

La ideología publicística tras el proyecto de Código Procesal Civil chileno

Claudio Palavecino Cáceres

Abogado. Profesor Asistente de la Universidad de Chile

1. Introducción

Teniendo en cuenta que el proyecto de Código Procesal Civil chileno no ha concluido todavía su tramitación legislativa y que, por tanto, experimentará seguramente modificaciones, he preferido referirme a lo esencial, vale decir, a su espíritu o ideología y dejar para otra ocasión lo accidental que es su articulado. Me centraré, por tanto, en los principios, sin perjuicio de lo cual mi exposición comprenderá algunas referencias normativas específicas imprescindibles para sustentar debidamente la tesis que defiendo, a saber, que el proyecto de nuevo Código Procesal Civil chileno está impregnado de la ideología publicista y en consonancia con ello configurará un sistema inquisitivo para el juzgamiento de los asuntos civiles.

2. Una distinción crucial: lo político y lo técnico en materia procesal

Toda reforma procesal viene precedida de cuestiones políticas y cuestiones técnicas que traen consecuentemente aparejadas sendas definiciones políticas y definiciones técnicas. Conviene distinguir ambos planos de análisis, porque comúnmente se los confunde.

A mi modo de ver, la cuestión política fundamental dice relación con la posición del individuo frente a lo colectivo, cuestión que demanda una definición política de preponderancia ya sea del individuo sobre lo colectivo o viceversa (de lo colectivo sobre el individuo). Tal definición determina dos formas distintas de concebir y organizar el Estado (Estado liberal y Estado social) y, en lo que nos interesa, dos formas distintas de concebir el proceso: de un lado, sistema dispositivo, acusatorio o adversarial y, del otro, sistema inquisitivo (a veces también llamado, engañosamente, sistema “mixto”).

¿Cómo se define esta primera cuestión política? A mi modo de ver partiendo de dos premisas. La primera es que una modalidad eficiente para la solución de los conflictos debe construirse a partir de las bases mismas

del sistema socio político democrático¹. La segunda premisa es que prácticamente todas las constituciones de Latinoamérica, de uno u otro modo, establecen la primacía de la persona sobre el Estado y la consecuencial servicialidad del Estado respecto de la persona. Porque la persona humana es, como ha dicho el más grande administrativista chileno, “la raíz, sujeto y fin de toda sociedad, de todo Estado, de todo derecho”².

Aceptado este punto de partida, la alternativa legítima parece ser una sola. En efecto, en un sistema socio político que se funda en el reconocimiento y respeto de la libertad individual, no hay disyuntiva admisible, porque mientras el sistema dispositivo, acusatorio o adversarial se basa en la primacía de la persona sobre el Estado, el sistema inquisitivo obedece al principio inverso. Como observa Adolfo Alvarado Velloso: “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 sirva como último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales”³.

Las cuestiones técnicas dicen relación con el modo de configuración procedimental y demandan definiciones sobre oralidad o escrituración, intermediación o mediación, concentración o desconcentración, impulso de oficio o impulso de parte, etc. Las cuestiones técnicas no ponen en juego la posición del individuo frente a lo colectivo, de modo que aunque ellas plantean disyuntivas cualquiera de las dos posibles definiciones será legítima desde la Constitución. Se trata simplemente de decisiones contingentes y oportunistas del legislador.

3. El caso chileno, muerte y resurrección del juez inquisidor

Con el proyecto de nuevo proceso civil, Chile comienza a cerrar un ciclo de reformas a sus ramas jurisdiccionales más importantes. Primero fue la reforma procesal penal; luego la reforma de la justicia de familia; tras

¹ 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.

² SOTO KLOSS, Eduardo: *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales, Tomo II. El principio de Juridicidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 12

³ ALVARADO, Adolfo, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 62-63.

ella, la reforma procesal laboral; y ahora mi país se ha propuesto cambiar su justicia civil. Paralelamente se han ido creado jurisdicciones especiales en materia tributaria, ambiental, de tutela de la librecompetencia, compras públicas, etc.

Por lo que toca a la reforma de las ramas jurisdiccionales tradicionales, podemos hablar de cambios integrales, en el sentido de una transformación tanto orgánica como funcional. Desde un punto de vista técnico o procedimental, todas ellas han sido concebidas desde la oralidad y bajo los principios conexos a la misma, a saber, la inmediación, la concentración y la publicidad. En la misma dirección apunta el proyecto de Nuevo Código Procesal Civil.

