertad. Pues, como muy bien saben sus enemigos, una mentira repetida mil veces, tarde o temprano, termina por convertirse en verdad.

¡Cuidate pues, amigo lector, de la santa simplicidad!

⁵⁰ GARAPON, Antoine, *op. cit.*(n.44), p.385.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Entrevista al Ministro de Justicia Felipe Bulnes: “Gobierno ajustará institucionalidad jurídica a estándares del siglo XXI”, en diario *Estrategia*, lunes 25 de octubre de 2010, pp. 28-29.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARADO, Adolfo. *Sistema Procesal. Garantía de Libertad*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal–Culzoni Editores, 2009.
- _____. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2005
- ATRIA, Fernando. “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°5, 2004. Santiago, Chile: Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, 2004.
- BENABENTOS, Omar. *Teoría general del proceso*. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 2005, vol. 2.
- BORDALÍ, Andrés. Los poderes del juez civil. En: DE LA OLIVA, A. y PALOMO, D. (coord.): *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- BRAVO, Pablo. “Confiar en los jueces”, en *La semana jurídica*, N° 375, 11-24 de junio de 2008. Santiago, Chile: Legal Publishing.
- CARNELUTTI, Franceso. *Cómo se hace un proceso*, Buenos Aires, Argentina: Librería El Foro, 1999.
- CIPRIANI, Franco. “El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)”, en: *Ius et Praxis*, v. 13, N°2, 2007. Talca, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.
- DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2000.
- DUMERGER, Alain. *Auge y caída de los Templarios*. Barcelona, España: Ediciones Martínez Roca, 1986.
- ETXEBERRÍA, José. *Las Facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2003.
- FASCHING, Hans Walter: “Liberalización y socialización del proceso civil” Comunicación nacional del ponente austríaco al Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal <en línea> México, 1972. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/13/art/art2.pdf>>
- FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. –2ª edición– Barcelona, España: Gedisa, 2003.
- GARAPON, Antoine. El poder inédito de los jueces. En: VVAA: *Jueces y Derecho*, México D.F., México: Editorial Porrúa, 2008.
- HAYEK, Friedrich. “El espejismo de la justicia social”. En su: *Derecho, legislación y libertad*. Madrid, España: Unión Editorial, 2006.
- HAYEK, ASHTON, HACKER, DE JOUVENEL, HUTT, *El capitalismo y los historiadores*, Madrid, España: Unión Editorial, 1974.
- HUNTER, Iván. “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en: *Revista de Derecho*, Vol. XX-N°1, julio 2007. Valdivia, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.
- _____. *Las potestades probatorias del juez de familia*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008.
- KAMEN, Henry. *La inquisición española* –2ª edición– Madrid, España: Alianza Editorial, 1974.
- KENNEDY, Duncan. “El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica”. En su: *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI, 2010.
- LABAL, Paul. *Los cátaros*. Barcelona, España: Crítica, 2000.
- LORD ACTON, “La democracia en Europa”. En su: *Ensayos sobre la libertad y el poder*. Madrid, España: Unión Editorial, 1999.
- MARINONI, Luiz, *et al.*: *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago Chile: Abeledo Perrot, 2010.

- MATURANA, Cristián. “La debida, pronta y eficiente solución de los conflictos laborales”, en: *La Semana Jurídica*, N° 343, 4 al 10 junio, 2007. Santiago, Chile: Legal Publishing.
- MENESES, Claudio. *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*. Santiago, Chile: Conosur, 2001.
- MONTERO, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2001.
- _____. Sobre el mito autoritario del la buena fe procesal. En: Montero, J. (Coord.) *Proceso civil e ideología*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2006.
- _____. Prueba y verdad en el proceso civil. Un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. En: VVAA: *Estudios de Derecho Procesal Civil. Bases para un nuevo Código Procesal Civil*, Santiago, Chile: Librotecnia, 2010.
- NIETZSCHE, Friedrich. *El nacimiento de la tragedia*. Barcelona, España: Alianza Editorial, 1994.
- PALAVECINO, Claudio. “El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, en: *Revista Laboral Chilena*, N°173, enero 2009. Santiago, Chile.
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIS, Leonardo. “Informe General sobre los principios políticos y técnicos para una Ley Procesal Civil Uniforme en la Comunidad Hispánica de Naciones”, en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, Revista de Derecho privado*, Madrid, 1964.
- RACCIATTI, Octavio. Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo. En: *Derecho Procesal del Trabajo. Treinta estudios*, Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.
- TARUFFO, Michelle. “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”. En su: *La prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana, 2009.
- VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Los límites de la acción del Estado* –2ª edición– Madrid, España: Tecnos, 2009.
- Entrevista al Ministro de Justicia Felipe Bulnes: “Gobierno ajustará institucionalidad jurídica a estándares del siglo XXI”, en diario *Estrategia*, lunes 25 de octubre de 2010.