Así, el artículo 6° del proyecto explica que “*el proceso se desarrollará preferentemente en forma oral*”: el artículo 7° agrega que “*las audiencias se realizarán siempre con la presencia del juez, a quien queda prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones*”; el art. 8° prescribe que “*...el tribunal procurará concentrar en una misma oportunidad procesal todas las actuaciones que así lo permitan*”; y, finalmente, el art. 9° señala que todas las diligencias y actuaciones de los procesos serán públicas, salvo que la ley disponga lo contrario o habilite al tribunal para restringir la publicidad.

Oralidad, inmediación, concentración y publicidad son rasgos técnicos comunes a todas nuestras reformas procesales, pero en la cuestión política se ha resuelto de modo dispar. Mientras que la reforma procesal penal estableció un sistema acusatorio o adversarial para el ejercicio de la acción penal, en las otras reformas, justamente aquellas en que el proceso resuelve un conflicto del Derecho privado, se optó por el así llamado “sistema mixto” o más propiamente hablando, neoinquisitivo⁴, bajo los dictados de la ideología publicística que es la dominante en Chile.

En efecto, doctísimos profesores y autores contemporáneos enseñan que incluso en el proceso destinado a la solución de conflictos jurídico-privados hay un interés público prevalente frente a los intereses particulares de las partes. Una preponderancia de lo colectivo sobre lo

⁴ Como advierte agudamente Adolfo Alvarado, “*disposición e inquisición son posiciones que generan sistemas de procesamiento incompatibles en su esencia. Por eso es que no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto*” (ALVARADO, Adolfo. *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial ¿Qué es el garantismo procesal?*, Ediciones Nueva Jurídica, Argentina, 2011, p. 49).

individual. De ahí la denominación de “publicismo” que destaca esa dimensión pública o colectivista que se atribuye al proceso.

Esta idea ha sido recogida en el proyecto, en su artículo 13, a propósito de la aplicación e interpretación de la ley procesal. Señala la norma allí contenida que al aplicar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el fin de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustantiva y que en la pronta sustanciación de los procesos y la justa resolución de los conflictos sometidos a su competencia existe un interés público comprometido.

Coherente con ese interés público comprometido, el artículo 3° del proyecto prescribe que *“la dirección del procedimiento corresponde al tribunal, que adoptará de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto”*.

Vino viejo en odres nuevos. Murmura entre estas líneas del proyecto, aparentemente novedosas, la vieja filosofía jurídica de Anton Menger (1841-1906), una especie de socialismo, en su vertiente jurídica. El jurista decimonónico se quejaba amargamente de la pasividad judicial y los “gravísimos perjuicios” que ocasionaba a los pobres. Alaba el Código de Federico el Grande (1781) y el Reglamento judicial general (1793) de los Estados prusianos que establecieron “la marcha de oficio de los procesos civiles” y critica, en cambio, “la preferencia por el procedimiento francés” que se impuso a mediados del diecinueve la pasividad judicial y defiende con ardor la reinstauración de la oficiosidad ⁵.

Pero el síntoma más característico de la ideología publicística que impregnada el proyecto es la *función epistémica* que se atribuye al proceso.

3.1. La función epistémica del proceso como rasgo característico de la ideología publicista recogido en el proyecto

Como apunta Damaska “las ideologías activistas se albergan en una epistemología optimista”⁶. Vale decir, responden afirmativamente a la pregunta acerca de si “el proceso es un instrumento o un método eficaz para el descubrimiento y la determinación de la verdad de los hechos en que se

⁵ MENDER, Antonio: *El Derecho civil y los pobres*, Madrid, 1898, pp. 118-128.

⁶ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 276.

funda la decisión”⁷. Y aunque sus propios defensores reconocen luego que esa eficacia es relativa⁸, afirman apodícticamente que “el descubrimiento de la verdad es un fin esencial del proceso y una condición necesaria de la justicia de la decisión”⁹.

En lo que interesa, tal exigencia se resolverá en el incremento de los poderes del agente estatal en el proceso. Funciona como una justificación ideológica para aumentar los poderes del juez.

Así aparece, con total claridad, en el Mensaje del Proyecto de Ley, donde se dice que: “*la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento, es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez*”¹⁰.

3.2. La potestad probatoria autónoma del juez, corolario de la función epistémica del proceso

Conforme a la ideología publicista, para que el proceso cumpla su función epistémica, el legislador no puede confiar la actividad probatoria exclusivamente a las partes, ya que estas, mirando las cosas desde su parcialidad y en beneficio de su interés particular, pueden tomar la decisión de omitir medios de prueba relevantes. Es por eso que “diversos legisladores procesales han advertido la necesidad de hacer que la determinación de los hechos sobre la base de pruebas deje de ser un asunto privado de las partes y deje de depender exclusivamente de sus iniciativas y de sus elecciones tácticas. En otras palabras, esos legisladores han advertido la exigencia de dar a la actividad del juez una orientación marcadamente epistémica, confiándole poderes necesarios para la búsqueda de la verdad”¹¹.

Así lo establece el artículo 288, inciso segundo, del proyecto: “*Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá*

⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, España, 2010, p. 155.

⁸ TARUFFO, Michele. *Op. Cit.* p. 99. En igual sentido, Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, España, 2005, pp.74 y 75.

⁹ TARUFFO, Michele. *Op. Cit.*, p. 156.

¹⁰ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, p. 18 (Boletín 8197-07).

¹¹ TARUFFO, Michele. *Op cit.*, p. 199.

ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos...”

Yo he dedicado un pequeño trabajo a la crítica de la iniciativa probatoria judicial¹², por lo que en este ensayo solo quiero detenerme en un aspecto de esa crítica porque pienso que no se le ha prestado suficiente atención. Creo que podemos convenir en que la actividad probatoria se dirige a provocar el convencimiento del juzgador sobre los hechos alegados por las partes y, según el juez alcance o no tal convencimiento, la actividad probatoria terminará por definir, en la mayor parte de los juicios, el éxito o fracaso de la pretensión. Aceptado lo cual, no parece que se pueda reconocer una iniciativa probatoria al propio juzgador sin admitir que se le confiere también, a través de ella, un poder de intervención sobre dicho resultado. Quiero remarcar que se trata de un poder distinto y anterior al poder de decidir la controversia. Obviamente el juez siempre favorecerá a una de las partes al fallar la causa, pero la cuestión que plantea la iniciativa probatoria oficiosa apunta a si el juez debería poder realizar actuaciones distintas al acto decisorio mismo (como decretar pruebas o interrogar a los testigos o a las partes o a los peritos) que contribuyan, deliberadamente o no, a que una parte pierda y la otra gane el juicio. Pienso que se puede cuestionar la legitimidad de ese poder de intervención desde varias perspectivas, como por ejemplo, la igualdad de armas.

3.3. El debilitamiento de la legalidad procesal como otro rasgo característico de la ideología publicística

Otro rasgo característico del publicismo, que aparece de manifiesto en el proyecto, es la preferencia de la justicia material por sobre los impedimentos de tipo procedimental. Por ende el empleo ritual de formas o cortapisas procedimentales que tengan como efecto impedir que el Poder Judicial repare injusticias es visto con particular desfavor. La consecuencia de esta posición es el relajamiento del rigor de ciertos requisitos procesales, traducido –en términos teóricos- en nuevas categorías y criterios destinados a otorgar mayor flexibilidad a los jueces para asumir la competencia que se les somete, cuando no, “el llano abandono

¹² PALAVECINO, Claudio. *El retorno del inquisidor: Crítica a la iniciativa probatoria*, Fundación para el desarrollo de las ciencias jurídicas- Corporación Universitaria Remington, Medellín. Colombia, 2013. También editado por La Ley paraguaya en la colección “Breviarios procesales garantistas”.

de las formas procesales vigentes para abocarse al tratamiento de un caso”¹³

En Chile, la Constitución establece que el proceso es materia exclusiva de ley (artículo 63 N°3 de la Constitución Política de la República). Sólo la ley, únicamente la ley puede normar el proceso. Sin embargo, nuestros legisladores traicionan este mandato constitucional delegando la normación del proceso en el propio juez.

¿Cómo opera esta delegación anticonstitucional? En algunos casos del siguiente modo: Se impone deberes amplios a los jueces, sin conferirles la ley las potestades específicas para la ejecución del respectivo deber, sino que se utiliza la fórmula “el juez adoptará las medidas necesarias”. Entonces, el juez genera sus propias facultades, todas las que él imagine y desee conectar con el deber genérico que le impuso el legislador.

Así, por ejemplo, el ya citado artículo 3° del proyecto que faculta al juez para adoptar de oficio todas *las medidas que considere pertinentes* para el válido, eficaz y pronto desarrollo del procedimiento, para evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto. En el proceso laboral hemos podido constatar cómo el juez, cobijado bajo este mismo “principio de celeridad” cercena la prueba de las partes para evitar ralentizar la audiencia de juicio, fuera de las causales de inadmisión que le franquea la ley (impertinencia; falta de idoneidad e ilicitud).

En materia cautelar se observa la misma indeterminación. Conforme al artículo 182, *in fine*, el tribunal podrá conceder “*otras medidas conservativas*” cuando las expresamente tipificadas “*no resulten idóneas o suficientes*”. O el artículo 189 que consagra la medida cautelar innovativa: “*el juez a petición de parte, podrá disponer medidas destinadas a reponer un estado de hecho o derecho preexistente*”. Cualquiera medida, sin más límite que la imaginación de la parte interesada y la complicidad del juez de la causa. Por este forado de la legalidad procesal se nos puede colar al proceso civil ciertas “creaciones” que son negación misma de la idea de proceso, a saber, la sentencia anticipada o la medida autosatisfactiva.

¹³ COURTIS, Christian: “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor y VASQUEZ, Rodolfo (compiladores): *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 405.

De la misma manera el artículo 230, según el cual “*para obtener el cumplimiento de las resoluciones, los tribunales se encontrarán facultados para adoptar todas las medidas conducentes a dicho cumplimiento*”. Todas las medidas que lucubre el juez.

Otra forma de sortear la legalidad procesal es el uso de conceptos indeterminados, abiertos, cuyo contenido rellena el juez. Una suerte de ley procesal en blanco. Así, por ejemplo, el artículo 5° del proyecto que impone a todos quienes intervienen en el proceso el deber de actuar de buena fe:

“Artículo 5°.- Buena fe procesal. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe.

“El tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios u otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

El déficit de tipificación de conductas contrarias a la buena fe es suplido por el creacionismo infraccional del juez, lo que impide a las partes conocer *a priori* las conductas sujetas al poder correccional y sancionador correlativo.

Otros conceptos indeterminados que hallamos en el proyecto: “*finés fraudulentos*” (artículo 42); “*acciones manifiestamente dilatorias*” (artículo 47); “*proceder de mala fe o temerario*” (artículo 52). “*conductas contrarias a la disciplina judicial*” (artículo 72) , etcétera.

4. Reflexión final

El garantismo procesal, la escuela adversaria del publicismo, descarta la función epistémica del proceso¹⁴. Y la descarta no porque promueva la mentira, la falsedad o el fraude procesales, sino porque advierte que el proceso es un instrumento inadecuado para buscar y hallar la verdad. Numerosos límites contraepistémicos, tanto materiales como formales, obstaculizan esa búsqueda y no permiten alcanzar la verdad. Esta termina siendo apenas un espejismo, un “ideal regulativo” o un “punto de referencia”, pero, sobre todo, una magnífica excusa retórica para justificar mayores poderes para los jueces.

¹⁴ Véase ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Proceso y Verdad*, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario - Santa Fe - Argentina, 2015.

El garantismo procesal se opone también al debilitamiento de la legalidad procesal. Porque el proceso es forma, ritualidad, rito. El Estado no puede ejercer la función jurisdiccional, el inmenso poder de decidir sobre la persona y la propiedad de los ciudadanos de cualquier manera o como le plazca a sus agentes ni a sus jefes. Este poder tremendo del Estado debe ser ejercido dentro de ciertas formas, debe ser encauzado dentro de ciertos límites, como las aguas de un río torrencioso, para evitar que se desborden y, sin control, ahoguen la libertad de los ciudadanos.

Frente a la llamada ingenua a confiar en los jueces¹⁵, 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”¹⁶, 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 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. Por tanto, el juez debe estar sometido a la ley. No solo a la ley sustantiva, sino también a la ley procesal, esto es, a la ley que rige la forma de ejercer sus atribuciones, para que el juez no haga lo que quiera sino estrictamente lo que deba.

El respeto por el orden secuencial y las formas típicas del proceso, el ejercicio de la jurisdicción de un determinado modo y no de otro cualquiera, es probablemente la máxima garantía de nuestra libertad. El proceso es el único modo legítimo de ejercicio de la jurisdicción. El proceso es, pues, límite al ejercicio del poder del Estado y, por ende, garantía de la libertad de las personas.

Pero 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

¹⁵ BRAVO, Pablo. “Confiar en los jueces”, en *La semana jurídica*, Legal Publishing, 11-24 de junio de 2008, Año VIII. N° 375, p. 2.

¹⁶ GARAPON, Antoine, *op. cit.* p. 369.

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.

Estos peligros intenta conjurar la escuela del 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 transgreda la ley y se oponga a su propia jerarquía¹⁷.

El sesgo ideológico de las últimas reformas se explica porque su diseño ha quedado entregado, al menos en un primer momento, a una suerte de clubes o cenáculos académicos impenetrables, salvo por los escogidos del gurú procesal de turno -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 “científico”, sin advertir que se está imponiendo por todas partes, sin discusión, una sola ideología acerca del proceso.

¹⁷ GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p.385.